

Título : SOLICITAÇÃO DE AMOSTRAS NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS DA LEI Nº 14.133/2021
Autor : Fabio Vilas Gonçalves Filho

SOLICITAÇÃO DE AMOSTRAS NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS DA LEI Nº 14.133/2021

FABIO VILAS GONÇALVES FILHO

Perito da PCERJ e Membro da Rede de Pregoeiros do Estado do Rio de Janeiro (REDEPREG).

RESUMO

O presente artigo objetiva enfatizar o planejamento como conduta de boa gestão. Sendo assim, caso os gestores julguem ser necessário solicitar amostras de objetos no curso do procedimentos licitatórios, a solicitação deverá ser precedida de critérios técnicos e objetivos com a definição de todas as etapas na busca para assegurar a eficácia e eficiência do objeto pretendido, assim como afastar a incidência de problemas na entrega, resguardando os requisitos de qualidade e desempenho estabelecidos no instrumento convocatório.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre consignar que no setor público o agente não possui a mesma autonomia de contratação própria do setor privado, haja vista o preceito constitucional insculpido no artigo 37, inciso XXI, que versa sobre a obrigatoriedade de licitar, salvo as exceções legais.

O tema licitações públicas é tão importante que nos últimos tempos tem ocupado grande espaço no cenário político nacional em todas as mídias. Primeiro por ser responsável por movimentar cerca de 12% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro anualmente, segundo dados do Ministério da Economia, bem como diante do advento da tão esperada NLLCA nº 14.133/2021, que revogará as Leis nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e os arts 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações).

A nova Lei nº 14.133/2021 incorporou ao seu texto diversas novidades que já estavam previstas em decretos, instruções normativas, entendimentos doutrinários, jurisprudência do Tribunal de Contas da União e leis esparsas. Uma das novidades é a possibilidade expressa de solicitação de amostras, o que discorreremos ao longo do presente trabalho.

2. AMOSTRAS NOS PROCEDIMENTOS COMO MEDIDA PARA ASSEGURAR AQUISIÇÕES COM MELHOR QUALIDADE

Segundo o conceito jurídico do autor De Plácido e Silva (1996, p. 148):

Amostra se considera a pequena porção, fragmentos ou parte de qualquer mercadoria em quantidade estritamente necessária para dar a conhecer ou mostrar a sua natureza, espécie e qualidade de diminuto ou sem qualquer valor comercial, destinada ao vendedor de uma casa comercial, para que a exhiba ao comprador e, mediante esta, faça este as suas compras.

O fato de a Administração Pública exigir a apresentação de amostras durante o certame licitatório demonstra que o gestor está em busca de assegurar a eficácia e eficiência do objeto pretendido, assim como afastar a incidência de problemas na entrega, resguardando os requisitos de qualidade e desempenho estabelecidos no instrumento convocatório, antes da assinatura do contrato ou até mesmo na vigência deste. Para Mendes (2012, p. 171):

A finalidade da amostra é permitir que a Administração, no julgamento da proposta, possa se certificar de que o bem proposto pelo licitante atende a todas as condições e especificações técnicas indicadas na sua descrição, tal como constante no edital. Com a amostra, pretende-se reduzir riscos e

possibilitar a quem julga a certeza de que o objeto proposto atenderá à necessidade da Administração.

O festejado professor Justen Filho (2021, p. 544) aduz que amostra consiste em um objeto físico fornecido pelo licitante [...] que se destina a ser testado e experimentado [...] permitindo à Administração verificar a natureza e os atributos do objeto ofertado.

Contudo, vale consignar inicialmente que a exigência de amostra se trata de ato discricionário do gestor, que deverá observar os preceitos do artigo 9º da nova Lei, como, por exemplo, não restringir ou frustrar o caráter competitivo ou que seja impertinente ou irrelevante para o objeto específico, dentre outros.

Pois bem, traçado o conceito inicial de amostra, convém também trazer as definições de outros institutos cujos objetivos são idênticos (analisar o desempenho e a qualidade do bem a ser adquirido), haja vista que poderão surgir dúvidas:

- **Protótipo:** exemplar/modelo desenvolvido e colocado à disposição pela própria Administração. (Justen Filho, 2021, p. 544)

- **Prova de conceito:** utilizada a propósito de serviços, mas poderia ser cogitada sua adoção em hipóteses específicas de compras. Não existe identidade absoluta entre amostra e prova de conceito, ainda que exista julgado do TCU afirmando a sua similitude. Mais precisamente, o TCU reputou cabível que a prova de conceito seja utilizada para demonstrar a capacidade técnica do licitante, ao invés de se constituir em uma demonstração do objeto oferecido na proposta. (Justen Filho, 2021, p. 544)
Garantir a qualidade de um conceito teórico de uma pesquisa, artigo técnico, método ou ideia – Recomenda-se leitura do Acórdão nº 2059/2017 – TCU – Plenário.

- **Padronização:** é um instrumento de racionalização da atividade administrativa, com redução de custos e otimização da aplicação de recursos. A padronização elimina variações tanto no tocante à seleção de produtos no momento da contratação como também na sua utilização, conservação etc. (Justen Filho, 2021, p. 567)

Em outras palavras, **padronizar** consiste em igualar, uniformizar, adotar um modelo entre vários bens idênticos e disponíveis no mercado, ou seja, eliminar variações a fim de racionalizar a seleção no momento da licitação.

- **Pré-qualificação de bens:** pode produzir uma única aferição da qualidade de objetos pretendidos utilizando-a em várias futuras licitações. (Torres, 2021, p. 471)

Ou seja, na pré-qualificação, mesmo os bens idênticos não sendo, busca-se atender exigências técnicas ou de qualidade dos objetos.

