

## DENÚNCIA N. 862946

**Denunciante:** Vanderleia Silva Melo  
**Denunciada:** Prefeitura Municipal de Ladainha  
**Responsáveis:** José Aécio dos Santos, Lourival dos Reis Gonçalves, Livon Cleyf Soares Teixeira  
**MPTC:** Elke Andrade Soares de Moura Silva  
**RELATORA:** CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE

### EMENTA

DENÚNCIA – PREGÃO PRESENCIAL – IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA – RECOMENDAÇÕES – ARQUIVAMENTO.

1 - Quando a Administração fixa prazo para entrega de amostras, diversas situações podem ocorrer, sendo razoável que o pregoeiro possa decidir sobre eventual prorrogação, desde que o licitante interessado apresente uma justificativa aceitável, antes do vencimento do prazo que deseja prorrogar.

2 - Admitir que o edital preveja a solicitação de amostras pelo pregoeiro nos casos em que parem dúvidas não compromete, por si só, os princípios da isonomia e do julgamento objetivo. Por outro lado, também não significa isentar o pregoeiro de conduta que vá de encontro a esses princípios, ficando resguardada ao controle externo a análise dos atos praticados pelo pregoeiro na fase externa da licitação.

3 - Ao órgão promotor da licitação cabe a decisão acerca da participação de empresas em consórcio, pois esse é um juízo de oportunidade e conveniência que se encontra em sua margem de discricionariedade, nos termos do art. 33 da Lei n. 8.666/93, no qual são estabelecidas as normas que devem ser observadas quando da participação de empresas em consórcio.

**24ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara – 25/08/2015**

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

Tratam os autos de Denúncia apresentada por Vanderleia Silva Melo em face do Edital do Pregão Presencial nº 003/2012, cujo objeto é o registro de preços para futura e eventual aquisição de câmaras de ar, pneus novos, protetores e serviços de reforma de pneus.

A Denúncia (fls. 01 a 10) e a documentação instrutória (fls. 11 a 58) ingressaram nesta Corte em 30/01/2012, sob o protocolo nº 02507522.

Segundo a denunciante, o instrumento convocatório continha cláusulas que extrapolavam os comandos legais, restringiam a ampla concorrência e impediam a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, ao estabelecer:

- 1) entrega de amostras no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas;
- 2) discricionariedade do pregoeiro para pedir ou não amostras;

Os dois pontos denunciados como irregulares estão adstritos ao item 8.4.1 do Edital, que possui o seguinte enunciado:

8.4.1 – O licitante declarado provisoriamente vencedor ficará sujeito a apresentação de amostras, devidamente identificadas quanto ao

número da licitação, nome e o número do item a que se refere. Deverão ser apresentadas em número mínimo de 01 (uma) unidade, entregues na embalagem original, de acordo com a legislação pertinente, **no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas, quando solicitado pelo Pregoeiro**, sob pena de desclassificação. (g.n.)

De acordo com a Denunciante, a municipalidade, ao estabelecer prazo tão exíguo para a entrega de amostras, estaria restringindo geograficamente a participação de interessados a um raio aproximado de 100km e inviabilizando a participação de empresas localizadas a mais de 500km, para as quais seria impossível entregar as amostras no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. Assim, haveria afronta ao inciso I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, que veda aos agentes públicos:

Admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Para reforçar seus argumentos, a Denunciante apresenta três julgados desta Corte (fls. 13 a 21), que, supostamente, seriam precedentes para o exame do presente caso.

Alega que para o tipo de objeto do certame seria razoável um prazo de até 5 (cinco) dias úteis para a entrega de amostras, a fim de cumprir os ditames legais.

Insurge-se a Denunciante, ainda, contra a discricionariedade do pregoeiro para pedir ou não as amostras, argumentando que haveria ofensa ao princípio da isonomia, pois é prática corrente nos pregões onde há tal previsão que a exigência recaia somente sobre os licitantes que ofertam pneus importados, ficando desobrigados aqueles que ofertam pneus nacionais.

Recebida e autuada a denúncia, o processo foi distribuído à relatoria do Conselheiro Sebastião Helvécio (fl. 60) e, na sequência, encaminhado, em observância ao disposto no §3º do art. 197 do RITCMG, ao Presidente do Tribunal à época, Conselheiro Antônio Carlos Andrada.

Em 31/01/2012, o Presidente (fls. 61/62), considerando, em juízo de cognição sumária, que o prazo de 48 (quarenta e oito) horas não caracterizava ilegalidade grave que pudesse causar lesão ao erário, fraude ou risco de ineficácia da decisão de mérito, entendendo, ao contrário, que se coadunaria com a celeridade típica da modalidade pregão, indeferiu o pedido de suspensão do certame e encaminhou os autos à Unidade Técnica e ao Ministério Público.

A Coordenadoria de Análise de Editais de Licitação procedeu à análise da documentação (fls. 63 a 70), concluindo pela citação dos responsáveis para manifestação acerca da faculdade atribuída ao pregoeiro de exigir ou não amostra (do licitante declarado provisoriamente vencedor), por configurar critério subjetivo de julgamento da proposta, bem como para manifestação sobre a fixação de prazo reduzido para apresentação de amostra, por constituir medida restritiva à participação de empresas interessadas no certame.

