

AS EXIGÊNCIAS DE AMOSTRA E DE CARTA DE SOLIDARIEDADE NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Maria Augusta Rost

Advogada de Justen, Pereira, Oliveira e Talamini

1. Introdução

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição consagrou o princípio de que as exigências de qualificação técnica e econômicas nas licitações públicas devem restringir-se às indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Isso se aplica tanto no caso da exigência de amostra quanto de carta de solidariedade do fabricante.

2. Considerações gerais sobre amostra

Anteriormente ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas instituído pela Lei nº 12.642/2011, não havia previsão legal expressa quanto à exigência de amostra para aquisição de bens. Com a edição da Lei do Pregão (Lei nº 10.520), a forma de disputa produziu o aumento da competitividade entre os licitantes e a redução constante dos preços. Porém, a perda da qualidade dos bens objeto da licitação tem sido proporcional à busca pela redução dos custos.

A exigência de amostra foi a solução utilizada pela Administração para contornar esse “efeito colateral”. Afinal, cabe a ela o dever-poder de assegurar um padrão mínimo de qualidade na aquisição de bens e zelar pela adequação e satisfatoriedade da proposta escolhida.

2.1. Previsão legal da amostra

A Lei nº 12.462 inovou o ordenamento jurídico ao prever expressamente no inciso II do seu artigo 7º, a possibilidade da exigência de amostra para aquisição de bens pela Administração Pública. A norma em questão é clara no sentido de que a exigência de amostra somente é possível para as licitações que tenham por objeto a aquisição de bens. Isto exclui a possibilidade de se exigir amostra para comprovação de aptidão para execução de obras ou serviços.

Em regra, a amostra pode ser exigida em dois momentos. No procedimento de pré-qualificação e na fase de julgamento das propostas ou lances.

Sem vínculo a um procedimento licitatório específico, mas direcionado ao atendimento de requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação no âmbito do RDC, a dita “pré-qualificação permanente” é um dos quatro

procedimentos auxiliares da licitação, constante do artigo 29 da Lei do RDC e regulamentado no artigo 80 e seguintes do Decreto nº 7.581.

No tocante à pré-qualificação objetiva, esta se perfaz quando a Administração Pública identifica bens que atendam às suas exigências técnicas e de qualidade, dentro de limites e conforme critérios previamente estabelecidos. Para tanto, durante o procedimento auxiliar da pré-qualificação objetiva, a Administração poderá valer-se da amostra desde que justificada a necessidade de sua apresentação.

De acordo com o caput do artigo 83 do Decreto nº 7.581, a pré-qualificação será realizada mediante convocação dos interessados. Assim, caso a Administração repute necessária a avaliação específica e aprofundada para aceitação de um bem, deverá exigir amostra e prever todas as regras do respectivo procedimento, desde a apresentação até a sua avaliação. Insta salientar que a avaliação da amostra deverá pautar-se por critérios objetivos, previamente estabelecidos no ato convocatório. Ademais, é indispensável que o julgamento da amostra seja feito por sujeitos tecnicamente capacitados, observados os princípios da publicidade e da transparência.

Sem ressalvas, é certo que ao tratar da exigência de amostra no procedimento da pré-qualificação, o legislador inaugurou previsão expressa quanto à possibilidade de exigência de amostra não a título de habilitação, mas em procedimento conjunto (ou mesmo prévio) a esta.

Conforme retratado alhures, dispõe a Lei nº 12.462 que a amostra pode ser exigida também na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade da sua apresentação.

O ato convocatório deve conter todas as informações relevantes e pertinentes à licitação. Essa regra vale também no tocante à amostra. O Decreto nº 7.581, que regulamenta o RDC, prevê em seu artigo 8º que o instrumento convocatório definirá a exigência de amostra. Portanto, assim como na pré-qualificação é indispensável que o edital de licitação contenha todos os elementos para disciplinar a apresentação, avaliação e julgamento da amostra.

Em respeito aos princípios celeridade e economicidade, somente poderá ser exigida amostra do licitante classificado em primeiro lugar. Isso é ainda mais relevante no tocante à Lei nº 12.462, cuja estrutura normativa se presta justamente a agilizar e a ampliar a eficiência da licitação.

2.2. A imprescindível motivação na exigência de amostra

A pretensão à generalização da exigência de amostra pela Administração é um equívoco. Existe previsão expressa pela Lei nº 12.462, da necessidade de motivação do ato que determinar sua apresentação.

Questão crucial é definir quando será necessária a apresentação também de amostras como forma de demonstração do atendimento aos requisitos de qualidade mínima dos produtos ofertados. Isso ocorrerá sempre que o exame das amostras for imprescindível à avaliação de aspectos do produto ou bem que não possam ser demonstrados por prova documental pelos licitantes – ou mesmo pela apresentação de certificados de qualidade, como admite a Lei nº 12.462. Nesses casos, a Administração deverá demonstrar de forma motivada que a avaliação de amostras é essencial à aferição das características mínimas a serem observadas pelos licitantes com relação aos produtos ofertados.

