**JURISPRUDÊNCIA**

**TC nº 72.003.366.04-47**

**ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. SME. Aquisição de conjuntos de agasalhos do tipo tactel. Ausência de publicação em jornal de grande circulação relevada. Art. 21, § 4º Lei 8.666/93. REGULAR excepcionalmente. DETERMINAÇÃO. Votação por maioria.**

**Transitado em julgado em**: 14.08.2007.

**Referência especial**: 72.001.175.04-78, 72.000.858.03-54.

**2.334ª Sessão Ordinária**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Edson Simões, após vista que lhe fora concedida na 2.333ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros Maurício Faria – Relator e Roberto Braguim – Revisor.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Maurício Faria – Relator, bem como pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim – Revisor e Eurípedes Sales, em relevar a ausência de publicação, em jornal de grande circulação, das alterações procedidas no edital, tendo em vista a regular publicação na imprensa oficial, e em julgar regular, em caráter excepcional, o procedimento licitatório na modalidade Pregão 04/SME/2004 e as despesas dele decorrentes, considerando os aspectos controvertidos da matéria e a ausência de orientação unânime na doutrina ou jurisprudência, bem como a aceitação pelos licitantes da regra editalícia.

**ACORDAM**, outrossim, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar à Secretaria Municipal de Educação que, nas situações em que for necessária a aquisição de quantidade superior à registrada, promova prévia pesquisa de mercado com relação aos quantitativos pretendidos, bem como, quando conveniente, exija a apresentação de amostras em licitações na modalidade pregão, na fase de verificação de conformidade com as propostas comerciais.

**ACORDAM**, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar a integral aplicação do artigo 21, § 4º, da Lei Federal 8.666/93, sempre que procedida qualquer alteração no edital.

Vencido o Conselheiro Edson Simões que, consoante voto apresentado em separado, julgou irregulares o Pregão 04/SME/2004 e as despesas

dele decorrentes, representadas pelas Notas de Empenho 36044/2004 e 36046/2004, deixando de aceitar os efeitos financeiros e, em conseqüência, aplicou ao ordenador da despesa a multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

Participaram do julgamento os Conselheiros Roberto Braguim – Revisor, Edson Simões e Eurípedes Sales.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de julho de 2007.

Antonio Carlos Caruso – Presidente.

Maurício Faria – Relator.

## RELATÓRIO ENGLOBADO

Em julgamento o TC 1.175.04-78, que cuida do acompanhamento do procedimento do Pregão 04/04, que tem por objeto o registro de preços de agasalho de tactel para alunos da rede pública de ensino, bem como o TC 3.366.04-42, que trata da análise da referida licitação e da contratação dela decorrente, formalizada pelas Notas de Empenho nºs 36044 e 36046.

A Auditoria concluiu pela regularidade do pregão, do respectivo procedimento e dos atos determinativos de despesa, apontando, contudo, a ausência de publicação da alteração da especificação do objeto em jornal de grande circulação e a aquisição de quantidade superior à registrada, nos meses de maio e junho, sem comprovação da prévia anuência da contratada.

A AJCE asseverou que *'no sistema de registro de preços não há como precisar, "a priori", a exata quantidade de materiais ou serviços que deverão ser adquiridos pela Administração'* e que, no presente caso, restou comprovada a inexistência de abuso no aumento da quantidade, não havendo extrapolação da quantidade total estimada, mas apenas da previsão mensal. Entendeu válida a justificativa dos auditores para a não-realização da pesquisa de preços previamente às aquisições, por considerar que o lapso temporal de sessenta dias, entre o registro dos preços e a emissão das notas de empenho, permite a utilização da pesquisa realizada no bojo da licitação.

Devidamente intimada, a Origem informou que a estimativa dos quantitativos foi feita com base no número de alunos matriculados nas escolas da rede pública em 2003 e que, em 2004, houve novas matrículas, além da variação da numeração das roupas utilizadas pelos alunos.

