

## A POSSIBILIDADE DA EXIGÊNCIA DE AMOSTRAS NO PREGÃO PRESENCIAL

MARCIA WEBER LOTTO RIBEIRO<sup>1</sup>

### RESUMO

Neste trabalho pretende-se detalhar todas as características do pregão, o procedimento dessa modalidade licitatória, totalmente diverso dos outrora conhecidos, bem como as vantagens e desvantagens de sua adoção. Explicita-se o conceito de bens e serviços comuns e a aplicação subsidiária da Lei Geral de Licitações. Por fim, demonstra-se o posicionamento do Tribunal de Contas da União e do Estado de São Paulo, sobre a possibilidade da exigência de amostras no pregão presencial.

**Palavras-chave:** Licitação. Pregão. Amostras

---

<sup>1</sup> Procuradora Nível V do Município de Diadema, Professora do Curso de Direito da UNIANHANGUERA, Especialista em Direito do Trabalho, Mestre em Direito Constitucional

## SUMÁRIO

1. DEFINIÇÃO DE PREGÃO .....	03
2. VANTAGENS E DESVANTAGENS DO PREGÃO .....	05
3. CARCATERÍSTICAS DO PREGÃO.....	06
4. O PROCEDIMENTO DO PREGÃO .....	07
5. A EXIGÊNCIA DE AMOSTRAS .....	12
6. CONCLUSÃO .....	14
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	15

## 1. DEFINIÇÃO DE PREGÃO

A doutrina é unânime em afirmar que o texto da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que instituiu o pregão no ordenamento jurídico pátrio, não trouxe uma definição precisa do novo instituto em um só dispositivo. Nesse passo, passamos a apresentar as definições encontradas na doutrina:

Para Justen Filho (2009, p. 9):

Pregão é uma modalidade licitatória do tipo menor preço, destinada à seleção da proposta mais vantajosa de contratação de bem ou serviço comum, caracterizada pela existência de uma fase competitiva inicial, em que os licitantes dispõem do ônus de formular propostas sucessivas, e de uma fase posterior de verificação dos requisitos de habilitação e de satisfatoriedade das ofertas.

No dizer de Di Pietro (2009, p. 386):

Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

Vemos, portanto, que as definições são muito semelhantes e nos levam a necessidade de elucidar algumas expressões nelas constantes.

Em primeiro lugar é preciso compreender o significado da locução “bens ou serviços comuns”. Nos termos do parágrafo único do art. 1º, da Lei do Pregão, consideram-se bens e serviços comuns, independentemente do valor, “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

Importante registrar que o Decreto Federal nº 3.555, de 08 de agosto de 2000, enumerava em seu Anexo II, quais eram os bens e serviços abarcados pelo conceito<sup>2</sup>, contudo

---

<sup>2</sup> Os bens eram classificados como bens de consumo (água mineral; combustível e lubrificante; gás; gênero alimentício; material de expediente; material hospitalar, médico e de laboratório; medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos; material de limpeza e conservação; oxigênio e uniforme) e bens permanentes (mobiliário; equipamentos em geral, exceto bens de informática; veículos automotivos em geral; microcomputador de mesa ou portátil, monitor de vídeo e impressora).

Por sua vez os serviços comuns classificavam-se em: serviços de apoio administrativo; serviços de apoio à atividade de informática (digitação e manutenção); serviços de assinaturas (jornal; periódico; revista; televisão via satélite e televisão a cabo); serviços de assistência (hospitalar; médica e odontológica); serviços de atividades auxiliares (ascensorista; auxiliar de escritório; copeiro; garçom; jardineiro; mensageiro; motorista; secretária e telefonista); serviços de confecção de uniformes; serviços de copeiragem; serviços de eventos; serviços de filmagem; serviços de fotografia; serviços de gás natural; serviços de gás liquefeito de petróleo; serviços gráfico; serviços de hotelaria; serviços de jardinagem; serviços de lavanderia; serviços de limpeza e conservação; serviços de locação de bens móveis; serviços de manutenção de bens imóveis; serviços de remoção de bens móveis; serviços de microfilmagem; serviços de reprografia; serviços de seguro-saúde; serviços de degravação; serviços de tradução; serviços de telecomunicações de dados; serviços de telecomunicações de imagem; serviços de telecomunicações de voz; serviços de telefonia fixa; serviços de telefonia móvel; serviços de transporte; serviços de vale-refeição; serviços de vigilância e segurança ostensiva; serviços de fornecimento e energia elétrica; serviços de apoio marítimo; serviços de aperfeiçoamento, capacitação e treinamento e serviços topográficos.

