JURISPRUDÊNCIA

TC nº72-005.422.03-06

ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. SME. Fornecimento de fraldas descartáveis para os CEU's. REGULARES. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

262ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara

Transitado em julgado em: 17.08.2010.

Referência Especial: 72.001.175.04-78, 72.003.366.04-47, 72.003.924.03-93.

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Maurício Faria.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, tendo em vista que a cláusula editalícia referente à possibilidade de substituição da amostra não foi impugnada por qualquer dos interessados e não comprometeu a finalidade do certame licitatório, julgar regulares o procedimento licitatório Pregão 16/SME/2003 e o Contrato 42/03-SME/CONAE.

DECIDEM, ademais, à unanimidade, considerando que a lei não estabelece de forma expressa o momento da apresentação das amostras e que existem posicionamentos de respeitados juristas no sentido de que as amostras podem ser apresentadas até o momento que antecede a assinatura do contrato, determinar o envio de ofício à Secretaria Municipal de Educação – SME e ao Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal, para que dê ciência a todas as Secretarias Municipais e à Administração Indireta de que esta Corte adotou o entendimento no sentido de que, no procedimento licitatório na modalidade pregão, as amostras deverão ser apresentadas antes da fase dos lances verbais e que os editais não deverão prever a viabilidade de substituição das amostras, o que deverá, doravante, passar a ser observado pela Administração.

Participou do julgamento o Conselheiro Antonio Carlos Caruso.

Presentes os Procuradores da Fazenda Joel Tessitore e Fábio Costa Couto Filho.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 26 de maio de 2010.

Roberto Braguim – Presidente.

Maurício Faria – Relator.

RELATÓRIO

Em julgamento, a licitação na modalidade Pregão nº 16/SME/2003, realizada pela Secretaria Municipal de Educação, objetivando o fornecimento de fraldas descartáveis para os CEUs, assim como o Contrato nº 42/03-SME/CONAE dela decorrente.

A Auditoria manifestou-se pela regularidade do Pregão com ressalva relacionada à falta de publicação do edital em jornal de grande circulação, conforme estabelecido na Portaria SF nº 31/02.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu relevável a irregularidade apontada, considerando que 10 licitantes participaram do certame. Todavia, acrescentou que, apesar de previsão editalícia, o procedimento adotado para a apresentação das amostras contrariou a legislação, uma vez que incompatível com a modalidade do Pregão.

Segundo a especializada, a irregularidade residiu no momento utilizado para a avaliação das amostras, cuja apresentação foi postergada para a fase pós-licitação, ou seja, como condição para a assinatura do contrato. No seu entender, a modalidade exige que tal avaliação ocorra antes da fase de lances verbais, na qual só podem participar licitantes cujas propostas tenham atendido a todos os critérios de aceitabilidade previstos no edital, sob pena de permitir a oferta de lances lastreados em propostas que não estariam classificadas, o que efetivamente ocorreu no caso.

Observou, ainda, que o contrato não mencionou a marca da amostra aprovada, constando de forma genérica 'marca de boa qualidade', o que não se justifica, uma vez que a amostra visa vincular a marca proposta pela licitante.

Diante dessas considerações, entendeu que houve afronta ao princípio da isonomia, quando se permitiu que a licitante vencedora alterasse a marca por outra que atendesse à exigência do edital, e que a falta de publicação do ajuste feriu o artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02, afrontando o princípio da publicidade. Desta feita, opinou pela irregularidade do contrato e da licitação.

Oficiada, a Origem apresentou documentos comprobatórios da publicação do edital em jornal de grande circulação, bem como do contrato. Com relação às amostras, informou que, nos primeiros pregões realizados no âmbito daquela Secretaria, eram exigidas as amostras no início da fase da sessão de julgamento, o que causava tumulto, já que as licitantes

questionavam aspectos técnicos das amostras, situação que demandava diligências impedindo a continuidade normal dos trabalhos. No seu entender, a entrega antecipada das amostras e a decisão antes do início dos lances verbais instaurariam um contencioso, o qual terminaria por abrir nova fase no Pregão, diante da interposição de recursos pelas licitantes desclassificadas, de modo que a melhor opção foi a de exigir a apresentação de amostra apenas para a empresa declarada vencedora, provisoriamente, antes da adjudicação.

Informou, ainda, que o edital previa a possibilidade da substituição do material entregue em desacordo com as especificações para nova avaliação, sob pena de aplicação de penalidade, e esta possibilidade nunca foi objeto de impugnação por parte dos licitantes, já que é facultada a todos os participantes. Acrescentou que a Secretaria Municipal de Educação trabalha com um universo muito amplo de compras, de forma que a fase de entrega das amostras deve ser avaliada em cada situação concreta, já que a lei não a estabelece. Citou Marçal Justen Filho, que admite a apresentação das amostras no momento que antecede a assinatura do ajuste.

Justificou, por fim, que, no caso concreto, houve um equívoco da comissão de amostras quando aprovou a amostra apresentada e depois reviu sua posição, desclassificando a então vencedora, que foi chamada, com base no subitem 6.19.2 do edital, para apresentação de nova amostra.

Aduziu que não houve desrespeito ao princípio da isonomia, tampouco do julgamento objetivo, e que a decisão não foi objeto de impugnação. Concluiu esclarecendo que não houve prejuízo, tendo a vencedora entregue produto de qualidade superior pelo preço ofertado, o que significou economia de 57,39% em relação ao orçamento inicial.

