

## EXIGÊNCIA DE AMOSTRA EM LICITAÇÕES NA MODALIDADE PREGÃO

*Por: Karine Lílian de Sousa Costa Machado*

*Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas da União. Graduada em Direito, com MBA em Gestão da Administração Pública. Co-autora do livro Licitações & Contratos – Orientações Básicas, editado pelo Tribunal de Contas da União. Autora de diferentes artigos sobre direito administrativo e controle externo publicados na revista O Pregoeiro e no periódico Fórum de Contratação e Gestão Pública.*

Um dos temas polêmicos relacionados ao uso da modalidade pregão diz respeito à possibilidade de se exigir, ou não, durante o processamento do certame, a apresentação, por parte das empresas licitantes, de amostra dos produtos ofertados.

A controvérsia é suscitada principalmente em função da natureza sumária do pregão, que tem na celeridade uma de suas características marcantes. Além disso, não há, na legislação específica, dispositivo expresso que permita a formulação dessa exigência em procedimentos de licitação conduzidos sob essa modalidade.

Coube, mais uma vez, à Corte de Contas Federal, como órgão de proeminência no controle de atos licitatórios celebrados pelo poder público, dirimir as dúvidas levantadas em torno do assunto.

Nas linhas a seguir, será apresentado o entendimento do Tribunal de Contas da União a respeito do tema, seguido de breves comentários a respeito do conteúdo da deliberação proferida.

### **1. Entendimento do Tribunal de Contas da União sobre o tema**

Por meio do Acórdão nº 1568/2006 – Plenário, o TCU considerou incompatível com a agilidade que deve nortear o pregão a exigência de amostras ou protótipos dos produtos ofertados.

De acordo com a aludida deliberação, caso a Administração possua necessidade inafastável de checar o cumprimento das condições editalícias antes de passar à avaliação das propostas de preços, deve utilizar as modalidades previstas na Lei n. 8.666/1993, que prevêem tal sistemática.

Todavia, se desejar valer-se do pregão, em função da agilidade e simplicidade do instituto, não pode postular, como condição de participação no certame, que o licitante apresente ou tenha amostra do produto aprovada pelo órgão, haja vista a ausência de previsão legal neste sentido.

Na hipótese em exame pelo TCU, o edital da licitação, na modalidade pregão, destinada a registro de preços para aquisição de microcomputadores de mesa e estações de desenvolvimento, exigia dos proponentes a entrega de amostras na reunião inaugural de abertura do certame, como condição para participação na disputa.

Assim, dois foram os aspectos analisados pelo Tribunal nesses autos: a possibilidade de se exigir amostra em licitações na modalidade pregão e a imposição dessa obrigação a todos os participantes.

Quanto ao primeiro aspecto, o Relator da matéria, Ministro Marcos Bemquerer Costa, no Voto condutor da deliberação proferida, destacou que o objetivo do Poder Público, ao criar o pregão como modalidade de licitação, foi conferir maior agilidade às licitações. Não por outro motivo teria sido prevista a inversão de fases, em que primeiro se verifica a proposta de preço, para, em um segundo momento, serem avaliadas as condições relativas à habilitação, procedimento este que agiliza a condução do certame.

Ocorre que, segundo o Relator, a sistemática de avaliação das amostras impor a necessidade de oferecer ao licitante provisoriamente vencedor do certame tempo para produzir a respectiva amostra, conforme as especificações editalícias, ocasionando a paralisação da licitação até a completa análise e chancela da Administração de que a amostra atenderia às necessidades do órgão.

Além disso, prossegue o Relator, se a amostra do licitante provisoriamente colocado em primeiro lugar fosse rejeitada pela Administração seria necessário convocar o segundo colocado e ofertar-lhe novo tempo para a produção de sua amostra, o que levaria o certame a um prolongamento que, segundo ele, não seria característico do pregão.

Dessa forma, caso a Administração repute necessário proceder à avaliação de amostras dos bens a serem licitados, concluiu o eminente Ministro Marcos Bemquerer Costa, deve utilizar-se das modalidades de licitação previstas na Lei n. 8.666/1993. No pregão, não há como impor tal obrigação,

pois, além de não haver previsão legal a respeito, essa exigência não se coadunaria com a agilidade que deve nortear o instituto licitatório.

No que se refere à imposição de apresentação de amostras por todos os licitantes, o Relator observou tratar-se de exigência ilegal, que impõe ônus excessivo às empresas proponentes, encarece o custo de participação na licitação e desestimula a presença de potenciais interessados, representando restrição indevida ao caráter competitivo do certame.

## 2. Breves comentários sobre o entendimento proferido

Em que pese reconhecer e acatar o posicionamento do Plenário do TCU, que deve ser observado, a teor do disposto em sua Súmula 222<sup>1</sup>, esta não parece ser a interpretação que melhor atenda e privilegie os interesses da Administração.

Com efeito, é possível compatibilizar a agilidade característica do pregão com o exame das amostras dos produtos ofertados, sem que essa análise represente paralisação demasiada da licitação ou justifique a adoção de outras modalidades em detrimento daquela prevista na Lei nº 10.520/2002.

Cumprido lembrar que o pregão apresenta vantagens que recomendam peremptoriamente seu uso, a exemplo da inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas e da ampliação da disputa entre os interessados, com o oferecimento de lances. Além disso, via de regra, o pregão tem-se mostrado a opção mais econômica na aquisição/contratação de bens ou serviços.

Nesse contexto, cabe ao aplicador da norma, sempre que possível, zelar pelo interesse público e privilegiar o uso dessa modalidade.

Na realidade, a legislação não é explícita em relação à possibilidade de se exigir amostra, seja qual for o procedimento licitatório.