o mesmo foi revogado pelo art. 14, inc. I, do Decreto Federal nº 7.174, de 12 de maio de 2010<sup>3</sup>.

Anote-se que apesar de se tratar de um ato normativo aplicável somente na esfera federal ele serviu de “inspiração” para muitos Municípios e, até mesmo, para alguns Estados, que reproduziram as disposições em atos normativos editados nos âmbitos municipais e estaduais.

Na teoria, a expressão “bens e serviços comuns” nós dá a equivocada ideia de tratar-se de uma conceituação bastante simples, mas, a prática nos leva a afirmar que estamos lidando com um conceito jurídico indeterminado, pois não é possível determinar com certeza quais seriam os objetos que se enquadrariam em tal definição.

Adotaremos aqui o seguinte conceito: “bem ou serviço comum é aquele que se encontra disponível a qualquer tempo num mercado próprio e cujas características padronizadas são aptas a satisfazer as necessidades da Administração Pública”. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 37).

Em outras palavras, o pregão será cabível toda vez que o objeto pretendido puder sem encontrado no mercado sem dificuldade e estiver disponível para contratação a qualquer momento.

Importante registrar que dentro deste conceito enquadram-se não só os bens produzidos pela indústria, mas também os naturais, de origem agropecuária ou florestal, desde que integrem a seara das aquisições rotineiras e habituais.

Destarte, a Administração não deverá utilizar o pregão se houver dúvida acerca da característica comum do objeto a ser licitado.

Comparando o pregão a outras modalidades licitatórias que são definidas pelo valor da aquisição e/ou contratação, como por exemplo, a concorrência; podemos afirmar que nesta última, interessa a quantidade do objeto, independentemente da qualidade, enquanto que no primeiro importa a qualidade, independentemente da quantidade; pois não há limite de valor.

O segundo vocábulo a ser explicitado é o “tipo menor preço”.

Os tipos de licitação estão elencados no art. 45 do Estatuto das Licitações, sendo que o menor preço é o critério de seleção da proposta mais vantajosa, assim entendida aquela

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, anotamos o seguinte comentário: “Assim, a situação atual é que a Administração Pública federal tem discricionariedade para decidir, diante do caso concreto, o que pode ser considerado objeto comum e licitado via pregão. O Decreto n.7174/2010 disciplina também as contratações de bens e serviços de informática e automação pelos órgãos e entidades da Administração federal, eliminando a antiga proibição do uso do pregão para licitar bens e serviços de informática e automação”. (MAZZA, 2012, p.342).

proposta que, além de estar de acordo com as especificações do edital oferte o menor preço em relação às demais, desde que não seja um preço inexequível.

O preço inexequível é aquele que se apresenta muito inferior ao valor de mercado, ou como reza o inc. II, do art. 48

“...preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação”.

## **2. VANTAGENS E DESVANTAGENS DO PREGÃO**

Muito se discute acerca das vantagens e desvantagens que a nova modalidade trouxe para os certames licitatórios. Apresentamos aqui alguns argumentos favoráveis e outros que a repelem.

No âmbito da vantajosidade podemos citar: a possibilidade de adquirir o objeto pelo menor preço, a ampliação do universo dos licitantes e a simplificação do procedimento licitatório.

A obtenção do menor preço se deve à possibilidade dos licitantes apresentarem lances tendentes a reduzir o preço, resultando em contratações mais econômicas.