Em face dos esclarecimentos prestados pela Origem, a Auditoria retificou suas conclusões anteriores e opinou pela regularidade do contrato e da licitação, com ressalva relacionada ao atraso na publicação do contrato.

Intimados, os ordenadores de despesas apresentaram suas respectivas defesas.

Em resposta, a Assessoria Jurídica de Controle Externo manteve sua posição anterior. Acrescentou que esta Corte de Contas ainda não se manifestara sobre o tema.

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo acolhimento do Pregão e do Contrato.

A Secretaria Geral, perfilhando do entendimento segundo o qual o momento ideal para a apresentação das amostras é antes da fase dos lances verbais, ponderou que a lei não dispõe expressamente sobre a questão e tampouco a doutrina é unânime. Com relação à oportunidade concedida para apresentação de nova amostra, considerou que essa possibilidade estava prevista

no edital, o qual não foi impugnado, e que importou em entrega de produto de qualidade superior, com a manutenção dos preços e das condições de fornecimento inicialmente ofertados, de forma que não comprometeu a licitação a ponto de invalidá-la. Opinou pelo acolhimento do certame, sem embargo de eventuais determinações.

É o relatório.

VOTO

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.

Ademais, trata-se do único aspecto a ser enfrentado pelo presente voto, eis que os demais, relacionados à ausência de publicidade do edital em jornal de grande circulação, por força do disposto na Portaria SF nº 31/02, e de publicação do ajuste, foram superados no momento em que a Origem demonstrou que tais atos foram efetivamente praticados.

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

Há que se estabelecer, também, que o sucesso do certame em julgamento não pode ser parâmetro para a adoção de condutas gerais a serem adotadas nas demais licitações, eis que os eventuais problemas que podem advir da adoção desse critério, eventualmente, não terão o mesmo desfecho em outros certames.

Assim, o resultado do certame em exame deve ser considerado, somado ao fato de que a lei não estabeleceu de forma expressa o

momento da apresentação das amostras e de que existem posicionamentos de respeitados juristas, no sentido de que as amostras podem ser apresentadas até o momento que antecede a assinatura do contrato, para possibilitar a relevação dos aspectos apontados como ensejadores da irregularidade.

Por tais razões, não vislumbro lastro que autorize o julgamento pela irregularidade do certame, eis que a autoridade não deixou de observar a lei. Apenas a interpretou, e o fez de forma razoável, na medida em que, como fartamente demonstrado, podemos encontrar na doutrina posicionamentos no mesmo sentido que dão amparo à opção do administrador.

Parece válido invocar nesta oportunidade as lições de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes que, ao discorrer sobre o desempenho da função de controle sobre a responsabilidade fiscal, alerta que é dever dos órgãos de controle, dentre outros ("in" Responsabilidade Fiscal na função do ordenador de despesa; na terceirização de mão de obra; na função do controle administrativo. Editora Brasília Jurídica. 2001. Pág. 87):

> *'... considerar as dificuldades técnicas e complexidade das normas de responsabilidade fiscal.* ***Não podem os órgãos de controle, a pretexto de exercerem o controle sobre os atos de gestão, penalizar os agentes que adotaram tese juridicamente razoável quando não havia definição sobre a exegese mais correta da norma****. Esse tipo de norma exige um tempo para acomodações das múltiplas exegeses, possíveis...'* (destaque nosso).

Cumpre consignar, ainda, que esta Corte de Contas já se manifestou anteriormente sobre essa questão, em que, na mesma linha, fixou entendimento de que o momento adequado para apresentação das amostras antecede a fase de lances verbais. Todavia, considerando todos os aspectos aqui já mencionados, julgou regular o certame, em caráter excepcional (TCs nºs 1.175.04-78 e 3.366.04-47). Cumpre assentar que referida decisão foi posterior à realização do Pregão em julgamento, ou seja, em momento em que não havia ainda postura adotada por este Tribunal em julgado.

Com relação à possibilidade prevista no edital da substituição da amostra, encampando os argumentos estampados na manifestação da Secretaria Geral, considero que a cláusula editalícia não foi impugnada por qualquer dos interessados e não comprometeu a finalidade do certame. Não obstante, a Administração Pública deverá se abster de inserir cláusula editalícia propiciando a substituição de amostra, eis que, na sequência indicada, trata-se de fase desclassificatória, em que os concorrentes deverão apresentar amostras adequadas às exigências editalícias, e o pregão deve ter seguimento regular, com a desclassificação daqueles que não cumprirem as exigências e que não deverão participar da fase de lances.

Em face de todo o exposto, julgo regular o Pregão nº 16/SME/2003, realizado pela Secretaria Municipal de Educação, objetivando o fornecimento de fraldas descartáveis para os CEUs, bem como o Contrato nº 42/03-SME/CONAE dele decorrente, e determino o encaminhamento de ofício à Origem e ao Prefeito Municipal, para que dê ciência a todas as Secretarias e à Administração Indireta de que esta Corte adotou entendimento no sentido de que, no procedimento licitatório na modalidade de pregão, as amostras deverão ser apresentadas antes da fase dos lances verbais e que os editais não devem prever a viabilidade de substituição das amostras, o que deverá, doravante, passar a ser observado pela Administração.