O professor Niebuhr (2023, p. 725) ensina que amostra e prova de conceito são figuras parecidas, com o mesmo propósito, quais sejam: analisar ou testar, porém pondera que amostra é para bens padronizados, normalmente de prateleira, com o propósito de analisar suas especificações, já a prova de conceito é utilizada nas hipóteses em que a Administração quer testar a funcionalidade do bem.

Verificamos que, não há problemas quanto aos conceitos de protótipo, padronização e pré-qualificação. Contudo, no que se refere à amostra e prova de conceito, vale registrar que há entendimentos diversos na doutrina e nas decisões das Cortes de Contas.

Quanto à poderação exposta pelo exímio doutrinador Niebuhr (2023), com a máxima vênia, ousamos discordar, haja vista que o artigo 17, § 3º, da nova Lei claramente estabelece que os testes sejam para ambas (amostra ou prova de conceito), “ **entre outros testes de interesse da Administração**, de modo a comprovar sua aderência às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico”.

O mestre Carvalho (2023, p. 160) aduz que a prova de conceito é normalmente exigida em licitações que tenham por objeto serviços de tecnologia de informação e cita como exemplo a IN 01/2019, do Ministério da Economia.

Importante ressaltar que, ainda que haja entendimentos diversos na doutrina entre amostra e prova de conceito, o próprio professor Niebuhr (2023, p. 725) aduz que não se deve adotar postura rigorosa ante a distinção, pois o que verdadeiramente importa é a clara definição das obrigações dos licitantes e os procedimentos a serem realizados pela Administração estejam descritos no edital na oportunidade da solicitação.

Sobre as amostras, interessante fazermos uma breve digressão histórica, considerando os grandes debates ocorridos a respeito do tema, ainda sob a égida das Leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002, haja vista a ausência de previsão legal na modalidade pregão. Desse modo, houve algumas decisões da mais alta Corte de Contas vedando sua exigência, por exemplo, no Acórdão nº 1.598/2006 – Plenário de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer:

Não há como impor, no pregão, a exigência de amostras, por ausência de amparo legal e por não se coadunar tal exigência com a agilidade que deva nortear a referida modalidade de licitação. 2. A exigência de amostras utilizada nas modalidades de licitação previstas na Lei 8.666/1993 deve ser imposta somente ao licitante provisoriamente colocado em primeiro lugar no certame. 9.2.2. **Que, caso repute indispensável exigir amostras ou protótipos dos produtos a serem licitados, utilize-se das modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/1993.** (Grifamos)

Contudo, tendo em vista as inúmeras aquisições de produtos de baixíssima qualidade e, sobretudo, com a difusão do uso do pregão, o assunto despertou interesse de alguns doutrinadores, que passaram elencar em suas obras várias vantagens e desvantagens na modalidade pregão como o mestre Justen Filho (2009, p. 18-19):

Ampliação das vantagens econômicas, contratação independentemente do valor, ampliação do universo de licitantes, simplificação do procedimento licitatório. Todavia, há as desvantagens como: Redução da segurança da Administração Pública quanto à idoneidade do licitante, preponderância das empresas de maior poder econômico e dificuldade no tocante a qualidade da prestação. [...]. **As dificuldades são muito grandes e conduzem à difusão da exigência de amostras para controle da qualidade da proposta** [...]. (Grifamos)

Nesse sentido, o entendimento da Corte de Contas evoluiu e passou a admitir, como podemos perceber no Acórdão nº 1.634/2007, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar:

Na modalidade pregão, é vedada a exigência de apresentação de amostras antes da fase de lances, devendo a obrigação ser imposta somente ao licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar. (...) Por fim, convém destacar que, **uma vez não prejudicada a celeridade que norteia o pregão, não vejo óbices à exigência de apresentação de amostras dos bens a serem adquiridos, desde que o encargo seja imposto, após a fase de lances, ao licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar segundo jurisprudência desta Corte,** consubstanciada, por exemplo, no Acórdão 1.182/2007 Plenário. (Grifamos)

Quanto à solicitação de amostras sob a égide das Leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002, o professor Jacoby Fernandes (2011, p. 582) argumenta que um dos assuntos polêmicos, no âmbito das licitações, seria a possibilidade de serem exigidas ou não amostras dos produtos. Segundo entendimento do doutrinador, a possibilidade de exigir amostras deverá ocorrer apenas do vencedor do certame, ou seja, aquele licitante que esteja provisoriamente classificado em primeiro lugar em ambas as leis, contudo, ressalva **que amostra não constitui elemento integrante de habilitação.**

Dificuldades não há por parte da Lei nº 12.462/2011 – RDC, haja vista que a exigência de amostra é expressa no artigo 7º, inciso II:

Art. 7º No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá: [...]:

II – exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação, na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade da sua apresentação.

Igualmente, a Lei das Estatais, nº 13.303/2016, com texto idêntico ao RDC, dispõe a respeito de amostra no artigo 47, inciso II:

Art. 47. A empresa pública e a sociedade de economia mista, na licitação para aquisição de bens, poderão: [...]

II – exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação e na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade de sua apresentação.

A Lei nº 14.133/2021, a partir das boas práticas sedimentadas em leis esparsas, na doutrina e jurisprudências dos Tribunais Superiores e Cortes de Contas, trouxe para seu corpo diversos dispositivos sobre amostras. Vejamos:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: [...]