Por sua vez, a realização do pregão eletrônico, o que dispensa o comparecimento físico dos interessados, aumenta a participação de proponentes de todas as partes do país.

Já a simplificação diz respeito à análise da documentação somente do participante que oferecer o melhor preço, como explicitaremos no próximo item.

Sob a ótica das desvantagens merecem destaque as argumentações acerca da dificuldade de obter qualidade da prestação, a redução da certeza acerca da idoneidade do licitante, a preponderância de empresas com maior poder econômico.

Quando se fala em qualidade da prestação esbarra-se num paradoxo, e porque não dizer, em um desafio, pois como o objeto deve ser comum e, ao mesmo tempo, adquirido pelo menor preço, corre-se o risco de obter um objeto de baixa qualidade.

Para evitar esse problema deve-se ter muita cautela na elaboração do edital, para que possam ser garantidos parâmetros mínimos de qualidade, bem como exercer fiscalização na entrega dos produtos e/ou na realização dos serviços, para que sejam atendidas as exigências editalícias.

Também é possível a solicitação de amostras dos itens que se pretende adquirir, o que na prática tem causado discussões perante os Tribunais de Contas da União e do Estado de São Paulo, conforme explicitaremos adiante.

No que tange à conferência da idoneidade do licitante, isso decorre da própria inversão de fases, porque às vezes, a Administração acaba sendo menos diligente na análise dos documentos em razão da vantagem do preço.

Neste caso, basta que os agentes públicos envolvidos no certame avaliem a documentação apresentada de forma acurada, desclassificando o licitante que não atender as condições de habilitação previstas no edital.

Por fim, quando se aduz acerca da preponderância de empresas de maior poder econômico, é porque, por certo, o grande empresário que compra grandes quantidades é quem tem oportunidade de oferecer os menores preços.

### **3. CARACTERÍSTICAS DO PREGÃO**

A principal característica do pregão é a inversão das fases da licitação, pois o julgamento das propostas antecede a habilitação dos licitantes.

A habilitação é a fase onde se faz a conferência da documentação exigida dos licitantes. Podem ser exigidos documentos relativos à habilitação jurídica, à regularidade fiscal, à qualificação técnica e à qualificação econômico-financeira, consoante o disposto nos arts. 28 a 31 da Lei Federal nº 8.666/93.

Tal inversão decorre do objetivo precípua do pregão que é o de possibilitar economia temporal e econômica para a Administração Pública.

Assim, primeiro se realiza a fase dos lances verbais decrescentes, analisando-se a documentação somente daquele que ofertou o menor lance.

Outra particularidade especial dessa modalidade diz respeito na adoção parcial do princípio da oralidade.

Isso porque enquanto nas outras modalidades os proponentes só manifestam seus interesses de por intermédio de documentos escritos (propostas), no pregão os participantes poderão oferecer outras propostas de maneira verbal durante a sessão pública presencial.

Após a apresentação inicial das propostas, os licitantes poderão melhorá-las, através da apresentação de lances verbais sucessivos e progressivos.

Na prática podemos dizer que se trata de um leilão às avessas, porque os lances são para menor e não para maior.

No pregão também pode ser visualizado o princípio do informalismo, pois com o advento do pregão eletrônico, graças à utilização dos recursos advindos da tecnologia da informação, pode se reduzir não só o tempo gasto, mas principalmente economizar papel e, via de conseqüência, otimizar ainda mais o procedimento.

#### **4. O PROCEDIMENTO DO PREGÃO**

A fase interna do pregão se refere ao conjunto de atos de caráter preparatório realizado pelos agentes públicos.

Em primeiro lugar deve a autoridade competente justificar a necessidade da contratação e definir além do seu objeto, as exigências para a habilitação.

Anote-se que a definição da referida autoridade depende da organização interna de cada unidade administrativa.

Também é preciso estabelecer os critérios para aceitação das propostas, as cláusulas contratuais necessárias, o prazo para o fornecimento, sanções para o caso de inadimplemento.