Em manifestação conclusiva, a Auditoria reiterou seu posicionamento pela regularidade dos instrumentos, com sugestão de recomendação à Origem para que, nas futuras aquisições, observe a quantidade estimada ou, diante da impossibilidade, consulte previamente a detentora da ata de registro de preços.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acolheu as razões de defesa apresentadas pela Origem, opinando pela regularidade da licitação e do respectivo procedimento, bem como das despesas dela decorrentes. Apontou, como questão de relevo, o item editalício que determinou que a avaliação das amostras realizar-se-ia após a declaração da empresa vencedora, ou seja, após os lances verbais, o que no entender daquela Especializada é incompatível com os princípios e com a própria legislação que disciplina o pregão.

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pelo acolhimento do certame e das contratações dele decorrentes. No tocante ao momento adequado para apresentação e avaliação das amostras, afirmou tratar-se de tema que encontra divergência de interpretação, sugerindo, por isso, que a Origem formule consulta à Procuradoria Geral do Município, para uniformização do entendimento.

A Secretaria Geral acompanhou a manifestação da AJCE, opinando pelo acolhimento dos instrumentos.

É o relatório.

## VOTO ENGLOBADO

Inicialmente, no que tange à ausência de publicação, das alterações procedidas no edital, em jornal de grande circulação, entendo passível de relevação a impropriedade apontada, tendo em vista a regular publicação na imprensa oficial.

No que concerne à questão dos quantitativos, o tema já encontra precedentes nesta Corte, por ocasião do julgamento dos TCs 3.671.01-78, 325.02-91, 163.02-91, dentre outros.

O posicionamento firmado considerou como característica do sistema de registro de preços a descrição quantitativa do objeto em termos estimativos.

De fato, existe um pressuposto lógico na afirmação de que os quantitativos previstos inicialmente na ata devem se mostrar suficientes às necessidades da Administração, mas também é inegável que a natureza do sistema dificulta em muito tal aproximação, sobretudo porque a ata poderá ser disponibilizada a outros órgãos e, a despeito da existência de controles, tal possibilidade poderá render ensejo a estimativas imprecisas.

Com relação à observância da economia de escala, frente à constatação de aquisição de quantitativo superior ao registrado, não há nos autos qualquer disposição que pudesse afirmar a inobservância dessa regra, a partir da análise formalizada pelos órgãos técnicos desta Corte.

Ademais, há de se considerar a afirmação da Origem de que a diferença entre a quantidade estimada e a quantidade contratada ocorreu em virtude da disparidade entre o número de alunos matriculados na rede municipal de ensino em 2003 e 2004, e de que a quantidade estimada não ultrapassou a previsão total de uniformes, excedendo somente em alguns tamanhos e modelos.

Já no que diz respeito à questão referente ao momento adequado para apresentação e análise das amostras em licitação na modalidade pregão, vale destacar que, quando do julgamento do TC 858.03-54, asseverou-se que a análise das amostras deve ocorrer por ocasião do exame de compatibilidade das propostas comerciais com as exigências do edital, de forma que somente participarão da fase seguinte, dos lances, aquelas classificadas provisoriamente, potencializando assim a competição nesta etapa de propostas verbais de preços.

No caso concreto, a empresa classificada para os lotes 2 e 3 não deveria ter participado da fase de lances, em razão de ter apresentado amostras incompatíveis com as exigências editalícias, motivo que determinou a sua desclassificação em momento posterior à fase de habilitação.

A desclassificação posterior da empresa Dismaf não prejudicou o caráter competitivo do certame no que se refere ao lote 2, pois a mesma não serviu de parâmetro para a aplicação da regra inserta no art. 4º, VIII, da Lei Federal 10.520/02, para fins de fixação das empresas participantes da fase de lances.

