



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



06-03-13

SEB

=====
Processos: TC-00001388.989.12-1
TC-00001353.989.12-2
Representantes: Alexandre Gonzaga Gontijo e Licit.Com
Distribuidora e Comércio Ltda. EPP
Representada: Prefeitura Municipal de Mogi das Cruzes
Assunto: Exame prévio do edital do pregão presencial n.
152/12, do tipo menor preço por item, que tem por finalidade o registro
de preços para o fornecimento de cartuchos e toners para impressoras.
Responsável: Marco Aurélio Bertaiolli (Prefeito)
Subscritor do edital: Arnaldo José Sanchez (Pregoeiro)
Advogado não cadastrado no e-TCESP: Luciano Lima Ferreira (OAB/SP
278.031)
Advogados cadastrados no e-TCESP: Thalita Machado Xavier Telles
(OAB/SP 232862); Beatriz Neme Ansarah (OAB/SP 242274); Graziela
Nobrega da Silva (OAB/SP 247092); Rodrigo Pozzi Borba da Silva (OAB/SP
262845); Rodgers de Camargo (OAB/SP 294104) e Adriana Moreira
Tabarelli (OAB/SP 301233)
=====

1. RELATÓRIO

1.1 Trata-se do **exame prévio do edital** do pregão presencial nº 152/12, do tipo menor preço por item, elaborado pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE MOGI DAS CRUZES**, que tem por finalidade o registro de preços para o fornecimento de cartuchos e toners para impressoras.

1.2 A determinação de paralisação do certame, com fundamento no artigo 113, § 2º, da Lei nº 8.666/93, com vistas ao exame pontual das queixas apresentadas pelos representantes, já foi **referendada** pelo E. Plenário, nos termos reclamados pelo artigo 221, parágrafo único, do Regimento Interno.

1.3 Insurgiu-se **ALEXANDRE GONZAGA GONTIJO** contra a exigência de prova de qualificação técnica, ao argumento de que impede a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



participação no certame de “empresas novas” que ainda não possuem o “volume de venda necessária”.

Também criticou a prescrição¹ do edital segundo a qual o material deve ser substituído no prazo de 24 horas, após o defeito ter sido “devidamente constatado”, por gerar dúvidas, haja vista só o fabricante, e não a Administração, poder constatar tal defeito.

Queixou-se, por fim, do fato de o edital ter sido subscrito pelo pregoeiro, pois que em descompasso com a norma legal e com a jurisprudência deste Tribunal.

1.3 A LICIT.COM DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO LTDA. EPP teceu críticas, por sua vez, à exigência de que os produtos indicados nos itens 01, 11 ao 20, 23 ao 28, 30 ao 49, todos do Anexo I, sejam “originais do fabricante da impressora e inteiramente novos”, posto que direciona o certame para determinadas marcas, restringindo, indevidamente, a ampla participação de interessados.

1.4 Em atendimento ao prazo assinalado para o exercício do direito ao **contraditório** e à **ampla defesa**, a **Administração** esclareceu que a exigência constante dos itens 9.1 e 9.2 do edital, relativas à capacidade técnico-operacional, têm amparo no art. 31, inciso II da Lei nº 8.666/93 e está em perfeita harmonia com a Súmula 24 desta Corte.

Sobre a constatação de eventual defeito ou vício nos cartuchos e toners entregues, disse que não é tarefa difícil, sendo razoável que se exija da Contratada a troca do produto no prazo de 24 horas, nada impedindo que ela depois busque solução junto ao próprio fabricante.

Por fim, aduziu que, embora reconheça que o art. 3º, inciso IV da Lei nº 10.520/02 define quais são as atribuições do pregoeiro, isto não afasta a possibilidade de haver outras, dentre as quais, segundo crê, “a prática de todo e qualquer ato que seja indispensável para a boa condução da licitação”.

¹ “Observações
(...)”

c) o prazo para substituição dos materiais no caso de defeito devidamente constatado será de 24 horas;

g) a empresa vencedora arcará com qualquer prejuízo causado às impressoras, incluindo peças e serviços, comprovadamente originais pelo mau funcionamento dos cartuchos;”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



1.5 Instada a se manifestar, a **Assessoria Técnico-Jurídica** considerou procedentes as impugnações, exceção feita à exigência de qualificação técnica, porque *“as condições impostas não excederam os ditames legais previstos na legislação de regência e jurisprudência desta Corte”*.

1.6 O DD. **Ministério Público de Contas** também afastou a questão da prova de capacidade técnica, porque em conformidade com a Súmula 24, bem como com o disposto no art. 4º, inciso XIII da Lei nº 10.520/02 c/c o art. 27 da Lei nº 8.666/93.

Criticou, no entanto, a exigência de que os cartuchos sejam originais do fabricante da impressora, por impossibilitar a oferta de produtos compatíveis com os equipamentos fabricados pela empresa HP e pela empresa Lexmark e a subscrição do edital pelo pregoeiro, por não contar com amparo legal.