§ 3º Desde que previsto no edital, **na fase a que se refere o inciso IV do caput deste artigo**, o órgão ou entidade licitante poderá, **em relação ao licitante provisoriamente vencedor, realizar análise e avaliação da conformidade da proposta, mediante homologação de amostras**, exame de conformidade e prova de conceito, **entre outros testes** de interesse da Administração, de modo a comprovar sua aderência às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico. (Grifamos)

Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente: [...]

II – exigir amostra ou prova de conceito do bem no procedimento de pré-qualificação permanente, na fase de julgamento das propostas ou de lances, ou no período de vigência do contrato ou da ata de registro de preços, desde que previsto no edital da licitação e justificada a necessidade de sua apresentação. (Grifamos)

Art. 42. A prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital será admitida por qualquer um dos seguintes meios: [...]

§ 2º A Administração poderá, nos termos do edital de licitação, oferecer protótipo do objeto pretendido e exigir, na fase de julgamento das propostas, **amostras do licitante provisoriamente vencedor**, para atender a diligência ou, após o julgamento, como condição para firmar contrato.

§ 3º **No interesse da Administração, as amostras** a que se refere o § 2º deste artigo poderão ser examinadas por instituição com reputação ético-profissional na especialidade do objeto, previamente indicada no edital.

O professor Niebuhr (2023, p. 726) aduz que, mesmo antes da Lei nº 14.133/2021, e mesmo sem previsão expressa nas Leis nº 8.666/1993 e nº 10.520/2002, as amostras e prova de conceito são exigidas usualmente, por entender ser uma prerrogativa implícita da Administração. Porém, a ausência de previsão legal e regras claras, trazia insegurança e incerteza.

Desse modo, sabiamente a NLLCA deu ênfase ao assunto, diante de práticas bem-sucedidas em leis esparsas, na doutrina e jurisprudências dos Tribunais Superiores e Cortes de Contas e, sobretudo, exaltou vários princípios, como: da eficiência, do interesse público, do planejamento, da eficácia, da economicidade, da celeridade, entre outros de tamanha importância, em busca, diuturnamente, de aquisição de bens mais seguros e de boa qualidade.

Entretanto, ainda existem desafios a serem superados e a realidade de cada órgão ou entidade, em muitos casos, poderá não ser favorável para os objetivos almejados. Alguns dos fatores prejudiciais observados no dia a dia da Administração Pública são: falta de regras bem definidas nos editais, isto é, de detalhamentos (critérios técnico-científicos) claros e objetivos sobre como serão realizados os testes dos bens solicitados e a falta de recursos humanos qualificados para emissão de pareceres técnicos, tempo dispendido e outros.

Aliás, quanto às regras bem definidas nos editais, manifestou-se o TCU no Acórdão nº 2.077/2011 – Plenário de relatoria do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Vejamos:

Licitação para aquisição de produtos de merenda escolar: 1 – No caso de exigência de amostra de produto **devem ser estabelecidos critérios objetivos, detalhadamente especificados, de apresentação e avaliação, bem como de julgamento técnico e de motivação das decisões relativas às amostras apresentadas.** (Grifamos)

No que se refere à falta de recursos humanos qualificados para emissão de pareceres técnicos, a Lei, inteligentemente, nos termos do artigo 42, § 3º, da NLLCA, estabelece que no interesse da

Administração as amostras podem ser examinadas por terceiros, isto é, por entidades cujo objeto envolva atividade de certificação técnica. Nesse sentido, convém destacar excelente ensinamento de Souza (2021, p. 596):

O crivo técnico deve sempre merecer honras; assim o dispositivo, atento à necessidade de avaliação especializada e acurada, fixou a possibilidade de a avaliação das amostras ser empreendida não por um servidor ou por uma comissão de licitação e, sim, por uma instituição reconhecidamente especializada no objeto.

A solução legislativa atende à Administração em 2 aspectos, seja pela falta de recursos humanos qualificados, seja para evitar avaliações subjetivas no que tange às amostras.

Convém mencionar que, caso haja discrepâncias entre as amostras e os laudos apresentados, a mais alta Corte de Contas se manifestou no Acórdão nº 1.445/2022 do TCU – Plenário de relatoria do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti:

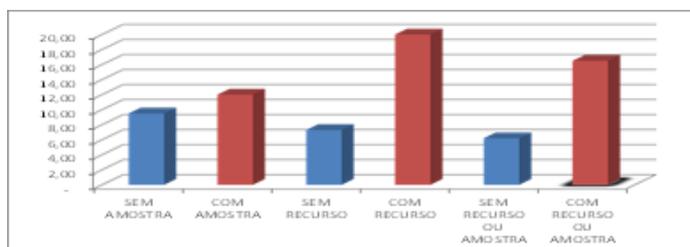
Na hipótese de a **certificação de qualidade ou o laudo exigido** para o fornecimento do produto estar em **desconformidade com a amostra apresentada** pelo licitante, **cabe ao pregoeiro diligenciar para que seja apresentado o documento correto, em vez de proceder à desclassificação da proposta**, sobretudo quanto há considerável diferença de preços entre esta e a dos licitantes subsequentes. Nesse caso, não há alteração na substância da proposta, pois o novo laudo apenas atesta condição preexistente do produto ofertado, que já se encontra intrínseca na amostra. (Grifamos)

Outro aspecto que pode não ser favorável é o tempo despendido para as análises e testes, de modo a não coadunar com a celeridade desejada para o momento e/ou objeto pretendido. Nesse sentido, Niebuhr (2023, p. 728) argumenta:

[...] **o fato é que, quando se exigem amostras em pregão eletrônico, ele já não será totalmente eletrônico, porque as amostras são físicas e, por consequência, presenciais. Isso faz com que o pregoeiro precise suspender o curso do pregão eletrônico para aguardar o envio físico das amostras, o que demanda muito tempo** e aproxima sobremaneira o procedimento do pregão presencial, pelo menos nesse aspecto. (Grifamos)

Em estudo sobre o tema amostras, Gonçalves Filho (2021, p. 106) constatou, após analisar 136 processos de licitação na modalidade pregão eletrônico, dos quais 96 foram sem amostras e 40 com solicitação de amostras, que, quando há análise de amostras no curso do certame, o processo é moroso, pois desde o início da sessão até sua efetiva homologação o prazo em média é de 22 dias úteis, ao passo que ao contrário, com amostras, o prazo aumenta para 43 dias úteis, ou seja, o tempo majorou em quase 96%.

Vale ressaltar também que, em pesquisa semelhante no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – TCE-RJ (2020) sobre o gargalo do fator tempo na solicitação de amostras, constatou-se prazo médio de 9,5 dias úteis sem amostras e 12 dias com solicitação de amostras, o que representou aumento de 23,6% para o término do pregão.



Fonte: SOUZA, Pregoeiro TCE-RJ, 2020.

Todavia, apesar de não coadunar com o princípio da celeridade, a possibilidade de exigir amostra ou prova de conceito, conforme nos ensina Torres (2023, p. 275), cumpre o desiderato de melhor aferir a qualidade do bem oferecido, o que nem sempre é possível pela mera definição exposta no edital ou pelas especificações nele contidas.

Nesses termos se manifestou o TCU no Acórdão nº 2.368/2013 – Plenário de relatoria do Ministro

Benjamin Zymler. Vejamos:

[...] Nesse passo, entendeu o relator que a exigência de amostras, quando requerida apenas do licitante classificado em primeiro lugar, é perfeitamente compatível com as peculiaridades da modalidade pregão, já que “garante a presteza, a perfeição e a eficiência do procedimento **sem comprometer a sua celeridade**”. **Ademais, no que respeita à alegação de que o pregão eletrônico seria inviável na hipótese sob exame, consignou que além de ampliar a competição, o pregão eletrônico não é incompatível com a exigência de amostras, caso o gestor considere-a indispensável, devendo, contudo, caso se trate de aplicação de recursos federais, exigí-la apenas do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar.** (Grifamos)

Extraímos, portanto, que, mesmo que haja morosidade para o término do certame, caso seja indispensável à solicitação de amostras para garantir a qualidade dos bens adquiridos e, conseqüentemente, se obter proposta mais vantajosa para a Administração, será perfeitamente cabível a exigência de amostras.

Todavia, as decisões relativas ao julgamento das amostras apresentadas devem ser seguidas de motivação técnica, ou seja, através de parecer/laudo técnico de caráter objetivo, sem que haja subjetividade, preferências pessoais por determinadas marcas, por exemplo.

Não que haja vedação à indicação de marcas, muito pelo contrário, o que se busca é a devida justificativa técnica, conforme extraímos da Súmula nº 270/2012 – TCU: em licitações referentes a compras, inclusive de *softwares*, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação. Nesse sentido é o Acórdão nº 353/2023 – TCE/MT:

A preferência ou referência de marca em processo licitatório é permitida, desde que amparada e documentada por justificativas de ordem técnica, demonstrando-se ser aquela marca específica à única capaz de satisfazer o interesse público, sob pena de favorecimento que frustra o caráter competitivo [...].

Os entendimentos estão em consonância com o artigo 41 da Lei nº 14.133/2021 e artigo 7º, § 5º, da ainda vigente Lei nº 8.666/1993, que versa sobre a possibilidade de indicar marcas, desde que formalmente justificado.

Ademais, no que se refere à marca a NLLCA, em seu artigo 41, III, possibilita vedação a determinada marca ou produto, após regular processo administrativo, desde que respeite o contraditório.

Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente: [...]

III – **vedar** a contratação de **marca** ou produto, quando, **mediante processo administrativo, restar comprovado que produtos** adquiridos e utilizados anteriormente pela Administração **não atendem a requisitos indispensáveis** ao pleno adimplemento da obrigação contratual. (Grifamos)

3. PARECERES OBJETIVOS E MODELOS

Com efeito, para uma melhor compreensão e devido à importância do tema, destacamos pareceres técnicos extraídos de processos licitatórios:

- Pregão Eletrônico nº 1.005/2010:

O filtro bacteriológico é um material utilizado em circuito respiratório para pacientes em ventilação mecânica, visando impedir as passagens para as vias aéreas inferiores de microorganismos. Devem possuir capacidade de manter calor, baixa resistência ao fluxo ventilatório e controlar a umidade no sistema. **No Centro de Terapia Intensiva do nosso hospital, como rotina, mantemos troca deste material a cada 24 horas, conforme orientação do fabricante.** O material analisado da marca Intersurgical, item 17 do processo nº 23102500289/2009-66, menor preço no pregão eletrônico 1005/2010, **mostrou-se inadequado para utilização, pois em apenas 2 horas de uso, acumulou grande quantidade de água no sistema, levando a aumento significativo da resistência ao fluxo ventilatório do paciente,** e tornando-se meio de cultura. Além disto, não possui vedação própria para

que depois de aberto, ainda fora de uso, possamos garantir sua limpeza. Portanto torna inviável sua utilização rotineira no setor por 24 horas em um paciente. (Silva, 2010, fl. 878). (Grifamos)

- Pregão Eletrônico nº 1.006/2015:

