



TC nº 72-003.051.10-84

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. SMADS. Aquisição de beliches. Precedentes. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. RECOMENDAÇÃO. Votação unânime.

TCs citados: 72.000.858.03-54, 72.001.175.04-78 e 72.003.366.04-47.

2.655ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado: 27.06.2013

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da representação interposta, tendo em vista que foram atendidos os pressupostos de admissibilidade previstos no artigo 55 do Regimento Interno deste Tribunal, e, no mérito, em votar pela sua improcedência.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em recomendar que a Unidade Licitante da Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social – Smads operacionalize as decisões acerca das impugnações antes das datas de abertura e lances, referindo-se à legislação regente.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acórdão ao representante e à representada, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EURÍPEDES SALES.

Presentes o Procurador Chefe da Fazenda Substituto JOEL TESSITORE e o Procurador FÁBIO COSTA COUTO FILHO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 30 de janeiro de 2013.

EDSON SIMÕES – Presidente.

MAURÍCIO FARIA – Relator.



RELATÓRIO

Cuida o presente de Representação interposta pela empresa **JOELSON RODRIGUES DA SILVA COMERCIAL - ME** (fls. 02 a 50) contra o Edital de Pregão nº 30/SMADS/2010, que tem por objeto a aquisição de beliches, por meio da qual, em linhas gerais, a Representante questiona o descabimento e a inutilidade da exigência de amostras; a disposição de apresentação de amostras em momento anterior à licitação; a ausência da fixação de critérios claros e definidos para a apresentação das amostras; e a não apreciação, pela Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social - SMADS, da impugnação apresentada pela Representante em 11-11-10.

Houve indeferimento do pedido liminar de suspensão do certame, (Memo Gab MF nº 262/2010 - fls. 51 e 52), pois as informações e os argumentos apresentados não evidenciavam, por si sós, a existência de risco de dano irreparável, sem embargo de aferição mais detida decorrente da completa instrução processual, tendo a Origem e a Representante sido devidamente cientificadas desta decisão (fls. 55, 56, 66 e 67).

Em seus esclarecimentos (fls. 64 e 65), a SMADS refere, sucintamente, a compatibilidade da solicitação de amostras com a modalidade em apreço e, até mesmo, sua essencialidade, a fim de assegurar o adequado objeto da contratação, enfatizando, ainda, histórico de problemas anteriormente constatados com a montagem de beliches.

A Auditoria, na análise acostada (fls. 74 a 79), manifestou-se pela improcedência da Representação, destacando julgados desta Corte, no sentido da compatibilidade do pregão com a exigência editalícia de amostras, apesar da divergência dos decisórios no tocante ao momento da sua apresentação, ora na fase de oferecimento e análise das propostas comerciais, ora antes da fase dos lances verbais. Por derradeiro, a Coordenadoria III informa que a sessão pública voltada à disputa por lances ocorreu em 16-11-10, tendo sido declarada vencedora a empresa Cantares Magazine Ltda., com despacho de homologação publicado no DOC de 23-11-10, e que a última tramitação refere o aditamento do ajuste, consubstanciado na Nota de Empenho nº 125188, para constar o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) do valor contratual, qual seja, de R\$ 78.750,00 (setenta e oito mil e setecentos e cinquenta reais), objetivando o fornecimento de 75 (setenta e cinco) beliches em aço (fl. 72).

Enviados os autos à Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE, esta opina pelo recebimento e, no mérito, pela improcedência da Representação (fls. 82 a 90).

A Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM e a Secretaria Geral - SG, acompanhando os órgãos técnicos, manifestam-se pela improcedência do Inconformismo (fls. 92 a 97 e 99 a 104).

É o Relatório.



VOTO

Em preliminar, conheço da presente Representação, tendo em vista que atendidos os pressupostos de admissibilidade previstos no artigo 55 do Regimento Interno deste Tribunal.

No que concerne à análise meritória, não assiste razão à Representante.