Nunca é demais lembrar que, como em qualquer outra modalidade licitatória, a realização do certame deve ser precedida de pesquisa de mercado, até porque há a necessidade de proceder à reserva orçamentária, e consignar o valor da aquisição/contratação no instrumento convocatório.

A realização de pesquisa de preços, através de orçamentos, está implícita na essência do procedimento licitatório, pois ela é necessária para a escolha da modalidade, para determinar o valor estimado da aquisição ou contratação que deverá constar do edital, bem como para balizar a reserva orçamentária<sup>4</sup>.

Denota-se ainda que uma das finalidades do certame, tal seja a seleção da proposta mais vantajosa, também está diretamente atrelada à pesquisa de preços, haja vista que ela servirá como parâmetro para o julgamento.

---

<sup>4</sup> Em duas oportunidades a Lei nº 8.666/93 frisa a necessidade da indicação da reserva orçamentária para validade do certame, senão vejamos:

Art. 7º.

§2º. As obras e serviços somente poderão ser licitados quando:

III – houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a ser executados no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo programa.

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização do seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para o seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

De outro turno, a legislação também se expressa diretamente sobre o tema, como, por exemplo, o art. 3º, III da Lei nº 10.520/02<sup>5</sup>.

Com esses elementos deverá ser elaborado o edital e submetido à análise da assessoria jurídica, nos termos do disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93<sup>6</sup>, para posterior publicação do aviso na imprensa oficial.

Importante ainda, designar o servidor que atuará como pregoeiro e a equipe de apoio.

O pregoeiro será responsável pela direção dos trabalhos, inclusive recebimento de propostas e lances, seu aceite e classificação, além de decidir sobre a habilitação e proceder à adjudicação do objeto do pregão ao licitante vencedor.

No que tange à equipe de apoio deverá ser composta, preferencialmente por servidores integrantes do quadro permanente.

Por sua vez, a fase externa do pregão que é constituída de atos que contam com a participação da Administração e de terceiros, compreende: a) publicação do aviso do instrumento convocatório (sendo que o intervalo mínimo da publicação é de oito dias úteis); b) julgamento (classificação); c) habilitação; d) adjudicação; e) homologação.

A convocação dos interessados em participar do certame se faz por meio de publicação do aviso na imprensa oficial do ente federativo que a está promovendo.

Caso não haja órgão oficial de imprensa, o aviso deve ser publicado em jornal de circulação local. Importante registra que dependendo do valor da contratação o aviso também deverá ser publicado em jornal de grande circulação.

A publicação é obrigatória, mas a lei também permite, de forma facultativa, que o aviso seja veiculado através de meios eletrônicos.

Registre-se que no aviso devem constar, de forma sucinta, as seguintes informações: os elementos da licitação e a forma de obtenção do edital.

Por sua vez, o edital apresenta todo o detalhamento da licitação, como por exemplo: descrição do objeto, abertura, condições de participação, apresentação da proposta, documentos de habilitação, classificação das propostas, etapas de lances, julgamento, recursos, homologação, adjudicação, condições de contratação, prazo de entrega dos materiais

---

<sup>5</sup> Art. 3º. A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

III – dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

<sup>6</sup> Art. 38 .....

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

ou da execução dos serviços, condições de pagamento, penalidades e demais disposições gerais.

A legislação de regência prevê, em seu art. 5º, expressamente, três condutas que são vedadas no pregão, a saber: não pode ser estabelecida qualquer garantia de proposta; é proibida a aquisição do edital como condição para os interessados participarem da competição e não pode ser exigido o pagamento de custas e emolumentos, ressalvado o valor correspondente ao custo da reprodução gráfica do edital e os custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso.

O prazo para apresentação das propostas é de, no mínimo, oito dias úteis, contados da data da publicação do aviso. Anote-se que se trata de um lapso temporal bem inferior às demais modalidades licitatórias de maior vulto, tais sejam: tomada de preços e concorrências, cujos prazos podem ser de quinze, trinta ou quarenta e cinco dias.

A apresentação das propostas se dará na própria sessão que for designada no edital e, o prazo de sua validade será de sessenta dias, se outro não for fixado no edital.