A Unidade Técnica considerou irregular o prazo fixado para entrega de amostras, com fundamento, principalmente, no Acórdão nº 808/2003 do Plenário do TCU, que, apesar de não ter considerado irregular o procedimento, julgou exíguo o prazo de 72 (setenta e duas) horas para apresentação de amostras de móveis e recomendou ao órgão licitante que fixasse, em

futuras licitações, “prazo para apresentação de amostras suficiente a não restringir a participação de potenciais competidores situados em outros estados da federação, de modo a não restringir a competitividade e a isonomia da licitação”.

Por fim, a Unidade Técnica afastou os julgados apresentados pela Denunciante, por entender que não seriam precedentes aplicáveis ao caso, uma vez que os três se referiam à exiguidade de prazo para entrega de produto contratado e não à exiguidade de prazo para entrega de amostras.

Embora a Unidade Técnica tenha concluído pela irregularidade da faculdade atribuída ao pregoeiro para pedir amostras, admitiu (fl. 67) não haver clareza no texto do edital.

O Ministério Público junto ao Tribunal manifestou-se às fls. 71 a 75, aderindo ao entendimento da Unidade Técnica quanto à exiguidade para apresentação de amostras, mas divergindo quanto à suposta faculdade dada ao pregoeiro para pedi-las ou não. Além disso, apontou irregularidade no item 3.2.5 do Edital, que veda a participação de empresas em consórcio.

A divergência de entendimento entre o *Parquet* e a Unidade Técnica, no que diz respeito à faculdade do pregoeiro de pedir ou não amostra, decorre de interpretação diversa do texto do item 8.4.1 do Edital.

Para o órgão ministerial, a primeira parte do item deixa claro que a apresentação de amostra é imperativa: “o licitante provisoriamente vencedor **ficará sujeito** à apresentação de amostras”, servindo a expressão “quando solicitado pelo pregoeiro” para fixar o marco inicial da contagem de 48 (quarenta e oito) horas estabelecido para a apresentação da amostra, interpretação que o conduziu a opinar pela regularidade desta parte do item 8.4.1 do Edital.

Utilizando-se de sua prerrogativa regimental, o Ministério Público junto ao Tribunal apontou irregularidade no item 3.2.5 do Edital, que não permite a participação de empresas em consórcio, ponderando tratar-se de faculdade conferida à Administração, sem, contudo, isentá-la do dever de motivar a sua escolha mediante justificativa juntada aos autos do processo licitatório.

O então Relator, Conselheiro Sebastião Helvecio, determinou a citação do Prefeito José Aécio dos Santos, do Sr. Lourival dos Reis Gonçalves, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, e do Sr. Livon Cleyf Soares Teixeira, Pregoeiro.

Devidamente citados (fls. 78 a 80 e 84 a 86), os responsáveis apresentaram, sem constituírem procuradores, defesa conjunta, acostada às fls. 87 a 90, na qual relataram que em licitações anteriores ocorreu prejuízo ao erário em razão da aquisição de produtos de qualidade inferior e, conseqüentemente, de preços menores, mas, na verdade, mais caros, se considerada sua vida útil, e alegaram que a opção de pedir amostras tinha como objetivo resguardar o erário.

Com relação à suposta exiguidade do prazo de 48 (quarenta e oito) horas para a entrega da amostra pelo licitante provisoriamente vencedor, calcaram suas defesas nos motivos da decisão do Presidente (fls. 61/62) que indeferiu a suspensão do certame:

Em análise sumária, verifico que, *a priori*, os argumentos trazidos não são suficientes para determinar a medida extrema de suspensão do certame.

O apontamento da Denunciante – prazo de 48 (quarenta e oito) horas para que o vencedor provisório do certame – não induz, em princípio, ilegalidade grave que possa causar lesão ao erário, fraude ou risco de

ineficácia da decisão de mérito, conforme exigido pelo art. 264, *caput*, da Resolução n. 12/2008, para o sobrestamento do certame.

Ao revés, o prazo fixado para entrega das amostras – que, frise-se, somente serão exigidas do vencedor, em perfeito acordo com a jurisprudência desta Corte – se coaduna com a celeridade típica do procedimento licitatório na modalidade pregão, que pode ser também vislumbrada na inversão das fases de habilitação e exame das propostas.

No tocante à faculdade conferida ao pregoeiro para pedir ou não amostras, a defesa fez tábula rasa da interpretação adotada pelo Ministério Público junto ao Tribunal e confessou que, efetivamente, a intenção era de que o pregoeiro pudesse solicitar a amostra de determinados licitantes visando *“proteger a Administração Municipal de possível contratação temerária e antieconômica, evitando a aquisição de pneus de procedência sob suspeita, na sua maioria importados e de baixíssima qualidade, que, têm causado incontáveis prejuízos ao erário.”*

Alegando boa-fé e ausência de dano ao erário, a defesa requereu que, reconhecida a irregularidade da parte do item que faculta ao pregoeiro o pedido de amostras, sejam adotadas, por este Tribunal, apenas medidas pedagógicas objetivando impedir sua reincidência.

Deixando de se manifestar sobre o apontamento do Ministério Público junto ao Tribunal quanto à vedação de participação de empresas em consórcio, a defesa pugnou pela improcedência da denúncia e arquivamento do feito.

Em manifestação conclusiva às fls. 92 a 99, a Unidade Técnica entendeu que os argumentos da defesa não foram suficientes para sanar as irregularidades apontadas.