3. Considerações gerais sobre carta de solidariedade

Outra inovação da Lei nº 12.462 é a previsão expressa da possibilidade de exigência de carta de solidariedade emitida pelo fabricante do bem. Reza o inciso IV do artigo 7º que no caso de licitação para aquisição de bens, a Administração Pública poderá solicitar, motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, nas hipóteses em que o licitante seja revendedor ou distribuidor.

A carta de solidariedade é o documento firmado pelo fabricante em favor do licitante, com o objetivo de estabelecer responsabilidade recíproca sobre o bem a ser fornecido em determinado processo licitatório.

3.1. Críticas à carta de solidariedade no âmbito da Lei nº 8.666 e Lei nº 10.520

As principais críticas contra a exigência de carta de solidariedade têm como base o disposto no artigo 3º, § 1º, inciso I da Lei 8.666. Reza o mencionado inciso que é vedada a inclusão de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação, e que estabeleçam preferências ou distinções em razão de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

No tocante às diversas modalidades de licitação instituídas anteriormente à edição do RDC, a doutrina preconiza que o artigo 13 do Decreto nº 3.555 não admite outras condições de habilitação além daquelas previstas nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/93, que se aplica subsidiariamente ao pregão, por força do artigo 9º da Lei nº 10.520. Ressalta-se que este entendimento consta de jurisprudência pacífica do Tribunal de Contas da União.

3.2. O argumento da inconstitucionalidade da carta de solidariedade no RDC

O *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 dispõe que a Administração Pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, observado o disposto nos incisos subsequentes. A segunda parte do citado artigo é de fundamental importância ao entendimento de que, em verdade, existe uma rede principiológica implícita consagrada em seus incisos.

Deste modo, da leitura do inciso XXI do artigo 37 da Constituição de 1988 depreende-se que a igualdade de condições entre os participantes de um procedimento licitatório e a compulsoriedade na observância pela Administração Pública de que as exigências de qualificação técnica e econômica devem restringir-se àquelas indispensáveis ao cumprimento das obrigações são mandamentos constitucionais revestidos de carga axiológica inafastável.

Isto posto, a exigência da carta de solidariedade inaugurada com a nova modalidade de licitação do RDC, deverá ser aplicada de modo a conciliar-se com o espírito da Constituição Federal de 1988.

3.3. O argumento a favor da carta de solidariedade e a compatibilização com a Constituição

Como mencionado, o inciso IV do artigo 7 da Lei nº 12.462, previu a possibilidade de a Administração solicitar carta de solidariedade emitida pelo

fabricante. Ressalte-se que, nos termos da Lei, o ato que estabelece a exigência do referido documento deverá ser obrigatoriamente motivado.

Os argumentos favoráveis à exigência descrevem que esta se revela como uma peculiaridade da própria licitação, a teor do disposto no artigo 40, inciso XVIII, da Lei nº 8.666, sem limitar o número de participantes. A imposição de apresentação da carta de solidariedade firmada pelo fabricante teria apenas o objetivo de estabelecer responsabilidade solidária entre eles relativamente ao bem a ser fornecido ao Estado e atestar a originalidade do produto.

Contudo, não é cabível a exigência de carta de solidariedade quando o objeto a ser adquirido pela Administração possa ser caracterizado como simples (ou não complexo). Ao exemplo de um lápis ou mesmo um veículo sem especificações diferenciadas que fujam aos modelos usualmente encontrados no mercado. Enfim, nos casos em que, pela natureza e características do produto licitado, a exigência de solidariedade não for essencial à garantia de futura execução do futuro contrato, não há como se prever a sua apresentação.

Mas a questão não se vincula apenas à natureza do próprio bem a ser fornecido. Sempre que especiais características técnicas ou tecnológicas do bem ou do mercado em que este é negociado indicarem ser imprescindível a responsabilização do próprio fabricante pelo produto fornecido ou pela sua manutenção, pode-se cogitar da exigência de carta de responsabilidade.

No âmbito da licitação do RDC, esse é o entendimento que deve prosperar sob pena de mitigação indevida da competitividade e consequente elevação dos preços para aquisição de bens pela Administração.

4. Conclusão

Ao tratar expressamente da exigência de apresentação de amostra e carta de solidariedade, a Lei nº 12.462 inovou o ordenamento jurídico.

No tocante à amostra, a exigibilidade de sua apresentação para as licitações destinadas à aquisição de bens é válida desde que comprovada a sua necessidade para a avaliação da aceitabilidade do objeto, fundada em métodos que ultrapassam o consenso ou padronização quanto aos requisitos técnico-científicos.

Com relação à carta de solidariedade, é cabível sua solicitação pela da Administração Pública na medida em que tal documento seja imprescindível ao futuro cumprimento do contrato administrativo – o que deverá ser igualmente objeto de motivação específica e objetiva pela Administração, como definido pelo Decreto nº 7.581.

Informação bibliográfica do texto:

ROST, Maria Augusta. As exigências de amostra e de carta de solidariedade no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 57, novembro de 2011, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].