Qualquer interessado poderá solicitar informações e providências ou ainda, impugnar o edital, num prazo de até dois dias úteis antes da data designada para o recebimento das propostas. Em caso de acolhimento da impugnação a sessão deverá ser adiada para que se possam realizar as retificações necessárias.

No que tange à sessão, que deve ser pública, podemos defini-la como uma “reunião” da qual participam o pregoeiro e os licitantes, cujo objetivo é proceder a escolha do futuro fornecedor do bem ou prestador do serviço objeto do certame.

Os licitantes podem comparecer pessoalmente pessoas físicas ou representantes legais das pessoas jurídicas (diretor, sócio-gerente, presidente) devidamente documentados. Também é possível que o licitante constitua um mandatário para representá-lo, através de documento público ou particular, sendo certo que essas exigências devem constar no instrumento convocatório.

Os interessados apresentam em envelopes separados a proposta e os documentos de habilitação, além de declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos da habilitação.

Iniciada a sessão são abertos os envelopes que contêm as propostas, cabendo ao leiloeiro verificar sua conformidade em relação às exigências do edital. Em caso de dissonância o licitante deverá ser desclassificado.

Após essa fase dá-se início à etapa dos lances, sendo que o autor da oferta de valor mais baixo e os das propostas com preços até dez por cento superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até que haja um vencedor final.

Finda a classificação, passa-se à habilitação.

Preliminarmente, examina-se somente os documentos do primeiro classificado. Em caso de inabilitação, procede-se à análise da documentação do segundo colocado, e assim sucessivamente, se for necessário. É imperioso que o licitante atenda a todas as condições de habilitação previstas no edital.

A classificação final do certame se traduz em um ato administrativo de natureza declaratória de competência do pregoeiro, que aponta o vencedor definitivo do pregão.

Frise-se que para que o licitante seja declarado vencedor ele deverá, necessariamente, ter atendido a quatro requisitos, quais sejam: ter apresentado proposta em conformidade com o edital; ter oferecido o menor preço; ter sido considerado pelo pregoeiro como autor do preço aceitável; ter sido habilitado.

A declaração do vencedor pode ser objeto de recurso, a ser interposto por qualquer licitante, que deverá manifestar-se imediata e motivadamente, sob pena de decadência<sup>7</sup>, sendo-lhe concedido o prazo de três dias para apresentação das razões de recursais.

Os demais licitantes ficam intimados, desde logo, para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos.

Ao comentar o tema Carvalho Filho (2012, p. 311), aduz que:

O ato de declaração do vencedor pode ser objeto de *recurso* por parte de qualquer licitante. Deverá o interessado manifestar-se quanto à sua intenção de recorrer tão logo o pregoeiro faça a declaração, pena de ocorrer preclusão, inviabilizando a interposição do recurso. Exige a lei que tal manifestação seja feita *motivadamente*<sup>8</sup>. Em nossa opinião, deve interpretar-se a exigência da forma menos rigorosa possível, tendo em vista que, a ser diferente, pode ser obstaculizado o próprio direito ao contraditório e à ampla defesa, assegurado constitucionalmente. O que a lei quer evitar é apenas que o recurso seja interposto por mero capricho ou temerariamente. Assim a intenção de recorrer pode ser justificada apenas com a informação de que o licitante analisará melhor, no recurso, a legalidade ou não do resultado, inclusive socorrendo-se de seu advogado ou de outros profissionais especializados na área. Quanto ao recurso, a lei estabeleceu diferença entre a *manifestação* do intuito recursal e a *apresentação de razões recursais*. Aquela deve-se dar imediatamente na sessão; esta deve ocorrer no prazo de três dias *úteis*. A lei omitiu o adjetivo “úteis”, levando a interpretação de que seriam dias corridos; o Decreto nº 3.555, entretanto

---

<sup>7</sup> Art, 4º ,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,,

XX - A falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor.