Durante o período de testagem, o tubo extensor de 20 cm lesionou a pele do recém-nascido devido a sua conexão distal por luer lock com proteção fixa, dificultando seu encaixe no dispositivo intravascular. Além do defeito anteriormente, ao fixa o extensor, o protetor enroscado ocasionou uma pressão devido ao peso, levando a uma diminuição da irrigação sanguínea vascular facilitando o aparecimento de lesões na pele do recém nascido. O produto distal do tipo luer lock com tampa enroscada fixa é contra – indicado para uso em neonatologia, devendo ser por conexão tipo *luer slip* sem protetor enroscado. Produto não atende a especificação solicitada. (Morais, 2015, fl. 150) (Grifamos)

Todavia, apesar de a solicitação cumprir o desiderato de melhor aferir a qualidade do bem oferecido, o que nem sempre é possível pela mera definição descrita no edital ou pelas especificações nele contidas, precisamos ter ciência dos desafios, a exemplo da falta de recursos humanos qualificados para emissão de pareceres técnicos e a necessidade de critérios objetivos.

O ilustre Justen Filho (2021, p. 553) discorre que a análise das amostras deveria ser em conjunto, por uma pluralidade de indivíduos, sem comunicação entre si e sem identificação (marca) do produto a ser examinado.

Vale mencionar que, para evitar a subjetividade na análise das amostras, deverá haver um rigoroso gerenciamento de riscos e, nesse sentido, o Referencial de Prevenção à Fraude e Desvios – SC (2021), Risco 27, Direcionamento de etapas de amostras:

CAUSA	CONSEQUÊNCIAS	MEDIDAS DE TRATAMENTO PREVENTIVAS (anteriores aos riscos)	MEDIDAS DE TRATAMENTO MITIGATÓRIAS
<ul style="list-style-type: none"> - Subjetivismo dos responsáveis pela condução do teste; - Vedação de acompanhamento por outros licitantes. 	<ul style="list-style-type: none"> - Favorecimento de licitantes que tenham contato direto com os agentes públicos responsáveis pelo certame; - Contratação desvantajosa; - Questionamentos futuros, inclusive judiciais, sobre a licitação, com risco de anulação do contrato; - Responsabilidade civil, administrativa e criminal dos agentes públicos envolvidos na 	<ul style="list-style-type: none"> - Publicar, já no edital, as informações referentes à etapa das amostras, incluindo a possibilidade de acompanhamento por outros licitantes; - Recomendação de que a etapa de amostras seja gravada pela Administração Pública – que deverá ficar responsável pelo sigilo dos registros; - Orientar que o Parecer jurídico avalie a completude das 	<ul style="list-style-type: none"> - Avaliar a possibilidade de anulação e refazimento dos atos em caso de forte suspeita ou quando demonstrada violação à isonomia.

	licitação.	informações relacionadas à etapa de amostras.	
--	------------	---	--

Adaptado pelo autor, 2023.

Observamos no quadro acima que deverá disciplinada a exigência de amostras no instrumento convocatório, com regras claras e objetivas, tais como data, forma de avaliação, possibilidade de acompanhamento pelos interessados a fim de evitar consequências indesejadas.

Nesse sentido se manifestou TCU no Acórdão nº 1.285/2014 – 2ª Câmara de relatoria da Ministra Ana Arraes:

[...] 9.2.1. Possibilidade e **forma de participação** dos interessados, inclusive dos demais licitantes, no acompanhamento do procedimento de avaliação da amostra;

9.2.2. **Forma de divulgação**, a todos os licitantes, do período e do local da realização do procedimento de avaliação de amostras e do resultado de cada avaliação;

9.2.3. **Roteiro de avaliação**, com detalhamento de todas as condições em que o procedimento será executado, além dos critérios de aceitação da amostra e, conseqüentemente, da proposta do licitante;

9.2.4. **Cláusulas que especifiquem** a responsabilidade do contratante quanto ao estado em que a amostra será devolvida e ao prazo para sua retirada após a conclusão do procedimento licitatório. (Grifamos)

Vale citar recente decisão do TCU no Acórdão nº 1.865/2023 – Plenário da relatoria do Min. Benjamim Zimler:

[...] **ausência de definição de critérios objetivos e precisos** no subitem 8.11 do edital, **para avaliação acerca da forma de apresentação de amostras pelos licitantes, sem detalhamento de: (i) prazo adequado para entrega da amostra pelo licitante; (ii) forma de participação dos interessados, inclusive no acompanhamento do procedimento de avaliação da amostra; (iii) forma de divulgação (período, local e resultado da avaliação); (iv) roteiro de avaliação, com condições e critérios de aceitação da amostra; e (v) cláusulas que especifiquem a responsabilidade do ente contratante quanto ao estado em que a amostra será devolvida e ao prazo para sua retirada após a conclusão do procedimento licitatório, em desacordo aos princípios da publicidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal, do julgamento objetivo e da isonomia, nos termos do art. 3º da Lei 8.666/1993**, além da segurança jurídica, disposto no art. 2º da Lei 9.784/1999, e jurisprudência do TCU (Acórdão 2796/2013-TCU-Plenário, relator Ministro José Jorge, 1.491/2016-Plenário, relator Ministro-Substituto André de Carvalho, e 529/2018-Plenário, relator Ministro Bruno Dantas) [...].(Grifamos)

Pois bem, para ilustrar, segue exemplo de protocolo de avaliação de amostras de material de expediente, comum em qualquer repartição pública:

<p>A AVALIAÇÃO DAS AMOSTRAS SERÁ REALIZADA OBEDECENDO AOS SEGUINTE CRITÉRIOS:</p>
<p>Critério fundamental, em primeira fase, de caráter eliminatório;</p> <p>a) Todas as propostas, referentes a todos os itens, sem exceção, deverão estar rigorosamente de acordo com as especificações</p>

exigidas no Edital;

b) Todos os itens têm de estar rigorosamente de acordo com a proposta.