Desde já consigno o meu entendimento acerca da possibilidade de exigência de amostras na modalidade pregão, invocando precedentes desta Egrégia Corte neste sentido, constantes dos TCs nºs 72.000.858/03-54, 72.001.175/04-78 e 72.003.366/04-47. Com efeito, a celeridade do procedimento em apreço não impede a exigência de amostras, pois se trata de uma forma objetiva e eficiente de comprovação da compatibilidade dos produtos ofertados com os requisitos do edital.

Sobre outro aspecto da irresignação, registro que o Edital previu, no seu item 6.1, o prazo de até 02 (dois) dias úteis antes da abertura do certame para apresentação das amostras e, no subitem 6.1.3, que o resultado da respectiva análise seria divulgado após a abertura das propostas apresentadas pelos licitantes. Assim, trago à colação conteúdo do voto por mim proferido¹ em caso análogo já julgado, vazado nos seguintes termos:

O tema relacionado ao momento de apresentação das amostras não encontra posicionamentos doutrinários ou mesmo jurisprudenciais sedimentados, oferecendo campo fértil para posições distintas, já que a lei silenciou sobre o assunto.

[...]

A polêmica existente acerca do momento ideal para a apresentação de amostras no Pregão, se antes ou depois dos lances verbais, considerando as ponderações e justificativas apresentadas pela doutrina para a adoção de um ou de outro entendimento, nos leva a concluir que, de fato, o momento mais adequado para a análise das amostras é o do início da fase de julgamento, até porque, em caso contrário, poderá participar de fase de lances licitante que deveria ter sido desclassificado, caso sua amostra fosse incompatível com as exigências do edital.

Todavia, conduta em desacordo com esse entendimento não deve levar, necessariamente, à conclusão da ocorrência de ilegalidade, e, para tanto, é de se consignar, por exemplo, que o renomado jurista Marçal Justen Filho, citado em várias oportunidades no presente processo, admite que a análise das amostras na licitação, na modalidade de pregão, se dê por ocasião da assinatura do contrato, ou seja, posteriormente aos lances, conduta condenada pela Assessoria

¹ TC nº 72.005.422/03-06, julgado, à unanimidade, na 262ª Sessão Ordinária (26-05-10) da Colenda 2ª Câmara.



Jurídica de Controle Externo ("in" Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. Dialética. São Paulo. 2001. Pág. 96).

No que atine aos critérios de avaliação das amostras, a análise do instrumento convocatório revela que este previu um capítulo específico (qual seja, o VI - item 6.1) para disciplinar a sua apresentação. Por sua vez, o subitem 6.1.4 foi expresso ao determinar a desclassificação dos licitantes cujas amostras fossem reprovadas por incompatibilidade do produto ofertado com as especificações do Edital. Outrossim, o Edital ainda previu a possibilidade de a licitante oferecer recurso da decisão que julgar o resultado da análise das amostras (subitem 6.1.3).

Já com referência à alegação de que não houve exame da impugnação ingressa pela Representante perante o Órgão licitante, percebe-se, a partir da publicação feita no DOC de 17-11-10, que a decisão proferida foi pela improcedência da mesma, muito embora a abertura da sessão tenha se processado no dia anterior, ou seja, em 16-11-10. Mister referir aqui, de plano, o registro de que a Representante não participou da sessão pública de abertura (fl. 50), deixando de reiterar sua impugnação naquela oportunidade, consoante norma expressa da Lei Federal nº 8.666/93² e do próprio edital (subitem nº 5.1.3 - fl. 16). Então, no caso concreto, a impugnação foi interposta em 11-11-10 (quinta-feira), sendo que a abertura da licitação ocorreria em 16-11-10 (terça-feira).

Cabe ressaltar, ainda que, o próprio ato convocatório não estabeleceu prazo para resposta à impugnação, apenas referindo que a decisão seria proferida, ... *se possível, antes da data prevista para a abertura do certame* (subitem 5.1.1 - fl. 16).