<sup>8</sup> Art. 4º, XVIII

supriu a omissão e fixou o prazo em *dias úteis*, que é o critério, aliás que deve prevalecer por ser benéfico aos participantes<sup>9</sup>. Entendemos que semelhante interpretação deve ser também aplicada ao pregão realizado pelas demais entidades federativas não só porque o sistema da lei nº 8.666/1993 é de dias úteis para os recursos (art. 109), como também porque seria prejudicado o fator teológico da lei. Os demais licitantes podem apresentar contrarrazões no mesmo prazo, e este terá início logo ao final do prazo do recorrente, termo inicial, aliás, para o qual terão sido previamente intimados ao momento em que o recorrente tiver manifestado a intenção de recorrer (art. 4º, XVIII).

Caso o recurso seja provido somente serão invalidados os atos insuscetíveis de serem aproveitados.

Superados todos os eventuais entraves o vencedor será convocado para assinar o contrato no prazo designado no edital, e caso não compareça, serão convocados, sucessivamente, os demais licitantes na ordem final de classificação.

Por fim, a Lei capitula em seu art. 7º, algumas sanções aplicáveis aos licitantes que incidirem em determinados comportamentos, considerados infrações administrativas.

Nesse passo são consideradas condutas irregulares: não celebrar o contrato, quando o vencedor é convocado dentro do prazo de validade da sua proposta; deixar de entregar a documentação exigida para o certame; apresentar documentação falsa; dar causa ao retardamento da execução do objeto do contrato; não manter proposta; falhar ou fraudar a execução do contrato; assumir comportamento inidôneo; cometer fraude fiscal.

Vemos portanto que o rol de irregularidades contempla condutas praticadas no curso de todo o procedimento da licitação, inclusive durante a execução contratual.

Vejam os comentários de Justen Filho (2009, p. 235) sobre o referido comando normativo:

O elenco de infrações refere-se a condutas que podem configurar-se como praticadas pelo licitante (especificamente para o instituto do pregão, mas há outras infrações que podem ser sancionadas com base no disposto no art. 87 da Lei nº 8.666). Mas também há infrações próprias ao adjudicatário e outras referentes ao particular já contratado.

O art. 7º não dispõe acerca de irregularidades praticadas por agentes públicos – o que não significa impossibilidade de serem eles punidos por atos reprováveis. O que se passa é que as infrações imputáveis aos agentes públicos, aplicar-se-ão os dispositivos próprios, não o dito dispositivo.

Seria possível um particular, não licitante, incorrer nas sanções do art. 7º? Em alguns casos a resposta é positiva. Haverá situações em que o terceiro, atuando isoladamente ou em conluio com alguma licitante, protagonizará atuação subsumível ao elenco normativo do art. 7º. Isso propiciará a punição de acordo com esse dispositivo.

Por sua vez, as penalidades podem consistir em: impedimento de licitar e contratar com os entes federativos, descredenciamento do SICAF ou do sistema de cadastro de

---

<sup>9</sup> Art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520, e art. 11, do Decreto nº 3.555

fornecedores pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e demais cominações legais.

Registre-se que algumas condutas ilícitas, como por exemplo, a apresentação de documento falso implica não só na penalização administrativa, mas também na transgressão penal. Daí infere-se que as sanções administrativas e penais são autônomas, haja vista que uma não exclui a outra.

Por óbvio, qualquer imposição de sanção, só será legal, se for assegurado ao licitante, o princípio do contraditório e da ampla defesa, insculpidos no inc. LV, do art. 5º da Constituição Federal<sup>10</sup>.

## 5. A EXIGÊNCIA DE AMOSTRAS

Como já ventilado linhas atrás em que pese a celeridade atribuída ao pregão é possível que o instrumento convocatório exija a apresentação de amostras.

O intuito da medida é garantir o controle da qualidade da proposta em razão do tipo de licitação ser o de menor preço.

Contudo, a questão vem suscitando muitas discussões no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em razão de um paradoxo que surgiu ante o teor da Súmula nº 19, daquela Corte, que reza: “Em procedimento licitatório, o prazo para apresentação das amostras deve coincidir com a data da entrega das propostas”.