No que respeita à possibilidade de o pregoeiro pedir ou não amostras, a Unidade Técnica manteve sua interpretação inicial, acrescentando que se trata de entendimento consolidado naquele setor, porquanto fere o princípio do julgamento objetivo. Já quanto à exiguidade do prazo para entrega de amostras, manteve o entendimento inicial de que o prazo de 48 (quarenta e oito) horas poderia inibir a participação de empresas interessadas, por sua localização geográfica, e sugere que seja recomendado que em futuras licitações se faça constar dos editais cláusula prevendo a possibilidade de prorrogação do prazo para apresentação de amostras e se torne obrigatória, no caso de se decidir por pedir amostras, sua apresentação por todos os licitantes que se encontrem na situação provisória de vencedores, vedando ao pregoeiro a faculdade de decidir.

Diante do silêncio da defesa, a Unidade Técnica corroborou o entendimento do *Parquet* e considerou irregular a cláusula que veda a participação de empresas em consórcio, para, ao final, concluir pela irregularidade do Pregão Presencial nº 003/2012 e aplicação de multa aos responsáveis, nos termos do art. 85, II, da Lei Complementar nº 102/2008, em razão da prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar.

Em 12/02/2015, os autos foram redistribuídos à minha relatoria (fl. 100).

O Ministério Público junto ao Tribunal, às fls. 101 a 104, manteve na íntegra seu parecer de fls. 71 a 75, considerando irregulares a exiguidade do prazo fixado para a entrega de amostras e a vedação à participação de empresas em consórcio e regular a expressão *“quando solicitado pelo pregoeiro”* do final do item 8.4.1, opinando pela procedência da denúncia e aplicação de multa aos responsáveis.

É, em síntese, o relatório.

## **FUNDAMENTAÇÃO**

No despacho exarado às fls. 76/77, datado de 05/12/2012, o então Relator, Conselheiro Sebastião Helvecio, além de determinar a citação dos responsáveis para apresentação de defesa em 15 (quinze) dias, determinou que apresentassem, no mesmo prazo, cópia de toda a documentação referente às fases interna e externa do processo licitatório objeto da Denúncia, sob pena de multa diária de R\$3.000,00 (três mil reais).

Um dos responsáveis, Sr. Lourival dos Reis Gonçalves, compareceu à Secretaria da Segunda Câmara deste Tribunal em 18/12/2012, ocasião em que recebeu cópia integral dos autos (fls. 01 a 80), conforme documentos às fls. 81 a 83.

A defesa dos responsáveis, apresentada de forma conjunta, foi protocolada em 08/01/2013 (fls. 87 a 90) e a juntada dos Avisos de Recebimento foi certificada nos autos em 10/01/2013 (fls. 84 a 86), o que significa que o início da contagem do prazo de defesa se deu em 11/01/2013, sexta-feira útil.

Antes mesmo de se iniciar o prazo de 15 (quinze) dias, em 10/01/2013, mesma data da juntada dos Avisos de Recebimento, a Secretaria da Segunda Câmara, considerando a juntada da peça de defesa conjunta, certificou nos autos, à fl. 91, o cumprimento do despacho de fls. 76/77 e deu seguimento à tramitação processual, encaminhando os autos à Coordenadoria de Análise de Editais de Licitação, sem observar que os documentos solicitados não haviam sido apresentados.

A Unidade Técnica procedeu ao reexame dos autos e o Ministério Público junto ao Tribunal emitiu seu parecer, vindo o processo concluso a esta Relatora em 23 de junho de 2015.

Caso tivesse seguido a tramitação normal, o processo, expirado o prazo de 15 (quinze) dias para apresentação de defesa e da documentação solicitada no dia 28/01/2013, deveria ter retornado ao Relator para as medidas cabíveis, uma vez verificado o não cumprimento integral de seu despacho.

Ocorre que, passados mais de dois anos e meio sem que tenha sido tomada medida saneadora, e estando o processo devidamente instruído para o voto, tomando-se por elemento de análise apenas o Edital do Pregão Presencial nº 003/2012, não vejo sentido, neste momento processual, em solicitar a documentação das fases interna e externa do procedimento licitatório, fazendo com que os autos retornem à sua fase inicial, e tampouco avento a hipótese de aplicar multa por descumprimento do despacho de fls. 76/77, seja porque a falha processual na tramitação interna agravou ou mesmo inviabilizou o cumprimento do despacho em tempo razoável, seja porque a cobrança de multa, hoje, nos termos do despacho, considerado o lapso temporal, seria absolutamente desproporcional. Ademais, no momento em que correu o prazo de 15 (quinze) dias os documentos já não estavam mais sob a guarda dos responsáveis, haja vista a mudança de gestão em 1º de janeiro de 2013.

Sendo assim, deixo de aplicar multa pela não apresentação da documentação referente às fases interna e externa do procedimento licitatório, restringindo o objeto deste Processo de Denúncia à análise do Edital do Pregão Presencial nº 003/2012, especialmente aos itens denunciados e ao apontamento aditado pelo Ministério Público junto ao Tribunal, cujos méritos passo a analisar, ressalvando a competência deste Tribunal para, eventualmente, apreciar os demais atos relacionados à licitação sob exame.