Critérios secundários também têm caráter eliminatório e serão avaliados mediante a realização de testes e/ou observações, quando necessário, visando à comprovação da qualidade do produto da licitante vencedora;

a) Conferência quanto à correspondência entre a amostra e a especificação constante do Edital (medidas, quantidades, atendimento da finalidade), objetivando verificar a compatibilidade entre a especificação técnica e o material cotado pelo licitante.

As amostras solicitadas deverão ser apresentadas, pela licitante vencedora, no máximo em 5 (cinco) dias úteis ao do recebimento da solicitação feita pelo pregoeiro, que se dará no máximo após 3 (três) dias úteis da realização do certame, em horário comercial, no setor de almoxarifado, sob pena de desclassificação.

Caso a licitante descumpra o prazo solicitado, o pregoeiro convocará a empresa classificada posteriormente e assim sucessivamente, até obter a amostra do item, para a realização dos testes pela equipe técnica.

RELAÇÃO DOS ITENS QUE PASSARÃO PELA REALIZAÇÃO DE TESTES E/OU OBSERVAÇÕES VISANDO À COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DO PRODUTO, DA LICITANTE VENCEDORA:

A aplicabilidade do teste se dará em condições normais (simulada no dia a dia dos usuários, ou seja, equipe de limpeza do CREMEPE).

O teste será realizad, após seguir

rigorosamente as instruções de uso do produto detalhadas na embalagem ou em local similar, quando trazidas pelo fabricante.

a. ITEM 03 – Apontador de Lápis

- Teste de Resistência da Amostra
 - Consistirá na utilização da amostra para apontar dois lápis até os seus terminos, ou seja, acabar toda madeira existente para consumo.
 - O apontador deverá suportar a pressão das mãos, não podendo se quebrar.
 - Será verificado ainda o estado da lâmina no término do teste, a qual deverá permanecer intacta.

b. ITENS 04 e 05 – Colas

- Será realizado um teste de colagem
 - A cola deverá apresentar resultado satisfatório de colagem em, no mínimo, 5 (cinco) minutos.
 - O teste será realizado utilizando-se duas fichas de cartolina 240 g/m e duas fichas de papel A4 75 g/m, ambas medindo 13 cm x 8cm, tendo, ambas, 95% de sua área coberta pela cola.
 - Após 24 horas, será novamente verificado se a colagem se mantém perfeita.

c. ITENS 06, 07 e 08 – Caneta Esferográfica.

- Testar possíveis falhas na escrita;
 - O teste terá duração de 5 minutos ininterruptos de riscos contínuos em folhas de papel A4.
- Verificação de acúmulo de tinta;
 - O teste será executado após o teste anterior, utilizando-se a

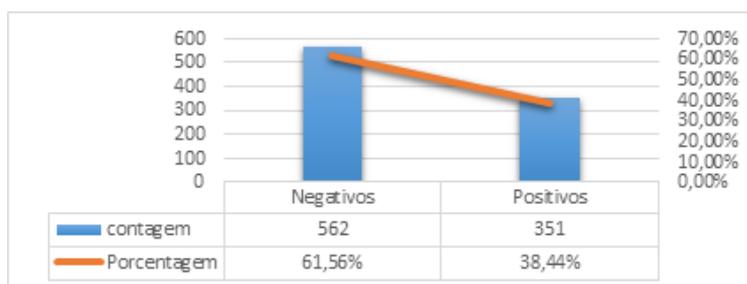
mesma caneta, que, com auxílio de uma régua, deverá fazer um risco sem deixar excesso de tinta a ponto de borrar ou danificar um trabalho.

- Conferência das medidas e fixação da carga e da tampa de fundo
- Verificar formato sextavado do tubo
- Verificação da data de validade

Fonte: CREMEPE - Processo nº 57/2022, adaptado.

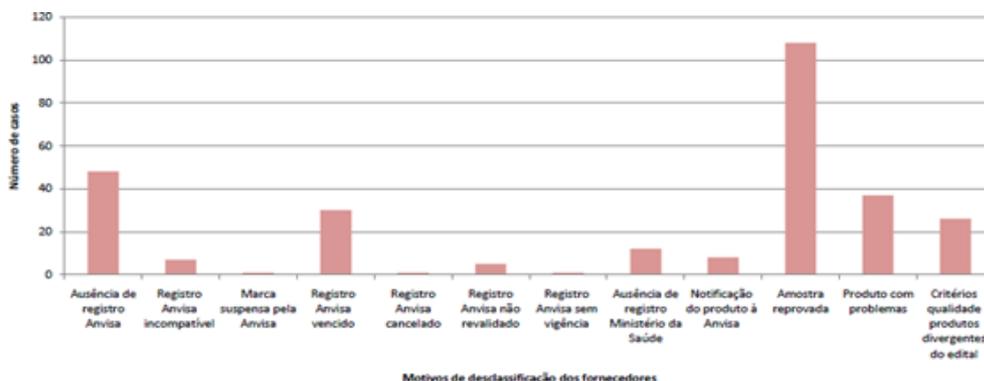
A tabela apresentada demonstra claramente um roteiro de avaliação com critérios objetivos, com detalhamento de todas as condições em que o procedimento será executado, o que deverá ocorrer para qualquer tipo de produto.