Ocorre que, posteriormente, o Tribunal de Contas da União e o próprio Tribunal de Contas Paulista exararam novo entendimento, no sentido de que a exigência de apresentação de amostras em pregão, somente pode ser admitida na fase de classificação das propostas e do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar.

Trazemos à colação Acórdão do Tribunal de Contas da União:

**1. A exigência de apresentação de amostras, em pregão presencial, é admitida apenas na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar**

Representação formulada por empresa apontou possíveis irregularidades na condução do Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012, realizado pela Secretaria Municipal da Educação de São Paulo, com aporte de recursos federais. O certame, que estava na iminência de ser realizado, tem por objeto a aquisição de suco de laranja integral pasteurizado congelado e de néctar de frutas congelado. Entre outros indícios de irregularidades, como a realização de

---

<sup>10</sup> Art. 5º.....

LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

pregão presencial em vez da forma eletrônica e ausência de especificação de quantitativos, a autora da representação deu notícia sobre a “*Exigência de amostras de todas as licitantes*”. Quanto a esse quesito do edital, a unidade técnica informou que “*A jurisprudência consolidada do TCU é no sentido de que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório*”. Mencionou, em seguida, deliberações que respaldam esse entendimento: Acórdãos 1.291/2011-Plenário, 2.780/2011-2ª Câmara, 4.278/2009-1ª Câmara, 1.332/2007-Plenário, 3.130/2007-1ª Câmara e 3.395/2007-1ª Câmara. O relator endossou o exame da unidade técnica, a respeito desse quesito do edital. Cumpre destacar, a propósito, análise que norteou a prolação da última dessas decisões citadas como precedentes, por meio da qual o Tribunal, ao examinar recurso da Infraero, decidiu, a partir de interpretação sistêmica dos comandos contidos nos incisos X, XI e XVI do art. 4º da Lei n. 10.520, de 2002, alterar deliberação anterior e permitir, em pregões, a exigência de “*amostras ou protótipos tão-somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e somente se tal verificação puder ser ultimada de modo rápido numa única sessão (...)*”. O relator da representação ora examinada, em face da exigência de amostras e de outras disposições contidas no referido edital, decidiu determinar, em caráter cautelar, a suspensão do referido pregão presencial e promover a oitiva daquela Secretaria Municipal. O Tribunal, então, ratificou a providência implementada pelo relator. Precedentes mencionados: Acórdãos 1.291/2011-Plenário, 2.780/2011-2ª Câmara, 4.278/2009-1ª Câmara, 1.332/2007-Plenário, 3.130/2007-1ª Câmara e 3.395/2007-1ª Câmara. *Comunicação de Cautelar, TC-035.358/2012-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 26.9.2012.* (destaques do original)

Na mesma esteira, a r. decisão proferida pelo Tribunal de Contas Estadual nos autos do TC-041738/026/11, datada de 01 de fevereiro de 2012, em que foi relator o Substituto de Conselheiro Samy Wurman:

EMENTA: A análise de amostra de produtos em licitação que visa à formação do Sistema de Registro de Preços deverá recair apenas para a licitante classificada em primeiro lugar, com tempo plausível para a sua apresentação – A requisição de apresentação de amostra de repetidos itens componentes de vários kits escolares segmentados em diferentes níveis de escolaridade, com única finalidade de atendimento às especificações técnicas insculpidas no ato de convocação, acarreta custo excessivo e desnecessário à licitante arrematante. – Procedência – V.U.

Ocorre que, como não se sabe quem será o licitante vencedor que terá que apresentar as amostras, na prática, todos os licitantes devem levar suas amostras, o que acaba por não atingir o objetivo dos Tribunais.

Nesse passo, temos que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, aprimorou sua interpretação, passando a aceitar que seja concedido ao licitante classificado em primeiro lugar, prazo razoável para apresentar as referidas amostras, em data posterior à sessão do pregão presencial.