## **MÉRITO**

A legislação pátria – seja a Lei nº 8.666/93, seja a de nº 10.520/0 –, não prevê específica e explicitamente a possibilidade de se exigir amostra nos procedimentos licitatórios. A praxe administrativa trouxe a lume tal procedimento, com fundamento no inciso IV c/c o § 3º, ambos do art. 43 da Lei nº 8.666/93, como explicado por Joel de Menezes Niebuhr<sup>1</sup>:

(...) o inciso IV do art. 43 da Lei nº 8.666/93 prescreve que a Administração deve verificar a compatibilidade das propostas com os requisitos do instrumento convocatório e deve desclassificar as que não os atendem. Além disso, o § 3º do mesmo art. 43 enuncia que à Administração é permitido promover diligência a fim de esclarecer o teor das propostas, se houver dúvida sobre elas. Disso conclui-se que a Administração goza do poder de verificar a realidade dos fatos, de analisar em concreto os produtos apresentados pelos licitantes, bem como declarações, documentos, etc. Assim sendo, à Administração é permitido também exigir dos licitantes, já previamente no próprio instrumento convocatório, a apresentação de amostras dos seus produtos, para que ela tenha condições de avaliar se eles realmente atendem ou não às especificações delineadas no instrumento convocatório.

Este Tribunal consolidou o entendimento de que a modalidade pregão é compatível com a exigência de amostras, não como regra, mas, sim, como medida excepcional, quando necessária à verificação da compatibilidade entre o produto ofertado e a especificação do edital, a ser exigida apenas do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, após a etapa de lances, como decidido nos precedentes nºs 800.679, 857.874, 811.915, 880.106, 888.116, entre outros.

Na modalidade pregão, após a etapa de lances, inicia-se a fase referente ao juízo de aceitabilidade da proposta, momento em que a Administração, com o objetivo inserto no inciso IV do art. 43 da Lei nº 8.666/93, deverá avaliar a conformidade da proposta com as especificações do instrumento convocatório, valendo-se, para esse mister, inclusive, de seu poder de diligência, para solicitar amostras e definir prazos, conforme previsto no §3º do mesmo artigo.

A prática administrativa caminhou no sentido de incluir no instrumento convocatório a previsão de que irá solicitar amostra, fixando prazo para sua apresentação.

Analisando essa praxe e considerando que a possibilidade de a Administração solicitar amostras decorre de seu poder de diligenciar, algumas questões podem ser aventadas: 1) caso a Administração optasse por solicitar amostras, seria imperativa a inclusão de tal previsão no instrumento convocatório? 2) estaria a Administração autorizada a solicitar amostras mediante diligência, se a possibilidade não estivesse prevista no edital? 3) o prazo fixado para entrega de amostras seria peremptório ou dilatatório? 4) podendo o pregoeiro fixar prazos e prorrogá-los no caso de diligências, poderia prorrogar, mediante provocação, o prazo fixado no edital para entrega de amostras, caso tal possibilidade não estivesse prevista no instrumento convocatório?

---

<sup>1</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 473.

As questões referentes às amostras, em razão da ausência de um tratamento legal específico, demonstram que sua disciplina jurídica ainda está em construção jurisprudencial e, não raro, geram diversas controvérsias, sendo poucos os entendimentos pacificados, como a possibilidade de se exigir amostras no pregão e o momento correto para a solicitação.

Diante desse quadro, a interpretação das regras referentes à exigência de amostras, no meu entender, deve ser norteada pelas regras que regem as diligências em sentido amplo, observando-se, sempre, os princípios aplicáveis à espécie.

No que se refere à aquisição de pneus, este Tribunal, tendo verificado a repetição de diversas irregularidades em licitações com esse objeto, publicou, no exercício de sua função pedagógica e objetivando orientar seus jurisdicionados, cartilha intitulada “*Irregularidades frequentemente encontradas em instrumentos convocatórios para aquisição de pneus destinados a veículos da frota municipal*”. Nessa cartilha, a questão das amostras é tratada somente no item 10, que aborda, basicamente, dois pontos: de quem e quando se podem exigir amostras, conforme orientação que finaliza o item, em sua página 33:

**Orientação:** a apresentação de amostras ou protótipos não pode ser exigida de todos os licitantes, mas apenas do licitante vencedor, no caso das modalidades Concorrência, Tomada de Preços ou Convite, e do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, no caso da modalidade Pregão.

Feitas essas considerações, passo à análise dos itens impugnados nesta Denúncia.

### 1) Da exiguidade do prazo para entregar amostras

Os processos juntados pela Denunciante (862.728, 862.729 e 862.681) não se prestam como precedentes para o caso específico desta Denúncia, pois se referem a prazos exíguos para entrega de produto contratado e não a prazos exíguos para entrega de amostras, como muito bem observou a Unidade Técnica à fl. 68.

Em princípio, como os produtos objeto do pregão sob exame – pneus, câmaras e protetores – enquadram-se na categoria de “produtos de prateleira”, que são disponibilizados de forma padronizada no mercado e não exigem fabricação sob encomenda, não haveria maiores problemas para que os licitantes cumprissem o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para a entrega de amostras, especialmente porque são produtos que podem ser facilmente adquiridos, não sendo necessária a formação de estoque prévio à licitação ou, mesmo, à convocação para entregá-las.

Por outro lado, devido às dimensões continentais de nosso país, é razoável o entendimento de que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, o atendimento a tal exigência poderia ser comprometido por questões de logística.

