DECISÃO SINGULAR	**:**	**DSG-G.MJMS-4858/2014**
PROCESSO TC/MS	**:**	TC/119157/2012
PROTOCOLO	**:**	1368648
ÓRGÃO	**:**	PREFEITURA MUNICIPAL DE ANTÔNIO JOÃO
ORDENADOR DE DESPESAS	**:**	LUCIA REGINA DA CRUZ BUTKEVICIUS
CARGO DA ORDENADORA	**:**	PREFEITA
ASSUNTO DO PROCESSO	**:**	CONTRATO ADMINISTRATIVO Nº 107/2012
RELATORA	**:**	CONS. MARISA JOAQUINA MONTEIRO SERRANO
CONTRATADO	**:**	SUPERMERCADO KAIO LTDA ME
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	**:**	CONVITE Nº 064/2012
OBJETO DA CONTRATAÇÃO	**:**	AQUISIÇÃO DE LEITE PASTEURIZADO TIPO C, ACONDICIONADO EM EMBALAGEM ORIGINAL, COM REGISTRO DO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA SIF E, DATA DE VALIDADE ESTAMPADO NA EMBALAGEM PARA SEREM UTILIZADOS NA MANUTENÇÃO DA MERENDA ESCOLAR DOS ALUNOS MATRICULADOS NA REDE MUNICIPAL DE ENSINO E NAS DEMAIS SECRETARIAS MUNICIPAIS.
VALOR INICIAL DA CONTRATAÇÃO	**:**	R$ 38.645,64

CONTRATO – AQUISIÇÃO DE LEITE – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – FORMALIZAÇÃO – 1ª E 2ª FASES – AUSÊNCIA DE NÚMEROS DE PROPOSTAS VÁLIDAS – IRREGULARES E ILEGAIS – MULTA REGIMENTAL.

Referem-se os autos ao **CONTRATO nº 107/2012,** celebrado em 31 de julho de 2012, pela **Prefeitura Municipal de Antônio João/MS**, neste ato representada pela então Prefeita Sra. Lucia Regina da Cruz Butkevicius, com a firma Supermercado Kaio Ltda. ME, com o intuito de adquirir leite pasteurizado tipo C, acondicionado em embalagem original de fabrica, para serem utilizados na manutenção da Merenda Escolar dos alunos matriculados na Rede de Ensino e nas demais Secretarias Municipais.

A 6ª Inspetoria de Controle Externo em análise processual constatou algumas irregularidades, então vejamos:

- Deixou de encaminhar – comprovante da publicidade do Extrato do Contrato;

- Não foi observado – a exigência de pelo menos três propostas válidas, para a modalidade convite, a menos que exista justificativa para possível limitação do mercado, nos termos da súmula nº 248 do TCU.

Ao examinar a documentação apresentada o corpo técnico observou que apenas 02 (duas) propostas, assim, entendeu necessária a notificação do órgão, a fim de se manifestar, peça 19.

Intimados na forma regimental os responsáveis pelo órgão (peças 21/22). Em resposta, a ex-Prefeita Sra. Lucia Regina da Cruz Butkevicius e o atual Prefeito Sr. Selso Luiz Lozano Rodrigues apresentaram suas manifestações acompanhadas de documentos – peças 31-33, alegando em síntese:

> "Quanto às propostas das empresas Supermercado Kaio Ltda. e Supermercado Kunh Ltda., terem sido desclassificadas, e não consideradas para efeito de participação no processo de licitação sob o comento, passo a argumentar como segue:
>
> A Corte de Contas analisou como irregulares e ausentes no ato de licitação, as empresas que foram desclassificadas no decorrer do certame.
>
> Os itens sob análise do atencioso auditor, ou seja, infringência do § 7° do art. 22 da Lei 8.666/93 e alterações, data máxima vênia, é todo rigoroso, pois, tenta suportar a arguição de ausência de legitimidade da participação de empresa no certame, que por motivos diversos não atenderam a todos os requisitos solicitados no edital, descaracterizando o certame na modalidade licitação escolhida. (....)
>
> Cabe acrescentar ainda, que a obrigatoriedade da licitação (elencada no texto constitucional), estendida como aquela que traduz em maior vantagem à administração pública, (....) Em razão disso, o ente jurídico público tem a possibilidade legal e formal de se utilizar de meios e procedimentos em que formalidades possam ser suprimidas ou substituídas por outras, a exemplo da contração realizada. Essa flexibilidade em nada se amolda à discricionariedade, pois, o legislador determinou as hipóteses em que aplicam os procedimentos licitatórios simplificados.
>
> A Contratação aos moldes executados, não se afastaram dos princípios básicos que norteiam a administração pública, tão pouco caracteriza livre atuação do administrador público, mas consagrou elementos importantes como à existência de um procedimento administrativo (formalização do processo (convite n° 064/2012) aos moldes da IN. Norm. n° 017/2000 e Res. Norm. n° 035/2000), bem como a vinculação estatal as funções inerentes.
>
> Disso se entende-se que o convite, com participação efetiva de mais de três licitantes, apesar das inabilitações, não se amolda aos questionamentos utilizados pelos técnicos dessa Corte de Contas, que trataram a contratação como ato isolado ou total ausência de licitação. Ao contrario, os documentos observaram todas as formalidades pertinentes e precedentes ao ato

> administrativo, com as cautelas legais de formalidade (processo administrativo Convite n° 064/2012), da legalidade (documentação comprobatória), ou seja, tudo em consonância com as normas básicas de direito administrativo e finanças públicas.
>
> Em termos práticos observou o TCU em algumas decisões:
>
> "O processo administrativo pelo qual a administração pública - sem escolher uma das modalidades de licitação previstas no art. 22 da Lei n" 8.666/1993 - realiza pesquisa de preço s no mercado é também procedimento licitatório, pois objetiva a contratação da empresa que oferecer a melhor proposta." (Acórdão n'^ 100/2003 - Plenário, rel. Min . Marcos Bemquerer).
>
> Entende-se então, que esse procedimento prévio (pesquisa de mercado presente no processo de Convite n. 064/2012), sob análise, destina-se a dois objetivos, tratando de apurar e comprovar o preenchimento dos requisitos básicos do edital, a albergar uma futura contratação, e por outro buscou selecionar a melhor proposta possível, com observância do princípio da isonomia, não significando autorizar escolhas meramente subjetivas, em detrimento do número de participantes regulares no certame.
>
> Face as argumentações expendidas, fica claro que os procedimentos utilizados pelo gestor dos recursos públicos à época estão em consonância com a legislação atinente a administração pública, em nada se amoldando aos questionamentos levantados pelos técnicos dessa Egrégia Corte de Contas."

Ato continuo, o processo foi encaminhado à Inspetoria competente para reexame. Desta forma, verificou que a justificativa apresentada não supre as falhas detectadas, e vai ao desencontro com as exigências da modalidade de licitação. Observou ainda que, por prudência, deve-se convidar as empresas que se encontram cadastradas e que apresentam total regularidade no cadastro de fornecedores do órgão licitante. Acreditou ainda, que existem outros mercados na região, aptos para atender tal demanda.

Desta forma, aviou a Análise Conclusiva de peça 34, onde opinou:

> "Diante do exposto, **opinamos pela irregularidade e ilegalidade do procedimento licitatório e do instrumento de contrato** (1ª fase), e encaminhamos o presente caderno processual ao Ministério Público de Contas, nos termos do Artigo 308 da Resolução Normativa TC/MS n.º 057/06." (destaque nosso).

Os autos foram para exame do Ministério Público de Contas que observou que na modalidade Convite, quando inalcançado o número mínimo de 03 (três) propostas aptas à seleção, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados. Notou ainda, que no caso em apreço, analisando a ata de abertura e julgamento encartada à peça 11, verifica-se a habilitação de somente dois licitantes, fato este que demandaria a repetição do ato, o que não aconteceu.

Além do defeito apontado pela equipe técnica, esta Procuradoria de Contas verificou outro, consubstanciado na publicação irregular do aviso de licitação, a qual se deu, conforme se depreende do documento encartado à folha 8 da peça 6, se deu através da afixação em mural.

Logo, emitiu seu Parecer corroborando com o entendimento da equipe técnica, peça 36, e concluiu:

> "I – Pela ILEGALIDADE e IRREGULARIDADE do procedimento licitatório e da formalização do Contrato Administrativo nº 107/2012, com lastro nas disposições insculpidas no art. 311, inciso I, c/c art. 312, inciso II (primeira parte), ambos da Resolução Normativa TC/MS nº 057 de 7 de junho de 2006.
>
> II – Pela APLICAÇÃO DE MULTA ao responsável, pela prática de ato com grave infração à norma legal, com lastro no artigo 197, incisos II, da Resolução Normativa TC/MS nº 057 de 7 de junho de 2006."

Os autos vieram a esta Relatoria para decisão.

É o breve RELATÓRIO.
Passo a DECIDIR.

Verifico por meio da documentação apresentada que examina-se neste processo o **CONTRATO nº 107/2012**, oriundo do Procedimento Licitatório, realizado por meio da modalidade **CONVITE nº 064/2012**, realizado pelo **Município de Antônio João/MS** com a firma **Supermercado Kaio Ltda. ME**.

Do exame do feito, constato que a discussão do caso mantém-se nas: ausência da participação no certame do número mínimo de três interessados com propostas válidas, e, a afixação em mural do convite ou edital.

Após as manifestações dos órgãos de apoio, noto que ambos detectaram as irregularidades e opinaram pela Ilegalidade e Irregularidade da 1ª e 2ª FASES, uma vez que mesmo dando oportunidade para as autoridades responsáveis sanarem a irregularidade, isso não ocorreu.

Com alicerce no artigo 112 do Regimento Interno desta Corte, as autoridades responsáveis foram mais uma vez notificados, a fim de regularizar as falhas apontadas, peça 37. Desta forma, apresentaram suas justificativas acostadas às peças 43 - 47, onde, no que se refere às 03 (três) propostas válidas, em síntese alegaram:

> “Há que se observar ainda que o convite foi estendido a 03 (três) empresas, ditas do Município, posto não termos mais empresas dessa natureza na localidade (fornecimento de gênero alimentício perecível). Note-se aliás, importante destacar, que a justificativa veio sim aos autos, devidamente ilustrada na Ata de Abertura e da Habilitação das Propostas, que transcrevo a seguir:
>
> "ATA DE RECEBIMENTO E ABERTURA DOS ENVELOPES DE HABILITAÇÃO E DE PROPOSTAS - CLASSIFICAÇÃO FINAL - CONVITE
> [..... Conforme o art. 22. § 3", da lei n° 8.666/93, não foi atendido o número mínimo de 3 três participantes , no entanto no mesmo artigo § 7°, da Lei n" 8.666/93, cita duas exceções a essa regra "quando, por limitações de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite." Assim a CPL entende que se foram entregues os convites a 03 (três) empresas contendo condições de habilitação e somente duas empresas manifestaram interesse na participação do presente certame, ficou caracterizado o manifesto desinteresse dos demais convidadas].”

Entretanto, o que se observou foi que os responsáveis nas justificativas e as argumentações apresentadas não regularizaram a irregularidade detectada, uma vez que o objeto do contrato – aquisição de Leite Pasteurizado tipo C, não é um item difícil de encontrar no mercado, sendo possível a realização de uma nova licitação.

No caso, é notória a posição do TCU quanto a esse procedimento, através da Súmula nº 248, vejamos:

> SÚMULA Nº 248: Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do art. 22, da Lei nº 8.666/1993.

No entanto, no que se refere à publicação do aviso de licitação, que se deu através de afixação em mural, entendo que a justificativa apresentada pelas autoridades responsáveis tem fundamentação legal, uma vez que o § 3º do artigo 22 da Lei Federal nº 8.666/1993 dispõe:

> Art. 22 – São modalidades de licitação:
>
> I – concorrência;
> II – tomada de preços;
> **III – convite**;
> IV – concurso;
> V – leilão
>
> § 3º - Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao sue 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 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas. (grifo nosso).

Ademais, filio-me aos posicionamentos exauridos pela 6ª ICE e pelo representante do MPC, ante a afronta as normas legais e regimentais pertinentes à matéria.

Ante ao exposto, observadas as formalidades e requisitos legais aplicáveis à matéria, **DECIDO** no seguinte sentido:

1- Pela **ILEGALIDADE** e **IRREGULARIDADE** do Procedimento Licitatório, através da modalidade de **Convite nº 064/2012**, com fulcro no artigo 10, inciso II e § 3º, inciso IV, a c/c o artigo 120, inciso I, a – ambos do RI/TCE/MS;

2- Pela **ILEGALIDADE** e **IRREGULARIDADE** da **FORMALIZAÇÃO** do **Contrato nº 107/2012**, celebrado entre a Prefeitura Municipal de Antônio João/MS e a firma Supermercado Kaio Ltda. ME, com base no artigo 10, inciso I e §3º, inciso V c/c o artigo 120, inciso II - ambos do Regimento Interno desta Corte;

3- Pela aplicação de **MULTA** regimental no valor de **30 (trinta) UFERMS,** à responsável Sra. Lucia Regina da Cruz Butkevicius, ex-Prefeita Municipal de Antônio João, de conformidade com o artigo 10, § 1º, inciso III do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, c/c os artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 160/2012;

4- conceder prazo regimental para que se comprove o recolhimento da multa imposta ao Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul – FUNTC, com base no artigo 83 da LC nº 160/2012, sob pena de execução;

5- comunicar o resultado do julgamento às autoridades administrativas competentes, nos termos do artigo 50 da Lei Complementar nº 160/2012.

6- Determino a remessa destes autos ao Cartório para providências regimentais.

É como DECIDO,
Campo Grande, 25 de setembro de 2014.

Conselheira MARISA SERRANO.
R E L A T O R A

mcr