Com efeito, a análise de amostras é interessante, pois conforme podemos observar no gráfico abaixo, o qual contém 913 pareceres distribuídos entre positivos e negativos, relacionados à qualidade dos bens oferecidos nos pregões, que o número de amostras com baixa qualidade é maior, conforme a pesquisa:



Fonte: Gonçalves Filho, 2021.

Em outra pesquisa realizada por Cavalcanti e Martens (2013), sobre o quantitativo de casos de desclassificação dos fornecedores por indicadores de desvio de qualidade, constatou-se:



Fonte: Bolsa Eletrônica de Compras, Fazesp, 2012.

Com base nos gráficos apresentados, percebemos que a maior parte dos fornecedores foi desclassificada após rigorosa análise das equipes técnicas dos órgãos envolvidos nas pesquisas (no primeiro gráfico – 562 reprovações, já no segundo 108 casos). E tal motivo relacionou-se exatamente à qualidade dos produtos.

Portanto, vemos como são importantes práticas de gestão que possam contribuir para melhores aquisições públicas. Restou evidenciado ainda que caso as amostras não fossem solicitadas e testadas no decorrer dos processos licitatórios, os itens seriam adquiridos, o que certamente traria riscos operacionais e desperdícios de verba pública com produtos destituídos de qualidade.

4. MOMENTO DE EXIGIR AMOSTRAS

Interessante observar e definir o exato momento da solicitação de amostras, que poderá ser:

Previamente à licitação	*Fase da licitação	Artigo	Condição do licitante	Justificadamente
	Julgamento das propostas	(art. 17, § 3º)	*Provisoriamente vencedor	Sim
Pré-qualificação	Julgamento das propostas ou lances	(art. 41, II)	*Provisoriamente vencedor	Período de vigência do contrato ou da ata de registro de preços, desde que previsto no edital da licitação e justificada.
	Julgamento das propostas ou lances	(art. 42, § 2º)	*Provisoriamente vencedor	Após o julgamento, para firmar contrato.

Observamos novidades dispostas na Lei nº 14.133/2021, quanto ao momento de se exigirem amostras, quais sejam: vigência do contrato ou da ata de registro e, ainda, como condição para firmar o contrato.

Sobre esse tema, discorre muito claramente Souza (2021, p. 578). Como a exigência da amostra atrai a avaliação da qualidade e do desempenho do bem, desde que haja justificativa idônea, resta possível seu disciplinamento na fase de execução contratual. Souza (2021, p. 596) ressalta ainda que, no caso da exigência como condição para se firmar o contrato:

O mote da previsão é evitar antes da celebração do contrato possíveis falhas na execução, atrasos na entrega e/ou rescisões prematuras. Interessante observar que não havia, até então, lei que fixasse tal possibilidade, o que merecerá, quando do seu disciplinamento, motivação adicional, por se tratar de inovação e por inexistir balizamento sobre a forma como os órgãos de controle fixarão sua interpretação.

Carvalho (2023, p. 248) discorre que, em relação ao momento de apresentação das amostras, trata-se de ato discricionário da Administração que poderá, por conveniência e oportunidade, escolher qualquer das fases para as análises devidas.

Justen Filho (2021, p. 551) argumenta que se trata de uma inovação relevante o fato de se admitir o julgamento de amostras durante a vigência do contrato. Em tal hipótese, a diligência destinar-se-á não a avaliar a aceitabilidade da proposta, mas a verificar a compatibilidade do objeto com as condições contratuais.

Entendemos que a hipótese na vigência do contrato ou da ata de registro de preços se assemelha ao recebimento provisório descrito no artigo 140 da Lei, visto que a finalidade é a mesma, isto é, verificar a compatibilidade do objeto com as condições estabelecidas no instrumento convocatório.

5. CONCLUSÃO

Assim sendo, a solicitação de amostras, desde que definidas as etapas no instrumento convocatório, isto é, que sejam disciplinados os critérios técnicos e objetivos de avaliação das amostras, respeitando os prazos, sobretudo, os direitos dos interessados com o devido processo legal, trata-se de extraordinário mecanismo de gestão de riscos, pois afasta aquisições de produtos destituídos de qualidade diante da grande problemática encontrada em quaisquer órgãos da Administração Pública, já que é comum, porém não aceitável, encontrarmos materiais com pouquíssima durabilidade, ou seja, com curto desempenho na finalidade para a qual se propõe, como: copo descartável que quebra facilmente ou aquele copinho para café que (sem a espessura correta) venha derreter no momento do uso, caneta que falha ou lápis que quebra ao escrever, cartuchos para impressora com rendimento baixo ou qualidade ruim de impressão, aquisição de veículos cujo valor será bem maior a médio e longo prazo em razão dos custos de manutenção.

Vale destacar que, em pesquisa supramencionada sobre a eficácia de amostras, realizada em âmbito hospitalar, Gonçalves Filho (2021, p. 106) constatou, diante das respostas de gestores entrevistados, que 65,52% acreditam na eficácia dos testes realizados em amostras.

Logo diante da demonstração de argumentos sólidos de doutrinadores respeitados, de pesquisas sobre a temática (análise e teste de qualidade de produto) bem fundamentadas e, sobretudo das relevantes mudanças legislativas que afetarão significativamente o cenário das aquisições, deverá o gestor público colocar em prática todos os mecanismos possíveis para aquisições mais vantajosas, ponderando o melhor preço sob uma perspectiva de custo-benefício, prestigiando, sempre, a eficiência, a eficácia, a celeridade, a economicidade e, sobretudo, o interesse público.