A questão, de fato, é controversa, havendo, mesmo, divergências no âmbito desta Corte.

Ainda que em juízo de cognição sumária, o então Presidente, Conselheiro Antônio Carlos Andrada, não considerou irregular o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para entrega de amostras nem suspendeu o certame, pois, *a priori*, considerou o prazo compatível com a celeridade pretendida pela modalidade pregão. Na fase instrutória, a Unidade Técnica e o Ministério Público junto ao Tribunal, em sentido diverso, consideraram exíguo o prazo.

Em caso análogo, a Segunda Câmara, na sessão de 10/04/2014, apreciando os autos do Processo de Denúncia n. 876.248, julgou, por dois votos a um, irregular o prazo de 48

(quarenta e oito horas) para entrega de amostras de pneus por considerá-lo exíguo. Naquela assentada, o Relator, Conselheiro Cláudio Terrão, votou pela irregularidade, como havia sido proposto pela Unidade Técnica, e foi acompanhado pelo Conselheiro Mauri Torres. O Conselheiro Gilberto Diniz votou pela regularidade do prazo e improcedência da denúncia, valendo-se dos fundamentos do parecer do Ministério Público junto ao Tribunal, que entendera que a Cartilha do Tribunal não possui orientação quanto à definição de prazo mínimo para apresentação de amostras, asseverando que a aquisição do objeto contratado poderia ser feita, até em supermercado e que o Município estaria localizado perto da capital do Estado, opinando *“pela não aplicação de multa aos gestores e pela expedição de recomendação para que se proceda com maior zelo sempre quando se pautarem de exigências potencialmente restritivas à ampla competitividade”*.

Os prazos legalmente determinados pela Lei de Licitações costumam ser peremptórios e, por conseguinte, improrrogáveis, como, por exemplo, os prazos para interpor recursos. O mesmo não se pode dizer dos prazos estipulados pela Administração que, normalmente, são dilatatórios e, portanto, prorrogáveis.

Quando a Administração fixa prazo para entrega de amostras, diversas situações podem ocorrer, sendo razoável que o pregoeiro possa decidir sobre eventual prorrogação, desde que o licitante interessado apresente uma justificativa aceitável, antes do vencimento do prazo que deseja prorrogar.

O simples fato de o pregoeiro aceitar a justificativa de determinado licitante e prorrogar o prazo não implica ofensa ao princípio da isonomia, porquanto, teoricamente, outros licitantes estariam aptos a apresentar amostras no tempo inicialmente fixado, mesmo porque toda a discussão sobre prazos para apresentação de amostras parte do princípio de que não seria legítimo estabelecer prazos que impusessem ônus aos licitantes antes de se determinar qual licitante deveria cumprir tal obrigação, ou seja, o licitante que está na fase de aceitabilidade de sua proposta está em condição processual diferente da dos demais. Diversa seria a situação se o pregoeiro aceitasse prorrogar o prazo para determinado licitante e, na hipótese de não aceitação de sua proposta, convocando o próximo classificado, negasse pedido de prorrogação fundado no mesmo motivo ou em outro motivo igualmente legítimo, tratando de forma diversa os dois licitantes. Aí, sim, estaria caracterizada ofensa ao princípio da isonomia, por tratar iguais de forma desigual.

Em princípio, portanto, entendo que eventual exiguidade de prazo para apresentar amostras poderia ser contornada mediante prorrogação, analisada caso a caso, com motivo justo aceitável pelo pregoeiro, especialmente porque, a meu ver, trata-se de prazo dilatatório, cuja eventual prorrogação não prejudicaria os demais licitantes e atenderia ao interesse da Administração de buscar a proposta mais vantajosa.

Entretanto, embora admitindo que tal posição poderia gerar controvérsias no que respeita à aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, é preciso considerar que doutrina e jurisprudência caminham no sentido de sua relativização, quando o rigorismo formal se mostra prejudicial aos objetivos primordiais da licitação, quais sejam, a obtenção da proposta mais vantajosa e a igualdade de participação entre os interessados. Neste sentido, citamos o magistério de Marçal Justen Filho<sup>2</sup>:

---

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São

Todas as exigências são o meio de verificar se o licitante cumpre os requisitos de idoneidade e se sua proposta é satisfatória e vantajosa. Portanto, deve-se aceitar a conduta do sujeito que evidencie o preenchimento das exigências legais, ainda quando não seja a estrita regulamentação imposta originariamente na lei ou no edital. Na medida do possível, deve promover, mesmo de ofício, o suprimento de defeitos de menor monta. Não se deve conceber que toda e qualquer divergência entre o texto da lei ou do edital conduz à invalidade, à inabilitação ou à desclassificação.

Estando a análise de amostras inserida na fase de análise da aceitabilidade da proposta e, portanto, na fase de instrução do processo licitatório, é oportuno trazer aos autos entendimento que permeia toda a processualística moderna atinente à mitigação da preclusão na fase instrutória, que foi, inclusive, recentemente positivada no novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, cujo art. 139, inciso VI, dispõem:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

Assim, entendo que a melhor solução seria recomendar, como sugerido pela Unidade Técnica, que se faça incluir, no corpo do instrumento convocatório de futuros procedimentos licitatórios, a previsão de possibilidade de prorrogação do prazo para entrega de amostras.