Diferentemente ocorreu com o lote 3, em que a empresa Dismaf, por ter apresentado a proposta de menor valor, serviu de parâmetro para a aplicação do referido dispositivo, o que resultou em definição equivocada das empresas participantes da fase de lances.

Ou seja, a análise das amostras após a etapa de lances verbais, no caso concreto, pode, em tese, ter alterado o resultado do pregão apenas em um dos três lotes licitados. E não houve recurso de licitante questionando esse procedimento previsto no edital.

Vale ponderar, ainda, que, embora adote a interpretação jurídica de que é imprópria a verificação das amostras após a fase de lances verbais, verifica-se que a doutrina não é uníssona quanto a esta questão. Em face desta realidade, tendo a relevar a conduta dos membros da comissão, bem como do ordenador da despesa, posto que não existia orientação fixada por parte desta Corte de Contas.

Reforça tal compreensão o comentário de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, quando afirma que 'a jurisprudência do Tribunal de Contas da União tem por regra não penalizar o agente quando adota, em questão ainda não definida em sua jurisprudência tese juridicamente razoável' (Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência. 1ª edição. BH, Ed. Fórum, 2003, pág. 46).

Frente ao exposto, voto em caráter excepcional pela regularidade do procedimento licitatório, do Pregão nº 4/2004 e das despesas dele decorrentes, considerando os aspectos controvertidos da matéria e a ausência de orientação unânime na doutrina ou jurisprudência, bem como a aceitação pelos licitantes da regra editalícia.

Determino à Origem que, nas situações em que for necessária a aquisição de quantidade superior à registrada, promova prévia pesquisa de mercado com relação aos quantitativos pretendidos, bem como, quando conveniente, exija a apresentação de amostras em licitações na modalidade pregão na fase de verificação de conformidade das propostas comerciais. Determino, ainda, a integral aplicação do art. 21, § 4º, da Lei 8.666/93, sempre que procedida qualquer alteração no edital **(2.333ª S.O.)**.

**VOTO EM SEPARADO** proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Ao realizar a análise das amostras após a fase de lances verbais, a Origem infringiu as normas reguladoras da modalidade Pregão. Mesmo estando previsto no edital, da mesma forma que esse procedimento permite a participação, na fase de lances verbais, de empresas que poderão ser desclassificadas ao apresentarem amostras inadequadas, impede a participação de empresas com amostras dentro dos parâmetros almejados. Em outras palavras, deixam de existir lances verbais que, na prática, poderiam ou ser inferior àquele contratado ou ter pressionado a vencedora a oferecer lance ainda mais baixo, o que de fato representa prejuízo ao Erário.

Nesse sentido, manifesta-se Assessoria Jurídica de Controle Externo, em seu parecer:

*'De acordo com a cláusula 7.12 do Edital, as amostras e os laudos são avaliados após a declaração da empresa vencedora, ou seja, somente depois de realizada a etapa dos lances verbais, o que se mostra incompatível com os princípios e com a própria legislação que disciplina o pregão.*

*Em uma licitação, as amostras têm a função de comprovar se a qualidade do produto que será oferecido à Administração ajusta-se aos requisitos do edital. Daí que o momento ideal para sua análise é a fase preliminar do julgamento das propostas, sob pena de a administração ter de desclassificar o proponente, por desatendimento ao objeto do edital, depois de realizada a fase de lances e da declaração do vencedor.*

*Assim, toda e qualquer aferição sobre as características técnicas do bem ou do serviço deve, necessariamente, preceder a fase de lances verbais, na qual só podem participar os proponentes cujas propostas atenderam a todos os critérios de aceitabilidade previstos no edital'.*

Nesse sentido, julgo IRREGULARES o Pregão 4/04 e as despesas dele decorrentes, representadas pelas Notas de Empenho 36044 e 36046, deixando de aceitar os seus efeitos financeiros.

Em conseqüência, aplico ao Ordenador da Despesa a multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei nº 9.167/80.