REFERÊNCIAS

BRASIL, TCU. **ACÓRDÃO Nº 1.285/2014 – SEGUNDA CÂMARA**, DATA DA SESSÃO: 01/04/2014. RELATOR: ANA ARRAES.

BRASIL, TCU. **ACÓRDÃO Nº 1.445/2022 – PLENÁRIO**. DATA DA SESSÃO: 22/06/2022. RELATOR: AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI.

BRASIL, TCU. **ACÓRDÃO Nº 2.077/2011 – PLENÁRIO**. DATA DA SESSÃO: 10/08/2011. RELATOR: AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI.

BRASIL, TCU. **ACÓRDÃO Nº 2.368/2013 – PLENÁRIO**. DATA DA SESSÃO: 04/09/2013. RELATOR: BENJAMIN ZYMLER.

BRASIL, TCU. **ACÓRDÃO Nº 1.598/2006 – PLENÁRIO**. DATA DA SESSÃO: 30/08/2006. RELATOR: MARCOS BEMQUERER.

BRASIL, TCU. **ACÓRDÃO Nº 1.634/2007 – PLENÁRIO**. DATA DA SESSÃO: 15/08/2007. RELATOR: UBIRATAN AGUIAR.

BRASIL, TCU. **ACÓRDÃO Nº 849/2012 – PLENÁRIO**, SÚMULA Nº 270 DE 2012. DATA DA SESSÃO: 11/04/2012. RELATOR: JOSÉ MUCIO MONTEIRO.

ESTADO – (MT), TCE/MT. **ACÓRDÃO Nº 319/2023 – PLENÁRIO VIRTUAL**, DATA DA SESSÃO: 14/04/2023, RELATOR: CONSELHEIRO WALDIR TEIS.

CARVALHO, Matheus de; OLIVEIRA, João Paulo. ROCHA, Paulo Germano. **Nova Lei de Licitações Comentada e Comparada**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodvm, 2023.

CAVALCANTE, Anete Cristina Ferreira; BIANCOLINO, César Augusto; MARTENS, Cristina Dai Prá. **Qualidade Versus Economia Nas Aquisições Públicas de Produtos e Serviços de Saúde**. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/rahis/article/view/2166/1384>. Acesso em: 27 ago. 2023.

CRMPE, Conselho Regional de Medicina de Pernambuco. **Anexo I, termo de referência, pregão eletrônico, srp nº 25/2022, sistema de registro de preço processo nº 57/2022**. Disponível em:

https://sistemas.cfm.org.br/licitacao/arquivos/CRMPE/2022/termo_25-119550-10.pdf. Acesso em: 27 ago. 2023.

GONÇALVES FILHO, Fabio Vilas. **Casos concretos ocorridos em pregões eletrônicos e a pré-qualificação de materiais hospitalares: pré-requisito para controle de qualidade**. Curitiba: CRV, 2021. v. 1.

BRASIL. **Lei de nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF, 01 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. **Lei 10.520, de 17 de julho de 2002**. Modalidade de Licitação, Denominado Pregão, para Aquisição de Bens e Serviços Comuns. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jun. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 11 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Brasília, DF, 04 ago. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 12 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF, 30 jun. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm. Acesso em: 12 maio 2023.

DISTRITO FEDERAL (DF), Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, Sei/Gdf – 100354823 – **Projeto Básico**, 26/04/2023. Disponível em: https://www.saude.df.gov.br/documents/37101/0/SEI_GDF+-+100354823+-+Projeto+B%C3%A1sico.pdf/a0eb658c-434e-7d40-d003-67c96e336c50?t=1683721537470. Acesso em: 29 ago. 2023.

ESTADO DE SANTA CATARINA. Secretaria de Estado da Administração. **Governo do Estado lança Referencial de Prevenção à Fraude e Desvios nas Contratações Públicas**. Florianópolis, 2021. 1ª versão. Disponível em: <https://www.sea.sc.gov.br/blog/governo-do-estado-lanca-referencial-de-prevencao-a-fraude-e-desvios-nas-contratacoes-publicas/>. Acesso em: 10 maio 2023.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratações diretas sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à legislação de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública: fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012. p. 171.

MORAIS, J. **Enfermeira/neonatologia em parecer técnico referente ao Processo nº 23102.000819/2015-19**. Rio de Janeiro, fl. 150, 2015.

NEGÓCIOS PÚBLICOS. **Licitação. Indicação de Marca. Hipóteses admitidas**. 2015. Orientação Jurídica. Disponível em: <http://www.negociospublicos.com.br/>. Acesso em: 5 jun. 2016.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitações e contratos administrativos**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum,

2023.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA, N. R. Coordenadora da Fisioterapia da UTI Adulto do HUGG em **Parecer Técnico referente ao item 17 do pregão eletrônico nº 1005/2010**. Rio de Janeiro, 2010. Folha única.

SOUZA, Otavio Mariano Martins de. **Pregoeiro TCE-RJ**. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por OtavioMS@tcerj.tc.br em: 15 ago. 2021, não paginado.

SOUZA, Alyne Gonzaga. Comentários aos artigos 40/44 da Lei nº 14.133/21. *In*: SARAI, Leandro (org.). **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133/21 Comentada por Advogados Públicos. São Paulo: Ed. Juspodvm, 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 12. ed. São Paulo: Juspodvm, 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 14. ed. São Paulo: Juspodvm, 2023.

Como citar este texto:

FILHO, Fábio Vilas Gonçalves. Solicitação de amostras nos procedimentos licitatórios da Lei nº 14.133/2021. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 01 nov. 2023. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.