A problemática que se instaura demanda uma solução que serve de referência ao Órgão licitante, ao mesmo tempo que contempla garantias processuais. Para tanto, cabe como orientação e integração à analogia lastreada no artigo 41, § 1º³, do Estatuto das Licitações, conforme permissivo da Lei Federal nº 10.520/02⁴, artigo 9º⁵, o qual determina que a impugnação deve ser protocolada até 05 (cinco) dias úteis da data da abertura e que a Administração deve julgar e

² Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

³ § 3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.

⁴ Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

⁵ Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

⁵ Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#).



responder em até 03 (três) dias úteis, o posicionamento deve ser de exame, decisão e comunicação por parte da Origem, preferencialmente, antes da abertura do certame.

Referentemente ao artigo 41, § 1º, do Estatuto, é de se registrar o comentário efetivado por Renato Geraldo Mendes⁶, nos seguintes termos:

686) A impugnação ao edital licitatório não comporta o efeito suspensivo. Contudo, em não conseguindo a Administração apreciar a impugnação e responder a ela antes da data fixada para abertura do envelope I, entendemos ser mais adequado o adiamento da sessão de abertura até que a impugnação seja julgada e respondida pela Administração, sob pena de infringência das finalidades da Lei.

Pela oportunidade, não obstante ciente da realidade que, por vezes, aguardar a decisão acerca de impugnação pode representar um lapso de tempo que recompõe as expectativas de prazo do certame, entendo necessário que a Administração operacionalize tal decisão em tempo hábil, a fim de evitar transtornos no processamento de licitações, em face da omissão de apreciação e de resposta, sendo de destacar recomendação que segue ao final do presente voto. Nesse contexto, julgado do Superior Tribunal de Justiça colacionado por Jessé Torres Pereira Júnior⁷, quando leciona:

O direito à impugnação é meio de controle da legalidade e funda-se no direito constitucional de petição aos poderes públicos, assim devendo ser exercitado e conhecido. Tanto que, em sede judicial, a falta de resposta à impugnação tem sido considerada suficiente provocação à impetração de mandado de segurança. Assim: "... tal petição de Impugnação foi protocolada ... na data de 15 de setembro, numa quarta-feira, e, atendidos aos ditames legais, no dia 20 de setembro deveria ter sido respondida..., contudo silencia-se a autoridade coatora a apresentar julgamento às razões de impugnação, caracterizando-se o seu silêncio como ato omissivo, e, como tal, prejudicial ao direito líquido e certo da Impetrante em obter da Autoridade resposta às suas razões... A omissão é ato que na legislação brasileira pode e deve ser guerreado através do mandado de segurança... Assim..., divisando o bom direito e, como cogitação razoável, o periculum in mora, defiro provisão liminar, suspendendo os procedimentos licitatórios a fim de que sejam formalmente apreciadas as razões apresentadas como impugnações..." (STJ, MS nº 6.593-DF, rel. Min. Milton Luiz Pereira. DJU de 30.09.99, pág. 368).

Assim, na esteira do posicionamento dos órgãos preopinantes, com a devida ressalva, entendo que restou cabalmente justificado nos autos a regularidade da exigência editalícia impugnada, quanto às amostras, a qual se destinou, unicamente, a assegurar a boa qualidade dos produtos a serem adquiridos pelo Poder Público, sem que, com isso, houvesse ofensa ao Estatuto das Licitações.

⁶ In *Lei de Licitações e Contratos* Anotada. 3. ed. Curitiba: ZNT Editora. 1998. p. 104.

⁷ In *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 444.



TRIBUNAL DE CONTAS DO
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ISO 9001

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA
ASSESSORIA JURÍDICA DE CONTROLE EXTERNO
SECRETARIA GERAL

Diante do exposto, da jurisprudência já consolidada por esta Corte de Contas e na esteira das manifestações unânimes dos órgãos técnicos, **voto pelo conhecimento e, no mérito, pela improcedência** da presente Representação, sem prejuízo da recomendação no sentido de que deve a Unidade Licitante operacionalizar as decisões acerca das impugnações antes das datas de abertura e lances, referenciando-se na legislação de regência.

Encaminhe-se cópia do presente julgado à Origem e à Representante.