Nesse sentido segue aresto da decisão proferida nos autos do TC-001334/989/12-6, prolatada pelo Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho, e ratificada pelo Tribunal Pleno, em 06 de fevereiro de 2013:

Os órgãos técnicos foram uníssonos a respeito da razoabilidade do prazo para a apresentação de amostras.

De fato, essa Corte tem se manifestado no sentido de que as amostras deverão ser dirigidas tão somente ao vencedor do pleito e que deverá ser concedido prazo razoável para a sua apresentação.

Nesse sentido, foi a decisão adotada nos TCs 025027/026/11 e TC- 025381/026/11 (sessão de 31/8/2011 de Relatoria de Conselheiro Renato Martins), mencionado pela SDG:

Também o prazo para apresentação das amostras, fixado no edital em sete dias úteis, mostra-se razoável, mormente considerando a possibilidade de sua prorrogação, se necessária, nos termos do item 4.6, e também o fato de a personalização constituir-se na mera impressão dos caracteres nos objetos, cujas artes gráficas serão disponibilizadas pela FDE em arquivos digitais. Inclusive a apresentação destas amostras está endereçada unicamente a vencedora, alinhada, portanto, com o entendimento jurisprudencial desta Corte, a exemplo dos julgados mencionados na peça defensiva.

Poder-se-ia cogitar que tal conduta acaba por descaracterizar a celeridade da modalidade licitatória denominada pregão, por vários motivos.

Em primeiro lugar, é como se a sessão fica suspensa, pois não se pode declarar o vencedor antes da apresentação das amostras.

Em segundo plano, há a possibilidade concreta das amostras serem rejeitadas pelos órgãos técnicos encarregados de sua avaliação, por não estarem conformes com as descrições constantes do edital.

Essa hipótese ensejaria a convocação do segundo classificado para que apresente suas amostras e, assim, sucessivamente, até que tenhamos um licitante que possa ser declarado vencedor.

Em suma, uma sessão do pregão presencial, pode se desdobrar em vários “capítulos”, o que desvirtua seu conceito e sua finalidade.

Acreditamos que a questão ainda não se encontra superada e estamos num processo de construção de nova jurisprudência, a qual poderá até ser sumulada, trazendo, conseqüentemente, maior segurança jurídica ao tema.

## **6. CONCLUSÃO**

Como vimos o advento da Lei do Pregão no nosso ordenamento jurídico, trouxe consigo uma série de dúvidas acerca da exata interpretação de seus conceitos.

Algumas, como a definição de bens e serviços comuns restam parcialmente supridos, pois apesar das definições dos doutrinadores, às vezes, ainda nos deparamos com situações que deixam uma certa margem de dúvida.

Quanto à inovação trazida pela inversão das fases (primeiro classificação, depois habilitação), as dificuldades iniciais restaram superadas, e hoje não há mais dúvidas da celeridade e eficiência da nova modalidade licitatória.

Por outro lado, o problema da apresentação das amostras ainda persiste, mas as Cortes de Contas vêm exarando seus entendimentos e construindo a jurisprudência, que em breve, esperamos, estará consolidada e nos trará a segurança jurídica indispensável, para que não restem mais indagações acerca da melhor forma de se exigir as amostras, garantindo-se, ao mesmo tempo, a qualidade do objeto licitado, sem imprimir caráter restritivo aos certames.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 16 ed. rev. e atual., São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 14 dez. 2013.

BRASIL. Decreto Federal nº 3.555, de 08 de agosto de 2000. Aprova o regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 14 dez. 2013.

BRASIL. Decreto Federal nº 7.174, de 12 de maio de 2010. Regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 14 dez. 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas gerais sobre licitações e contratos da Administração Pública e da outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 14 dez. 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 14 dez. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14. ed. rev., São Paulo:Saraiva, 2009.

JURISPRUDÊNCIA DO TCE disponível em <<http://www.tce.org.br>> Acesso em 14 dez. 2013

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed., São Paulo: Dialética, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. **O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Dialética, 2007.

\_\_\_\_\_. **Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 5. ed. rev. e atual., São Paulo: Dialética, 2009.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 28. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.