No seu entender, não há óbice para que a própria Administração verifique se o produto é defeituoso. Mas o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a sua substituição configura-se privilégio às empresas mais próximas da representada, motivo pelo qual sugere, a exemplo do que ficou decidido em relação ao fornecimento de pneus, que a Administração cuide de ter um estoque mínimo e alargue o prazo de entrega para um mínimo de 3 (três) dias.

1.7 Segundo a D. **Secretaria Diretoria-Geral**, as exigências de qualificação técnica e de devolução dos materiais em caso de constatação de defeitos, bem como o prazo estipulado para tal fim – 24 horas, não merecem críticas.

Destacou que o *“prazo para entrega dos materiais é de até 05 (cinco) dias após o recebimento do pedido pela contratada, conforme item 14.5² do edital, o que não me parece desarrazoado, e a eventual dissonância entre os produtos fornecidos e o exigido no edital acarreta a devolução prevista no item 14.12³ do ato convocatório”*.

² “14.5 - O prazo de entrega não poderá ser superior a 05 (cinco) dias, após o recebimento do pedido para entrega dos materiais.”

³ “14.12 - Caso a qualidade dos materiais não corresponda às exigências da presente licitação, a remessa será devolvida, a qualquer tempo, e deverá ser substituída pelo fornecedor, no prazo de 24



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Mesma sorte não tem a exigência de que os produtos sejam originais do fabricante da impressora, consoante se infere da jurisprudência pacífica desta Corte, mesmo porque a Prefeitura não trouxe aos autos “qualquer informação acerca da existência de equipamentos ainda no período de garantia, situação em que a imposição seria justificável”.

2. VOTO

2.1 A Administração, pretendendo registrar em ata os preços de cartuchos e toners, restringiu a oferta a produtos originais dos próprios fabricantes das impressoras, sem que demonstrasse, no entanto, se tratar do fornecimento de insumos para equipamentos que ainda estejam em período de garantia.

Ora, infere-se da jurisprudência pacífica deste Tribunal —de que são exemplos o TC-030494/026/11 (Relator o E. Substituto de Conselheiro Alexandre Manir Figueiredo Sarquis, Sessão Plenária de 28-09-11), abaixo reproduzida, e o TC-00597.989.12-8 (Relator o E. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, Sessão Plenária de 20/06/12)— que, afora essa hipótese, não se deve rechaçar a cotação de produtos similares/compatíveis, ficando, neste caso, a critério da própria Administração exigir da vencedora do certame a apresentação de laudos do INMETRO, a título de demonstrar a sua qualidade.

“Bem conduzidas as manifestações dos Órgãos Técnicos, uma vez que o entendimento desta E. Corte é este: a escolha de marca de insumos para sistemas de impressão somente pode se ater à marca dos fabricantes dos equipamentos quando estes estiverem no prazo de garantia, cujo contrato de compra contenha cláusula específica acerca do assunto. (...)

A demonstração de que o produto é similar/compatível, por sua volta, pode ser atestada por laudo de laboratório de órgão da Administração Pública ou certificado pelo INMETRO, que ateste objetivamente:

- a) que o produto é similar;*
- b) que estão atendidas as normas aplicáveis, tais como a ABNT NBR ISO/IEC 24711;*
- c) que não existem indícios de remanufaturamento, recondicionamento, reprocessamento, recarregamento, manipulação ou falsificação de qualquer das partes, tanto visíveis quanto internas;*
- d) que não existem vazamentos; e*

(vinte e quatro) horas, sendo aceita pela Administração uma única substituição, sem qualquer ônus para a PMMC, independente da aplicação das penalidades cabíveis.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



e) que a forma física do produto é compatível, em saliências e reentrâncias, com o original de referência.”

2.2 Também merece crítica o fato de o edital ter sido subscrito pelo próprio pregoeiro.

Deveras, a ele compete —segundo os limites legais impostos e o dever de observância ao princípio da segregação de funções— a condução da sessão pública, de acordo com as regras antecipadamente estabelecidas pela autoridade competente, a quem cabe expressar, por meio do ato convocatório, a vontade da Administração.

É o que revela a jurisprudência pacífica deste Tribunal, de que é exemplo o decidido no TC-000620.989.12-9, Sessão Plenária de 27-06-12, Relator o E. Conselheiro CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA.

A subscrição do edital pelo próprio pregoeiro merece crítica, porque em descompasso com a lei de regência, refletida na jurisprudência pacífica deste Tribunal, de que é exemplo o decidido nos autos dos TCs-1077/007/10 e 1595/010/10, de minha relatoria, na sessão deste Plenário de 08-12-2010.

Acolho, no mais, o parecer da digna SDG, no que toca à limitação das responsabilidades conferidas ao pregoeiro, à luz da Lei n. 10.520/02.