Essa exigência, segundo a doutrina e a jurisprudência do TCU, encontra amparo jurídico em uma interpretação sistemático-teleológica do disposto no art. 43, IV, da Lei nº 8.666/1993, quando determina que a Comissão de Licitação deverá verificar a conformidade de cada proposta com os requisitos estabelecidos no ato convocatório do certame<sup>2</sup>. Em homenagem à clareza transcrevo a norma:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

Ocorre que os incisos VII e XI do art. 4º da Lei do Pregão também determinam ao pregoeiro a verificação da conformidade das propostas com os requisitos previstos no edital do pregão. Aliás, o primeiro inciso chega a utilizar idêntica expressão contida no inciso IV do art. 43 da Lei de Licitações, conforme se verifica no excerto a seguir transcrito:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à **verificação da conformidade** das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório; (original sem grifo)

Assim, não há por que restringir essa faculdade apenas às modalidades previstas na Lei nº 8.666/1993.

É claro que o pregão deve ter por objeto bens e serviços comuns. Contudo, não se vislumbra como a exigência de amostra pode desvirtuar essa característica. Afinal, é possível a aferição objetiva e prática de padrões de qualidade em bens e serviços relativamente padronizados no mercado.

---

<sup>1</sup> As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

<sup>2</sup> Nesse sentido, Tribunal de Contas da União. *Licitações & Contratos*: orientações básicas. 3ª ed. Brasília: TCU, 2006, p. 97; Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 162; Decisão nº 441/2000 e Acórdãos nº 1237/2002 e 491/2005, todos do Plenário do TCU.

Exemplo clássico são os móveis de escritório. A aceitabilidade desses materiais não pode fazer-se apenas em vista das especificações contidas nas propostas. De nada servirá à Administração adquirir um produto que não respeite os critérios de durabilidade, funcionalidade e ergonomia, facilmente auferidos por meio de testes guiados por normas técnicas. Mas isso não lhes retira a possibilidade de serem classificados como bens comuns, para fins de serem licitados por meio da modalidade pregão.

Em vista disso, talvez o melhor caminho a adotar fosse conferir ao gestor a possibilidade de optar ou não pela formulação da exigência de amostras, diante das circunstâncias que envolvem o caso concreto. De mencionar que não se trata de uma ponderação meramente teórica, mas de uma constatação prática do administrador, frente às peculiaridades da contratação. Afinal, essa exigência somente se revela necessária quando a avaliação da qualidade do produto não puder ser feita exclusivamente de modo teórico, nos termos formulados na proposta.

É de notar que, de qualquer forma, essa decisão deverá estar inserida nos limites traçados pela legislação, em especial no que se refere à observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Além disso, esse ato estará sujeito a controle pelas Cortes de Contas, a teor do que dispõe o art. 113 da Lei nº 8.666/1993.

Ademais, não há falar em violação ao princípio da celeridade nesse caso, pois, se o vencedor do certame não entregar o objeto dentro das especificações estipuladas no edital convocatório, a Administração tem o dever, segundo os arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/1964, de não receber o produto, o que, indubitavelmente, ensejará o retardamento da contratação.

Quanto ao momento mais adequado para a verificação do produto, sugere-se que a amostra seja exigida antes da abertura do envelope de habilitação, servindo como critério adicional de julgamento e classificação das propostas, na forma prevista nos incisos VII e XI do art. 4º da Lei do Pregão.

Além disso, a exigência deve limitar-se ao licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar. Caso não seja aceito o material entregue para análise, deve ser exigido do segundo classificado o produto ofertado e assim sucessivamente até que seja identificada empresa cuja amostra atenda às exigências do edital.

Cumpra lembrar que a exigência de amostras, na fase de habilitação, ou de classificação, feita a todos os licitantes, além de acenar potencial restrição à participação de licitantes, mostra-se pouco razoável, porquanto impõe ônus que, a depender do objeto, pode revelar-se excessivo, encarecendo o custo de participação no certame e, conseqüentemente, desestimulando a presença de interessados.

A solicitação de amostra na fase de classificação apenas ao licitante que se apresenta provisoriamente em primeiro lugar, ao contrário, não onera o licitante, pois, caso confirmada a exatidão do objeto, tem ele de estar preparado para entregá-lo, nem restringe a competitividade do certame, além de prevenir a ocorrência de inúmeros problemas para a Administração.

De qualquer modo, a fim de não restringir a participação de potenciais competidores situados em outros estados da Federação, bem assim, a competitividade e a isonomia da licitação, deve ser estabelecido prazo suficiente para apresentação das amostras a serem solicitadas.

A Administração também pode permitir ao licitante que indique o local onde se encontram as amostras para avaliação pelos responsáveis pela licitação, considerando a natureza do objeto licitado.

### **3. Conclusão**

Em suma, em que pese o entendimento proferido pelo Plenário da respeitosa Corte de Contas Federal por meio do Acórdão nº 1.568/2006, entende-se que não viola a Lei do Pregão, tampouco representa atraso para o procedimento de contratação, a exigência, na fase de classificação das propostas, em certames sob essa modalidade, de amostras dos produtos ofertados.

Essa exigência, que deve ser formulada apenas quando se revelar, em concreto, pertinente com a natureza do objeto almejado, somente poderá ser dirigida ao licitante que estiver provisoriamente classificado em primeiro lugar, após a etapa de lances e durante a fase de julgamento das propostas.

Nessa hipótese, deverá o edital do certame dispor sobre as condições em que as amostras deverão ser apresentadas, a exemplo de prazo e local de entrega, bem como disciplinar as condições de julgamento desses produtos, de forma a preservar a transparência do procedimento.