ACÓRDÃO DA 1ª CAMARA	**:**	**AC01-G.RC-305/2014**
PROCESSO TC/MS	**:**	TC/8169/2013
PROTOCOLO	**:**	1417252
ÓRGÃO	**:**	FUNDAÇÃO DE CULTURA DE CORUMBÁ
RESPONSÁVEL	**:**	MÁRCIA RAQUEL ROLON
CARGO DO RESPONSÁVEL	**:**	DIRETORA PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO DE CULTURA DE CORUMBÁ
ASSUNTO DO PROCESSO	**:**	CONTRATO ADMINISTRATIVO N.º 12/2013
RELATOR	**:**	CONS. RONALDO CHADID

I – EMENTA:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. FORMALIZAÇÃO DO TERMO DE CONTRATO. REGULAR E LEGAL.

1. Procedimento licitatório realizado de acordo com as disposições estabelecidas pela Lei n.º 8.666/93.
2. Correta e tempestiva remessa de todos os documentos exigidos pela Instrução Normativa TC/MS n.º 35/2011.
3. Formalização do termo de contrato de acordo com as prescrições do art. 55, da Lei n.º 8.666/93.
4. Regular e legal.

II – RELATÓRIO

Os autos do processo eletrônico em epígrafe tratam de contratação pública – Contrato Administrativo n.º 12/2013 – realizada pelo Município de *Corumbá/MS*, através de processo licitatório deflagrado na modalidade Convite, para aquisição de alimentação preparada, tipo lanche, para atender à equipe participante da *Dança da Galera*, através da Fundação de Cultura de *Corumbá/MS.*

A avença pública foi celebrada com a empresa *Malo Alimentação e Serviços Ltda*, devidamente qualificada em instrumento contratual à peça virtual n.º 18; com prazo de vigência estabelecido em 60 (sessenta) a partir da assinatura do termo de assentimento; ao custo global de R$ 67.200,00 (sessenta e sete mil reais e duzentos).

Através de seu relatório de análise conclusiva, a equipe técnica vinculada a esta relatoria manifestou entendimento desfavorável à aprovação do processo licitatório e da formalização do instrumento contratual, por considerá-los em desconformidade com as normas de licitações e contratações públicas aplicáveis, por não ter havido a publicação do resultado do certame.

Por seu turno, o representante do Ministério Público de Contas lançou parecer à peça virtual n.º 41, opinando pela irregularidade e ilegalidade do certame e, por conseguinte, do contrato a que deu origem, em razão de uma, das três empresas convidadas a participar do certame, ter sido inabilitada por falta de regularidade fiscal.

É o relatório.

III – VOTOS

Conselheiro Ronaldo Chadid (Relator):

O feito encontra-se em ordem e maduro para julgamento. Pelas circunstâncias processuais, a proposta de julgamento exposta nas linhas seguir se restringirá aos aspectos relativos à regularidade e legalidade do processo licitatório deflagrado e do instrumento de contrato formalizado.

Com o respaldo das informações prestadas pela competente unidade de auxílio técnico vinculada a esta relatoria, pude observar, ao contrário do que afirmou o representante do Ministério Público de Contas nas razões de seu parecer, que o processo licitatório – Convite n.º 08/2013 – realizou-se em conformidade com as disposições estabelecidas pela Lei n.º 8.666/93, que estatui normas gerais para licitações e contratos administrativos.

O Ente licitante procedeu à correta e tempestiva remessa de todos os documentos indispensáveis à realização da fiscalização a cargo desta Corte de Contas, com previsão constante na Instrução Normativa n.º 35/2011, quais sejam, a indicação da existência de dotação orçamentária para a contratação; cópia do edital e seus respectivos anexos; o parecer jurídico sobre a licitação; a lei que estabeleceu o veículo oficial para a divulgação e sua respectiva publicação; o comprovante de publicação do aviso da licitação; a documentação de habilitação dos licitantes, dentre elas a Certidão Negativa de Débito com o INSS e a Certificação de Regularidade com o FGTS; cópias das propostas; bem como as atas de abertura e julgamento do pregão; os atos de adjudicação, homologação e a minuta do instrumento contratual.

Quanto à questão aventada pelo representante do Ministério Público de Contas acerca da necessidade de repetição do ato em virtude da ausência de três propostas válidas, a exemplo do que já fiz em outros casos, não o acompanharei do raciocínio apresentado.

Compartilho a tese defendida por *Joel Menezes Niehbur*[1], que considera equivocada a aplicação do entendimento sumulado pelo TCU que, contrariando a disposição do artigo 22, § 7.º[2], da Lei n.º 8.666/93, exige de pronto a repetição do convite quando não forem apresentadas aos menos três propostas válidas. Não vejo esta exigência como a mais adequada ao atendimento do interesse público e dos princípios que regem as contratações públicas.

Vejo perfeitamente possível o prosseguimento do certame quando não observado o número mínimo de propostas, se, para tanto, for comprovado o desinteresse das empresas convidadas ou, por exemplo, as limitações do mercado, ainda que ambas as situações sejam sabidamente de difícil conceituação legal.

No caso dos autos, a despeito da relativa trivialidade dos produtos licitados (gêneros alimentícios), fato que, em princípio, afastaria a alegação de limitação de mercado, restou comprovado, através dos documentos acostados, o pleno atendimento dos requisitos exigidos em lei. Foram convidadas três empresas atuantes no mercado e todas manifestaram interesse e apresentaram suas propostas. Ocorreu, entretanto, que uma delas foi inabilitada por falta de regularidade fiscal.

Não me parece razoável, então, impor à Administração Municipal de *Corumbá* o dever de repetição do processo licitatório em virtude da falta de regularidade fiscal de uma das empresas convidadas, tampouco declará-lo irregular e ilegal e aplicar multa regimental à Autoridade Ordenadora de Despesas em razão disso.

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental n.º 615.230[3], apresentou entendimento que divergiu daquele

[1] Advogado em Florianópolis (SC), doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP, mestre em Direito pela UFSC, professor convidado de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, da Escola do Ministério Público de Santa Catarina e de diversos cursos de especialização em Direito Administrativo.
[2] § 7º Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção o número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.
[3] Relator: Ministro Nilson Naves. Sessão realizada em 21/06/2007.

exarado pelo TCU, no que se refere à imposição prescrita pelo artigo 22, § 7.º, da Lei Nacional de Licitações e Contratos. O STJ manifestou-se favoravelmente à regularidade do convite quando, a exemplo do que ficou demonstrado no caso examinado nestes autos, forem convidados três ou mais licitantes cadastrados, ainda que um ou dois sejam inabilitados. Opondo-se ao entendimento da Corte de Contas da União, o relator decidiu da seguinte forma:

> Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 horas (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.'
> [...]
> Evidente, então, que o número três nele constante é referente aos convidados, não aos habilitados. Daí porque, convidados três licitantes, mesmo que apenas um deles reste habilitado, o certame terá prosseguimento normal.'
> [...]
> O insurgente apenas insiste na necessidade de haver três proponentes habilitados para a validade do certame licitatório, e não apenas três convocados, isto com base em entendimentos doutrinários, sem sustentar uma antítese à altura da fundamentação contida no aresto impugnado.
> [...]
> Ora, se a própria norma estabelece claramente as exigências da licitação na modalidade convite, não cabe ao intérprete, por mais ilustre e digno de consideração que seja, ampliar as mesmas.

No âmbito das Cortes Estaduais de Contas, destaco o posicionamento apresentado pelo Conselheiro *Eduardo Carone Costa*, do Tribunal de Contas Mineiro, quando em resposta à consulta n.º 778.098, que indagava sobre a possibilidade de prosseguimento do convite em caso de recebimento de duas propostas e posterior habilitação de apenas um dos licitantes. Vejamos:

> Nesse caso, segundo o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, seria válido posicionamento simétrico ao esposado na Consulta supracitada:
> 'Se à licitação comparecer apenas um interessado, deve-se apurar sua habilitação normalmente. Se habilitado, sua proposta será examinada tal como ocorreria se outros disputantes houvesse. Não há óbice algum a que lhe seja adjudicado o objeto da licitação, em sendo regular sua proposta, pelo fato de inexistirem outros interessados. O mesmo ocorrerá se vários comparecerem mas apenas um for habilitado.' (Curso de direito administrativo.26. ed. São Paulo:

> Malheiros, 2009, p. 587)
> [...]
> Na lição do eminente jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, proposta válida é "aquela que efetivamente concorre com as demais, atendendo o seu formulante às condições de habilitação e ofertando, nos termos requeridos no convite, o produto pretendido em preço razoável." (Contratação direta sem licitação. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 90).
> Em outras palavras, uma proposta válida pressupõe a concorrência de três requisitos:
> a) habilitação do proponente (art. 27 e seguintes da Lei n. 8.666/93);
> b) a proposta deve atender às exigências do ato convocatório (art. 48, I);
> c) a proposta não pode conter valor global superior ao limite estabelecido ou preços manifestamente inexequíveis (art. 48, II).
> [...]
> Dessarte, recomenda a boa prática que, nas licitações sob a modalidade Convite, o administrador convoque número expressivo de participantes, em relação ao mercado disponível e, além disso, publique o ato convocatório na imprensa oficial.
> Tais procedimentos se prestam a garantir que o universo de licitantes seja consideravelmente atingido, pelo menos em tese, podendo ainda sustentar eventual justificativa de prosseguimento do certame, caso sejam obtidas menos de três propostas válidas.
> A propósito, vale ressaltar que esta circunstância - não obtenção do número mínimo de licitantes - deverá obrigatoriamente ser justificada nos autos do respectivo processo licitatório, sob pena de repetição do convite, nos termos do § 7º do art. 22 da Lei n. 8.666/93.
> [...]
> Em suma: se proceder o administrador, ao licitar por Convite, com todas as cautelas aqui recomendadas, e ainda assim um número inferior a três licitantes comparecer apresentando proposta válida, será possível contratar com um desses ofertantes, se devidamente justificada e comprovada nos autos a configuração de uma das excepcionalidades previstas no art. 22, § 7º, do Estatuto Nacional de Licitações e Contratos.
> A par disto, convém anotar que, se, à mesma licitação, não acudirem interessados (nenhum licitante com proposta válida), estar-se-á diante da hipótese de dispensa prevista no art. 24, V, da Lei n. 8.666/93, uma vez comprovados outros requisitos, a saber:
> a) risco de prejuízo determinado ou agravado pela demora inerente à repetição do certame;
> b) afastamento desta possibilidade de prejuízo pela contratação direta;
> c) manutenção das condições anteriormente estabelecidas no edital"

Pelas razões e precedentes demonstrados, coloco-me ao lado do entendimento mais recente do STJ e do Tribunal de Contas de Minas Gerais, em detrimento do que fora estabelecido pelo TCU, por considerar que a imposição da necessidade de repetição do convite, em razão da não obtenção de três

propostas válidas, sujeita o ente responsável pela licitação a uma cautela desnecessária, além de resultar em prejuízos financeiros e em importante impedimento para o alcance do objetivo primaz da administração, o interesse público.

Igualmente de acordo com os ditames legais e regulamentares está a formalização do instrumento contratual, eis que regularmente celebrado com a empresa *Malo Alimentação e Serviços Ltda*, fazendo constar as cláusulas necessárias, previstas no Art. 55 da Lei n.º 8.666/93[4], visto que estabelece com clareza os direitos e obrigações das partes, assim como as condições para sua execução.

Noto, portanto, consoante às disposições insertas no Estatuto de Licitações e Contratos, bem como os preceitos de direito público que, sabidamente, regulam as contratações celebradas pela administração pública, que todas foram plenamente atendidas, o que torna forçoso a proclamação de julgamento favorável ao processo licitatório e à formalização do presente contrato.

São as razões que fundamentam o voto.

---

[4] Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
I - o objeto e seus elementos característicos;
II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
VIII - os casos de rescisão;
IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação

À força do exposto, em desalinho com o r. parecer exarado pelo representante do Ministério Público de Contas e sob o fundamento legal contido no Art. 311, inciso I e no Art. 312, inciso I, 2.ª parte, ambos do RITC/MS; profiro meu **VOTO** da seguinte forma:

I – Pela **REGULARIDADE e LEGALIDADE** do processo licitatório – Convite n.º 08/2013; e da formalização do instrumento de Contrato n.º 39/2012, celebrado entre o Município de Corumbá e a empresa Malo Alimentação e Serviços Ltda; pelo atendimento das disposições contidas nos artigos 54, usque 64, da Lei n.º 8.666/93;

II – Pela **PUBLICAÇÃO** do resultado deste julgamento, nos termos do artigo 50, inciso I, da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012;

III – Pela **REMESSA DOS AUTOS** à 5.ª Inspetoria de Controle Externo, para acompanhamento e análise a execução financeira, nos termos do Art. 317, da Resolução Normativa n.º 057/06;

É o voto.

Conselheiro *José Ricardo Pereira Cabral:*

Com o relator.

Conselheiro *Waldir Neves Barbosa:*

Com o relator.

IV – ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Conselheiros da 1.ª Câmara do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, sob a presidência do Excelentíssimo Conselheiro *Ronaldo Chadid*, na 3.ª Sessão Ordinária, de 1.º de abril de 2014, na conformidade da ata de julgamentos n.º 03, por unanimidade de votos, nos termos do relatório e voto do Conselheiro Relator; em declarar a **REGULARIDADE e LEGALIDADE** do processo licitatório – Convite n.º 08/2013; e da formalização do instrumento de Contrato n.º 39/2012, celebrado entre o Município de Corumbá e a empresa Malo Alimentação e Serviços Ltda; pelo atendimento das disposições contidas nos artigos 54, usque 64, da Lei n.º 8.666/93; em **PUBLICAR** o resultado deste julgamento, nos termos do artigo 50, inciso I, da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012; e em **REMETER** os autos à 5.ª Inspetoria de Controle Externo, para acompanhamento e análise da execução financeira, nos termos do Art. 317, da Resolução Normativa n.º 057/06. DISCUSSÃO: Nesta oportunidade ninguém fez uso da palavra; DECISÃO: Aprovado, por unanimidade, o relatório e voto do Conselheiro Relator.

Participaram, ainda, deste julgamento: Excelentíssimos Senhores Conselheiros *José Ricardo Pereira Cabral* e *Waldir Neves Barbosa*, bem como do Representante do Ministério Público de Contas, Procurador de Contas Dr. *João Antônio de Oliveira Martins Júnior.*

Publique-se.

Campo Grande – MS, 1.º de abril de 2014.

Ronaldo Chadid
Conselheiro Relator