Diante da razoabilidade da dúvida, por não ser questão pacífica, por não ter se evidenciado má-fé dos responsáveis e por não haver comprovação de ocorrência de dano, mesmo porque o processo se restringiu à análise do edital, deixo de aplicar multa quanto a este item, considerando-o regular, mas recomendando à Prefeitura Municipal de Ladainha que em futuras licitações em que haja previsão de entrega de amostras, os instrumentos convocatórios prevejam expressamente, a possibilidade de prorrogação dos prazos inicialmente determinados, mediante solicitação tempestiva (durante o prazo que se pretende prorrogar) e fundada em motivo legítimo.

## 2) Da faculdade de o pregoeiro exigir amostras

Não obstante seja bastante razoável a interpretação defendida pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, de que a expressão “*quando solicitado pelo pregoeiro*” estaria apenas delimitando o termo inicial para a contagem do prazo de 48 (quarenta e oito) horas para entrega de amostras, principalmente quando se verifica que não há outra regra que defina o termo inicial, a confissão dos Denunciados em sua peça conjunta de defesa me conduz a analisar a regra sob a ótica apresentada pela Denunciante e corroborada pela Unidade Técnica.

Embora, *a priori*, conferir ao pregoeiro a faculdade de exigir amostra quando considerar necessário possa levar ao entendimento de que há ofensa aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, porquanto poderia implicar onerar determinados licitantes e aceitar produtos ofertados com menos rigor por outros, a questão, a meu ver, exige análise mais acurada, não sendo a melhor solução o simples entendimento de que, uma vez prevista a exigência de amostra no edital, todos os licitantes classificados provisoriamente como vencedores estariam obrigados a apresentá-la.

Oportuna a transcrição do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, fundamento legal para a exigência de amostras, que, expressamente, faz referência à faculdade de a Administração realizar diligências:

§ 3º É **facultada** à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta. (g.n.)

A faculdade conferida pela Lei nº 8.666/93 se presta tanto para definir se serão pedidas amostras no certame quanto para, uma vez prevista a entrega de amostras, decidir-se por solicitá-la ou não do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar. Nos dois casos, a faculdade não significa que se possa escolher livremente, pois há que estar conforme com os objetivos de se pedir amostras, como delineado pela citada cartilha de orientação aos jurisdicionados sobre aquisição de pneus, no item 10, p. 30:

A exigência de amostras ou protótipos objetiva averiguar as características do produto ofertado com as especificações estabelecidas no ato convocatório da licitação, em especial no que diz respeito à qualidade, durabilidade, desempenho e funcionalidade do objeto licitado, o que fortalece a aplicação do princípio da eficiência da Administração Pública. Logo, uma vez imposta a exigência de amostras ou protótipos, as condições para análise devem estar previstas no ato convocatório e não podem ter critérios subjetivos e nem ficar ao livre arbítrio dos membros da Comissão de Licitação.

Assim, é de se indagar se não seria mais eficiente exigir a comprovação da qualidade dos produtos ofertados pela simples aposição do selo do INMETRO, instituição competente para estabelecer e fixar as especificações mínimas para a segurança dos pneus ofertados no Brasil, conforme item 7, p. 23, da mencionada cartilha. Em especial, porque dificilmente um órgão licitante da Administração Pública teria condições técnicas para realizar a análise da amostra. Entretanto, essa não é a questão central discutida nestes autos, e a mesma cartilha admite a apresentação de amostras para esse tipo de objeto, de tal sorte que irei me ater à questão da faculdade de o pregoeiro solicitar amostras, quando no edital houver tal previsão.

Ora, se o objetivo de pedir amostras é verificar se o produto ofertado atende às especificações do edital, especialmente quanto às suas características de qualidade, durabilidade, desempenho e funcionalidade, nada mais razoável do que conferir ao pregoeiro a faculdade de solicitar amostras, caso, diante do produto ofertado, haja alguma dúvida com relação a essas características.

Em quase todo mercado há produtos que por sua tradição e aceitação tornam-se referência, gozando de notoriedade que os destaca de seus concorrentes. Como exemplo, poderíamos citar os emblemáticos casos do Bombril, da Gillette e da caneta Bic.

No mercado de pneus, a situação não é diferente, havendo marcas que se destacam não só no cenário nacional como também no internacional, que são amplamente conhecidas devido a sua inserção no negócio do automobilismo esportivo, de grande penetração nos meios de comunicação.

Seria, então, razoável exigir que a Administração diante da oferta de um pneu de marca notoriamente conhecida, normalmente de renome internacional, seja obrigada a solicitar amostra? Entendo que não. Tal exigência se revestiria de um formalismo exacerbado, sem resultado útil, em total afronta ao princípio da eficiência, além de comprometer a celeridade inerente à modalidade pregão. É de conhecimento geral que, em Direito, o que é notório prescinde de prova.

Feitas essas considerações, impõe-se reconhecer que admitir que o edital preveja a solicitação de amostras pelo pregoeiro nos casos em que pairam dúvidas não compromete, por si só, os princípios da isonomia e do julgamento objetivo. Por outro lado, também não significa isentar o pregoeiro de conduta que vá de encontro a esses princípios, ficando resguardada ao controle externo a análise dos atos praticados pelo pregoeiro na fase externa da licitação.