A ele é reservada a tarefa de bem conduzir a sessão pública, submetendo-se, para tanto, aos princípios e normas legais, bem como aos termos e condições estipuladas no ato convocatório — expressão máxima da vontade da Administração, consoante o interesse público visado.

Por isso que a subscrição do edital compete à autoridade superior e não ao pregoeiro; é a ela, por força do comando do artigo 3º, I, da Lei n. 10.520/02, que cabe justificar a necessidade da contratação, definir o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato.

Pelo mesmo motivo compete-lhe responder a eventuais pedidos de esclarecimento e impugnações, já que toda e qualquer resposta ou decisão vincula as partes envolvidas no certame.

Ao pregoeiro — servidor indicado pela própria autoridade superior — cabe a condução da sessão pública, cuja atuação inclui, “dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor”, caso não haja manifestação quanto à interposição de recurso.

Isto não impede, a toda evidência, que o pregoeiro venha a promover necessárias diligências após o término da sessão pública, por conta da ocorrência de fato superveniente, ou que se manifeste nos autos por conta de eventual interposição de recursos, previamente à análise da autoridade competente.

O entendimento quanto à impropriedade de o pregoeiro



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



responsabilizar-se pela análise e julgamento de impugnações, por afronta à lei de regência, foi acolhido pelo E. Plenário, em sessão de 24-11-10, nos autos do TC-038.483/026/10, de relatoria do E. CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI:

“CONQUANTO ISTO, RESSALTOU MUITO BEM A SDG, HAVER IMPROPRIEDADE NO EDITAL QUANDO ATRIBUI AO PREGOEIRO A ANÁLISE E JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÕES, PORQUE ISTO AFRONTA DISPOSITIVO DA LEI DO PREGÃO – A LEI FEDERAL Nº 10.520/02. COMO A ERRÔNEA DISPOSIÇÃO EDITALÍCIA TEM RESPALDO EM DECRETO MUNICIPAL, IMPÕE, ESTE FATO, QUE O SENHOR PREFEITO ADOTE PROVIDÊNCIAS NÃO SÓ PARA RETIFICAR O EDITAL, MAS TAMBÉM PARA MODIFICAR O DECRETO MUNICIPAL Nº 7.370/05, DE MODO A COMPATIBILIZÁ-LO COM OS DISPOSITIVOS DA LEI FEDERAL INSTITUIDORA DO PREGÃO, A LEI Nº 10.520/02. “

2.3 Os demais aspectos do edital não merecem qualquer reparo. A exigência de que o licitante prove contar com *qualificação técnica* tem amparo no art. 4º, inciso XIII da Lei nº 10.520/02 c/c o art. 27 da Lei nº 8.666/93, e está em conformidade com a interpretação que lhes emprestou a Súmula 24.

Sobre a queixa de que a exigência impediria a participação de *“empresas novas”* no certame, observo lição de HELY LOPES MEIRELLES⁴, segundo quem

Embora haja interessa da Administração no comparecimento do maior número de licitantes, o exame das propostas restringe-se àquelas que realmente possam ser aceitas, *em razão da pessoa do proponente*. Isto porque a Administração só pode contratar com quem tenha *qualificação para licitar*, ou seja, o interessado que, além da regularidade com o Fisco, demonstre possuir *capacidade jurídica para o ajuste, condições técnicas* para executar o objeto da licitação; *idoneidade financeira* para assumir e cumprir os encargos e responsabilidades do contrato”.

2.4 Por fim, também não considero quesito manifestamente ilegal ou restritivo à ampla participação de fornecedores interessados, o fato de a própria Administração reclamar da eventual entrega de produtos defeituosos, sendo razoável, consoante bem apontado pela D. SDG, que, neste caso, sejam substituídos no prazo de 24 horas, após a sua constatação.

Trata-se do fornecimento de produtos de prateleira, pelo detentor da ata de registro de preços, mediante o recebimento das

⁴ *Licitação e Contrato Administrativo*. 15ª ed. pag. 185.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



respectivas ordens de serviços, expedidas ao longo de 12 meses, em prazo e condições previamente acordados entre as partes, visando à plena satisfação do interesse público almejado.

2.5 Posto isto, circunscrito estritamente às questões analisadas, considero parcialmente procedentes as impugnações, determinando que a Administração, querendo dar seguimento ao certame, adote as medidas corretivas pertinentes para dar cumprimento à lei, devendo também promover cuidadosa e ampla revisão de todos os demais itens do ato convocatório relacionados.

A Administração deve atentar, depois, para a devida republicação do edital, nos termos reclamados pelo artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

Concluídas as anotações de estilo, com a inserção na jurisprudência inclusive, encaminhem-se os autos ao órgão de fiscalização competente para subsidiar a instrução de eventual ajuste que venha a ser formalizado ou quando da fiscalização ordinária, retornando após as providências de mister.

Transitada em julgado a decisão, arquivem-se os autos eletronicamente.

Sala das Sessões, 06 de março de 2013.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO