DELIBERAÇÃO AC00 - 235/2017

PROCESSO TC/MS	: TC/24544/2012/001
PROTOCOLO	: 1606182
TIPO DE PROCESSO	: RECURSO
ÓRGÃO	: SANESUL - EMPRESA DE SANEAMENTO DE MATO GROSSO DO SUL SOCIEDADE ANÔNIMA
RECORRENTE	: JOSÉ CARLOS BARBOSA
RELATOR	: CONS. JERSON DOMINGOS

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – ACORDÃO – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO CONVITE – IRREGULARIDADES – MULTA – CONHECIMENTO – LIMITAÇÃO DE MERCADO – MANIFESTO DESINTERESSE DOS CONVIDADOS – FORMALIZAÇÃO CONTRATUAL REGULAR – PROVIMENTO.

É considerado regular o procedimento licitatório na modalidade convite quando há menos de 3 (três) participantes, na hipótese de manifesto desinteresse de convidados, ou quando há limitações de mercado na localidade, razão pela qual se dá provimento ao recurso ordinário.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 26ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, de 5 de outubro de 2016, ACORDAM os Senhores Conselheiros, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em conhecer o recurso, interposto pelos Sr. José Carlos Barbosa e, no mérito, pelo provimento do pedido formulado pelo recorrente, a fim de declarar legais e regulares as fases correspondentes ao procedimento licitatório e à formalização do Contrato Administrativo nº 68/2012 e afastar a multa aplicada.

Campo Grande, 5 de outubro de 2016.

Conselheiro **Jerson Domingos** – Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro **Jerson Domingos** – Relator:

Referem-se estes autos ao Recurso Ordinário proposto pela Sr. José Carlos Barbosa, ex-diretor Presidente da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul, em face da decisão proferida pela Colenda 2ª Câmara do Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul através do Acórdão AC02-G.MJMS-699/2014., como se vê:

> "VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos, na 15ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, proferida no dia 14 de outubro de 2014, em conformidade com a ata de julgamento, por unanimidade de votos ACORDAM, os Senhores Conselheiros, nos termos do relatório e voto da Conselheira Relatora em: 1) Declarar IRREGULAR e ILEGAL o Procedimento Licitatório Convite n. 010/2012 (1ª fase), nos termos Artigo 120, inciso I, da Resolução Normativa 76/2013; 2) Declarar IRREGULAR e ILEGAL a Formalização do Contrato Administrativo n. 068/2012 (2ª fase), nos termos do Artigo 120, inciso II, da Resolução Normativa 76/2013; 3) Aplicar multa regimental no valor de 50 (cinquenta) UFERMS, ao Ordenador de Despesas Senhor José Carlos Barbosa, nos termos do artigo 44, inciso I, da Lei Complementar nº 160/2012, c/c o artigo 170, inciso I, do Regimento Interno TCE/MS; 4) Pela concessão do prazo regimental, para que o responsável recolha o valor da multa ao Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul – FUNTC, o que faço de conformidade com o artigo 83 da Lei Complementar n.160/2012, comprovando nos autos no mesmo prazo, sob pena de execução; 5) Comunicar o resultado do julgamento às Autoridades Administrativas competentes, com base no artigo 50 da Lei Complementar n. 160/2012. V - Presidiu a Sessão a Excelentíssima Senhora Conselheira Marisa Joaquina Monteiro Serrano. Participaram do julgamento, Excelentíssimo Senhor Conselheiro Iran Coelho das Neves e Conselheiro-Substituto Leandro Lobo Riberio Pimentel. Presente o Representante do Ministério Público de Contas Excelentíssimo Senhor Procurador de Contas Dr. Terto de Moraes Valente."

Em suas razões, o recorrente sustenta que o artigo 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93, não determina que sejam apresentadas 03 (três) propostas válidas na modalidade Convite, mas sim que sejam convidados três interessados para participar do certame licitatório. Alega, ainda, que na região onde foram prestados os serviços não havia grande número de prestadores de serviços, o que restaria demonstrado por um e-mail da Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul.

Finaliza, requerendo: "*{...} seja recebido o recurso ordinário, distribuído ao festejado Conselheiro, para que assim seja reformada a aplicação de multa no valor de 50 UFRMS, decorrente do Acórdão da 2ª Câmara: AC02-G. MJMS – 699/2014".*

O presente recurso foi recebido pelo Presidente desta Corte de Contas, diante da presença dos requisitos exigidos à tramitação – peça 3, tendo determinado sua distribuição para minha relatoria.

De posse dos autos e diante dos documentos encaminhados pelo recorrente, determinei a remessa à 3ª ICE que emitiu a análise ANA nº 21604/2015 do presente recurso nos seguintes termos:

> "Pelo exposto, como subsídio técnico a ser utilizado pelo juiz do feito, opinamos pelo improvimento do recurso, mantendo-se na íntegra a decisão recorrida (Acórdão AC02-G. MJMS-699/2014)."

Por conseguinte, o Ministério Público de Contas emitiu o parecer nº 10062/2016 (peça 7), concluindo pelo conhecimento do Recurso Ordinário e pelo não provimento, mantendo-se todos os comandos inalterados do Acórdão nº AC02-G.MJMS-699/2014, em todos os seus termos.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro **Jerson Domingos** – Relator:

Através do presente Recurso Ordinário regularmente recepcionado pelo Presidente desta Corte de Contas, o Sr. José Carlos Barbosa, ex-diretor Presidente da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul, em face da decisão proferida pela Colenda 2ª Câmara do Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul através do Acórdão AC02-G.MJMS-699/2014, que declarou ilegais e irregulares as fases correspondentes ao procedimento licitatório e à formalização do Contrato Administrativo nº 68/2012, por não terem sido apresentadas três propostas válidas na licitação realizada sob a modalidade convite

O recorrente aduz em síntese, que o art. 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93 não determina que sejam apresentadas três propostas válidas na modalidade Convite, mas sim que sejam convidados três interessados para participar do certame licitatório. Alega, ainda, que na região onde foram prestados os serviços não havia grande número de prestadores de serviços, o que restaria demonstrado por um e-mail da Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul (fl. 15 da peça digital 01).

Pois bem, de uma análise detida nos autos, cumpre discorrer um pouco sobre o que dispõe a normas e legislações sobre o questionamento em epígrafe.

Conforme definição prevista na própria Lei n. 8.666/93, convite "é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela unidade administrativa [...]"[1] . Utilizada para a realização de obras e serviços de engenharia cujo teto corresponda ao valor de R$150.000,00 e para compras e serviços até o limite de

[1] Art. 22, §3º, da Lei n. 8.666/93

R$80.000,00, tal modalidade licitatória se distingue pela simplicidade dada às fases e à publicação dos atos que a compõem.

Questão controversa, que merece destaque no estudo do convite, é a da possibilidade de se continuar a licitação no caso de serem apresentadas propostas em número inferior ao imposto pelo art. 22, § 3º, da Lei n. 8.666/93.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 328), ao destacar o conteúdo do Enunciado de Súmula nº. 248[2] do Tribunal de Contas da União salientou que:

> "[...] essa orientação há de ser entendida em termos que a tornem compatível com o art. 22, § 7º, da Lei n. 8.666/93, segundo o qual "**quando por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados**", for impossível à obtenção de número mínimo de licitantes exigidos no §3º deste artigo três licitantes, essas circunstâncias **deverão ser devidamente justificadas no processo**, sob pena de repetição do convite. Tal posicionamento coaduna com o defendido por Joel Menezes Niehbur." *(grifo nosso)*

Tal posicionamento coaduna com o defendido por Joel Menezes Niehbur (2011), que igualmente considera ser equivocada a aplicação atual do entendimento sumulado pelo TCU. Em desalinho com o disposto no art. 22, § 7º, da Lei n. 8.666/93, a Corte de Contas vem exigindo de pronto a repetição do convite quando não forem apresentadas ao menos três propostas válidas. De acordo com o entendimento doutrinário, seria possível prosseguir com o certame, mesmo quando não observado o número mínimo de propostas, desde que fique provado o manifesto desinteresse dos licitantes convidados ou as limitações do mercado[3] — termos legais de difícil conceituação.

Quando vigia o decreto-lei 2.300/86, revogado pela lei 8.666/93, o Tribunal de Contas da União, posicionou-se no sentido de ser necessária a repetição do convite sempre que não comparecessem ao menos três licitantes. Explicitava caber à administração:

> (...) discernir quanto à necessidade ou não de ser o CONVITE repetido mais de uma vez, no caso de não obtenção, nas duas convocações anteriores, do número mínimo legal de três propostas aptas à seleção, tendo sempre presente que o procedimento adotado há que garantir a legitimidade do certame, com o atendimento dos princípios básicos consagrados na Constituição Federal (art. 37) e no DL n.º 2.300/86 (art. 3º). Isto sem prejuízo da faculdade que tem a Administração de ampliar o universo da competição, adotando a Tomada de Preços ou a Con-

[2] Enunciado de Súmula n. 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 n. 8.666/1993."

[3] Caracterizado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como: "a inexistência de empresas que atendam às exigências impostas no edital pela Administração".

> corrência no lugar do Convite, nos termos do art. 21, § 2º, do citado DL n.º 2.300/86.[4]

Dessa discussão, decorria duas questões ou a Administração esmerava-se para conseguir a participação de três licitantes, o que nem sempre era possível, ou então optava pela Tomada de Preços ou pela Concorrência, encarecendo o custo da contratação.

Buscando encerrar dito celeuma, a Lei 8.666/93, que revogou o Decreto 2.300/86, estatuiu em seu art. 22, § 7º, a seguinte regra:

> §7º. 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.

Sobre o tema, Joel de Menezes Niehbur (2011) destaca que:

> "É muito difícil demonstrar limitação de mercado ou desinteresse de convidados, que é algo, por vezes, em tudo subjetivo. Em razão disso, muitos têm dúvidas a respeito do que serviria de justificativa para o não atendimento ao convite por no mínimo três licitantes. Com efeito, a justificativa baseada em limitações de mercado pressupõe a realização de convite em relação a objeto que somente possa ser executado por poucas pessoas, em mercado estrito, o que é algo, atualmente, excepcional. **A Administração também pode alegar que na praça da licitação atuam poucas empresas, o que serve a pequenos municípios distantes de grandes centros urbanos**..." *(grifo nosso)*

Salientamos que a justificativa quanto às **limitações de mercado** resulta do fato de não se ter na praça, ou seja, na localidade em que se realiza o certame, opções de pessoas em quantidade suficiente à obtenção do número mínimo de três; ou de pessoas que, por alguma razão, não atendam às exigências da Administração.

Quanto ao **manifesto desinteresse dos convidados**, a justificativa decorre de própria omissão dos licitantes. Contudo, deve a Administração demonstrar que as cartas-convite foram regularmente expedidas e comprovadamente recepcionadas pelos licitantes escolhidos e convidados.

Portanto, havendo a devida justificativa, seja quanto às limitações de mercado ou ao manifesto desinteresse dos convidados, prossegue-se a licitação com número de licitantes inferior ao mínimo legal.

No caso em tela, observa-se que o recorrente juntou nos autos a cópia do e-mail encaminhando à Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul- JUCEMS

[4]BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n. 56/92. Plenário. Ata 10/92. DOU 18 de março de 1992. p. 3516. In: NÓBREGA, Airton Rocha. **Repetição do convite**. P. 1. Disponível em: http://www.neofito.com.br/artigos. Acesso em: 14 jun. 2005.

informando que havia um número reduzido de empresas do segmento contratado na Região Norte do Estado.

DISPOSITIVO

Por todo o exposto, e por tudo que dos autos constam, **VOTO**:

1- Pelo **CONHECIMENTO** do presente Recurso Ordinário por se fazerem presentes os requisitos objetivos de admissibilidade, atendidas assim, as exigências do artigo 66, I e artigo 69 da Lei Complementar nº 160/2012 c/c o artigo 151, III, "a" e artigo 152, §3º, I da Resolução Normativa nº 76/2013;
2- Pelo **PROVIMENTO**, à súplica em questão, reformando o Acórdão nº AC02-G.MJMS-699/2014, a fim de declarar legais e regulares as fases correspondentes ao procedimento licitatório e à formalização do Contrato Administrativo nº 68/2012 e afastar a multa aplicada.
3- Pela **COMUNICAÇÃO** do resultado deste julgamento aos interessados, nos termos do artigo 50 da Lei Complementar TC/MS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, nos termos do voto do Relator, pelo conhecimento do recurso e no mérito, pelo provimento do pedido formulado pelo recorrente.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos.
Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros José Ricardo Pereira Cabral, Iran Coelho das Neves, Marisa Joaquina Monteiro Serrano e Ronaldo Chadid.
Presente o Exmo. Sr. José Aedo Camilo, Procurador de Contas.

Campo Grande, 5 de outubro de 2016.

Conselheiro **JERSON DOMINGOS**
Relator

GAB.ACBO
SETAC.ASC/HON