Entretanto, há como limitar a margem de discricionariedade do pregoeiro no texto do próprio instrumento convocatório, citando as marcas de referência dos padrões mínimos, para efeito de similaridade e, em seguida, prevendo expressamente que o licitante que ofertar produtos das marcas de referência estará dispensado de apresentar amostras.

A questão passa, portanto, por duas premissas. A primeira referente à possibilidade de indicação de marcas, o que ficou muito bem sintetizado na ementa do Acórdão nº 2300/2007 do Plenário do TCU:

**REPRESENTAÇÃO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA REALIZAÇÃO DE PREGÃO ELETRÔNICO. ESPECIFICAÇÃO DE MARCA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS À ANULAÇÃO DO CERTAME. DETERMINAÇÕES.**

1. É ilegal a indicação de marcas, nos termos do § 7º do art. 15 da Lei 8.666/93, salvo quando devidamente justificada por critérios técnicos ou expressamente indicativa da qualidade do material a ser adquirido.

2. Quando necessária a indicação de marca como referência de qualidade ou facilitação da descrição do objeto, deve esta ser seguida das expressões “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade”, devendo, nesse caso, o produto ser aceito de fato e sem restrições pela Administração.

3. Pode, ainda, a administração inserir em seus editais cláusula prevendo a necessidade de a empresa participante do certame demonstrar, por meio de laudo expedido por laboratório ou instituto idôneo, o desempenho, qualidade e produtividade compatível com o produto similar ou equivalente à marca referência mencionada no edital.

(TCU. Representação. Acórdão 2300/2007 – Plenário. Sessão de 31/10/2007. Rel. Min. Aroldo Cedraz.)

A outra premissa refere-se à possibilidade de dispensa de apresentação de amostra, o que estaria nas entrelinhas do item 2 do Acórdão supracitado, além de constar expressamente do § 2º do art. 7º do Decreto Estadual nº 44.786, de 18 de abril de 2008, que regulamentou a licitação na modalidade pregão, no âmbito do Estado de Minas Gerais:

Art. 7º.

(...)

§ 2º A referência a marcas de produto no Termo de Referência ou no Projeto Básico, mediante justificativa da área requisitante e sob sua responsabilidade, observará o disposto nos arts. 11, 12 e 15 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, e ainda as seguintes regras:

I – poderá haver referência a marcas para melhorar a especificação, seguida da expressão ou similar, hipótese em que o edital poderá dispensar a apresentação de amostra se a oferta do produto recair sobre as marcas indicadas;

Isso posto, considero o item regular e deixo de aplicar multa aos responsáveis. Recomendo, contudo, à Prefeitura Municipal de Ladainha que, em futuras licitações referentes a aquisições de produtos ditos “de prateleira”, caso opte pela exigência de amostras, restrinja a faculdade de o pregoeiro ou a Comissão de Licitação, conforme o caso, dispensar a exigência de amostras às marcas eventualmente citadas como referência, com justificativa técnica juntada ao Processo Licitatório, e seguidas das expressões “ou similar”, “ou equivalente” ou “de melhor qualidade”, quando a citação de marca for indicativa da qualidade do produto a ser adquirido.

### **3) Da vedação à participação de empresas em consórcio**

Ao órgão promotor da licitação cabe a decisão acerca da participação de empresas em consórcio, pois esse é um juízo de oportunidade e conveniência que se encontra em sua margem de discricionariedade, nos termos do art. 33 da Lei nº 8.666/93, no qual são estabelecidas as normas que devem ser observadas quando da participação de empresas em consórcio.

Nesse sentido é a lição de Marçal Justen Filho<sup>3</sup>, conforme abaixo transcrito:

O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas. Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto.

---

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 568.

Embora seja ato discricionário da Administração, a decisão de vedar a participação de empresas em consórcio deve ser justificada no processo licitatório. Esse também é o entendimento do TCU, conforme trechos dos votos a seguir transcritos:

Necessidade de justificativa para a vedação da participação de consórcios em licitações. Mediante o Acórdão nº 1.102/2009-1ª Câmara, foi expedida determinação à Companhia Docas de Imbituba com o seguinte teor: ‘1.5.1.1. se abstenha de vedar, sem justificativa razoável, a participação de empresas em consórcio, de modo a restringir a competitividade do certame, contrariando o art. 3º da Lei nº 8.666/1993;’. Contra essa determinação, a entidade interpôs pedido de reexame, sob o argumento de que a interpretação do Tribunal estaria equivocada. O relator acompanhou a manifestação da unidade técnica, para a qual a conduta censurada, objeto da determinação, **não fora a vedação da participação de empresas reunidas em consórcio, uma vez que tal decisão encontra-se no campo discricionário do administrador, mas sim a ausência de justificativa razoável para a vedação.** A fim de expressar com exatidão o entendimento do Tribunal sobre a matéria, o relator propôs – e a Primeira Câmara acolheu – o provimento parcial do recurso, conferindo ao subitem 1.5.1.1 do acórdão guerreado a seguinte redação: **“caso seja feita a opção por não permitir, no edital do certame, a participação de empresas na forma de consórcios, considerando a faculdade constante do art. 33, caput, da Lei nº 8.666/1993, justifique formalmente tal escolha no respectivo processo administrativo da licitação. Acórdão n. 1102/2009 1ª Câmara. (g. n.)**

Embora discricionária nos termos do caput do art. 33 da Lei no 8.666/1993, quando houver a opção da Administração pela restrição a participação de consórcios na licitação, tal escolha deve ser precedida das devidas justificativas no respectivo processo administrativo, especialmente quando a vedação representar risco a competitividade do certame. **Acórdão 1636/2007 Plenário.**

Justifique a escolha no respectivo processo administrativo da licitação, caso seja feita a opção por não permitir, no edital do certame, a participação de empresas na forma de consórcios, considerando a faculdade constante do art.33, caput, da Lei no

Saliento, ademais, que, em regra, a formação de consórcios é admitida quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade e relevante vulto, em que empresas, isoladamente, não teriam condições de suprir os requisitos de habilitação do edital, consoante lição de Justen Filho<sup>4</sup>:

---

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 565.

Há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) a complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação. Nesse caso, o instituto do consórcio é a via adequada para propiciar a ampliação do universo de licitantes. É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que apenas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para licitação.

O Tribunal de Contas da União assim se pronunciou sobre o tema:

O art. 33 da Lei de Licitações atribui a Administração a prerrogativa de admitir a participação de consórcios nas licitações. A regra, no procedimento licitatório, e a participação de empresas individualmente em disputa umas com as outras, permitindo-se a união de esforços quando questões de alta complexidade e de relevante vulto impeçam a participação isolada de empresas com condições de sozinhas, atenderem todos os requisitos de habilitação exigidos no edital, casos em que a participação em consórcio ampliaria o leque de concorrentes. **Acórdão 1417/2008 Plenário** (Sumário)

No caso sob exame, os objetos licitados não apresentavam relevância ou grau de complexidade que reclamassem a formação de consórcio entre os licitantes.

Portanto, considerando que o apontamento em questão cingiu-se a combater item editalício que veda a participação de empresas reunidas em consórcio, sem, contudo, ter abrangido a ausência ou não de justificativa na fase interna da licitação, visto que a análise deste processo ficou restrita ao Edital, e, ainda, que o objeto demandado não exigia a formação de consórcios, entendo não haver irregularidade capaz de comprometer a lisura do certame. Todavia, faço recomendação para que, nos futuros editais de licitação, o Município de Ladainha faça constar da fase interna do certame a motivação para a vedação de participação de consórcios, se for este o caso, na esteira do que já foi decidido por este Tribunal nos Processos nºs 812.534, 862.638, 886.325, 886.497 e 875.659, entre outros.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, julgo improcedente a Denúncia e recomendo à Prefeitura Municipal de Ladainha que nas futuras licitações:

- 1) faça constar, nos casos em que o instrumento convocatório exija a apresentação de amostras, a possibilidade de prorrogação pelo Pregoeiro ou Comissão de Licitação, conforme o caso, do prazo inicialmente determinado, mediante solicitação tempestiva (durante o prazo que se pretende prorrogar), fundada em motivo legítimo;
- 2) restrinja, quando se tratar de licitação para aquisição de produtos ditos “de prateleira”, e caso opte pela exigência de amostras, a faculdade de o Pregoeiro ou a Comissão de Licitação, conforme o caso, dispensar a exigência de amostras às marcas eventualmente citadas como referência, com justificativa técnica juntada ao processo licitatório, e seguidas das expressões “ou similar”, “ou equivalente” ou

“de melhor qualidade”, quando a citação de marca for indicativa da qualidade do produto a ser adquirido;

- 3) faça constar da fase interna do certame a motivação para a vedação de participação de empresas em consórcio, se for o caso.

Cumpridas as disposições regimentais e certificado o trânsito em julgado, arquivem-se os autos, com fundamento no art. 176, I, do Regimento Interno.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas, por unanimidade, na conformidade da ata de julgamento, nos termos do voto da Relatora, em julgar improcedente a Denúncia e em recomendar à Prefeitura Municipal de Ladainha que nas futuras licitações: **1** - faça constar, nos casos em que o instrumento convocatório exija a apresentação de amostras, a possibilidade de prorrogação pelo Pregoeiro ou pela Comissão de Licitação, conforme o caso, do prazo inicialmente determinado, mediante solicitação tempestiva (durante o prazo que se pretende prorrogar), fundada em motivo legítimo; **2** - restrinja, quando se tratar de licitação para aquisição de produtos ditos “de prateleira”, e caso opte pela exigência de amostras, a faculdade de o Pregoeiro ou a Comissão de Licitação, conforme o caso, dispensar a exigência de amostras às marcas eventualmente citadas como referência, com justificativa técnica juntada ao processo licitatório, e seguidas das expressões “ou similar”, “ou equivalente” ou “de melhor qualidade”, quando a citação de marca for indicativa da qualidade do produto a ser adquirido; **3** - faça constar da fase interna do certame a motivação para a vedação de participação de empresas em consórcio, se for o caso. Cumpridas as disposições regimentais e certificado o trânsito em julgado, arquivem-se os autos, com fundamento no art. 176, I, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro em substituição Licurgo Mourão e o Conselheiro Mauri Torres.

Presente à Sessão a Procuradora Maria Cecília Borges.

Plenário Governador Milton Campos, 25 de agosto de 2015.

ADRIENE ANDRADE  
Presidente e Relatora

*(assinado eletronicamente)*

Di/RE

#### **CERTIDÃO**

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

\_\_\_\_\_  
**Coordenadoria de Taquigrafia e Acórdão**