DELIBERAÇÃO AC00 - G.RC - 1086/2015

PROCESSO TC/MS	: TC/67186/2011/001
PROTOCOLO	: 1457977
ÓRGÃO JURISDICIONADO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE TRES LAGOAS
RECORRENTE	: MÁRCIA MARIA SOUZA COSTA MOURA DE PAULA - PREFEITA
TIPO DE PROCESSO	: RECURSO ORDINÁRIO
RELATOR	: RONALDO CHADID

I – EMENTA:

RECURSO ORDINÁRIO – CONHECIMENTO E PROVIMENTO.

1. Pelo **CONHECIMENTO** do Recurso Ordinário interposto pela Senhora Márcia Maria Souza Costa Moura de Paula, Prefeita Municipal de Três Lagoas/MS, porque presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade - a via eleita – recurso ordinário -; a observância ao prazo de interposição - tempestividade -; e a capacidade da parte recorrente – legitimidade ativa;
2. Pelo **PROVIMENTO** ao recurso, reformando integralmente a Decisão Simples n. 389/2013, proferida pela 2ª Câmara desta Corte de Contas, nos autos 67186/2011**,** para: **a** - declarar como **REGULAR** procedimento licitatório – Convite n. 108/2011, realizado em conformidade com o disposto no art. 22, § 3º, e a formalização do respectivo Termo de Contrato n.228/2011 de acordo com o art. 55, ambos da Lei Nacional n. 8.666/93; **b** – Afastar a **MULTA** imposta no item 2, da Decisão que ora se modifica;

II – RELATÓRIO:

O presente processo refere-se ao Recurso Ordinário interposto pela Senhora Márcia Maria Souza da Costa Moura de Paula, Prefeita Municipal de Três Lagoas/MS, inconformada com os termos da Decisão Simples n. 389/2013, proferida pela 2ª Câmara desta Corte de Contas, nos autos 67186/2011, que à unanimidade de votos, nos termos do relatório e voto da Conselheira-Relatora e acolhendo o parecer do Ministério Público de Contas, declarou irregular e ilegal

o procedimento licitatório e a formalização contratual e lhe aplicou multa.

Em suas razões a recorrente, pede vênia para discordar da decisão proferida *no sentido da aplicação da multa pelo processo não ter cumprido o disposto na Lei n. 8.666/93.*

Apoiando-se inicialmente na Súmula 248[1] do Tribunal de Contas da União, aduziu que "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, ressalvada as hipóteses previstas no §7°, do artigo 22, da Lei No 8.666/93", e em seguida reproduziu os termos do citado artigo e seus §§ 3º e 7º, para, em síntese, objetar o *decisum* que não caminhou no sentido expresso da norma, destacando que não existe a necessidade de que sejam habilitados três convidados para a validade do procedimento, mas que três, no mínimo, sejam os convidados a participar do certame, podendo, ao final, apenas um ser classificado sem que isso represente nulidade a exigir que outro Pregão seja realizado.

Colacionou doutrina de Marçal Justen Filho e ainda jurisprudências do TRF/1ªR; STF; e STJ, todas avalizando sua tese de que não se pode exigir o que a lei não exige, ou seja, que a classificação de uma só das três empresas convidadas é o suficiente especialmente porque esta empresa apresentou preços compatíveis com o mercado e que inexistiam outros interessados na praça, (...).

Finalizou que mesmo *tendo sido apresentada apenas uma proposta válida, o processo licitatório desenvolveu-se em estrita observância aos requisitos legais relativos à carta-convite, com a efetiva prestação dos serviços contratados e sem causar prejuízo ao erário, (...)*, e destacou que não houve qualquer atitude de má-fé, desídia intencional e dolosa de desvio de conduta, dilapidação do erário público ou manifesta intenção de causar lesão ou de tê-lo causado aos cofres públicos, e assevera que o processo licitatório se revestiu de todas as formalidades legais, requerendo o acolhimento e provimento do recurso com a anulação da multa.

Dito recurso foi recepcionado pelo Presidente desta Corte de Contas

[1] SÚMULA Nº 248 - TCU

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.

que determinou sua distribuição a este Conselheiro para relatar e de posse dos autos e diante da ausência de documentos junto com as razões postas, determinei a remessa dos autos ao Ministério Público de Contas que emitiu o Parecer n. 2836/2015, relatando os termos do recurso proposto, aduzindo em preliminar ser o mesmo tempestivo e cabível, e quanto ao mérito, manifestou entendimento de que as alegações trazidas *não são passíveis de aceitação por esta Corte*, passando a fundamentar dito posicionamento.

Disse o Ministério Público de Contas, que a Súmula 248 do TCU consagrou entendimento mais benéfico à Administração Pública e asseverou *verbis:*

> O Tribunal de Contas da União se posicionou nesse sentido exatamente para evitar situações (já detectadas diversas vezes por essa Corte) ditas "de fachada", nas quais são convidadas três empresas, sabendo-se de antemão que apenas uma tem condições de fornecer o produto ou executar o serviço. Ou mesmo, situações em que não está presente a má-fé, mas o nível de competição verificado no certame é baixo, e existem outras empresas, não convidadas, aptas a participar da licitação.

Indo adiante em sua ponderação, destacou o Ministério Público de Contas que a finalidade da Súmula 248 é *evitar o direcionamento do objeto a determinadas empresas, dificultando, de certa forma, a burla ao procedimento licitatório.* Entende que a Lei n. 8.666/93, exige três propostas válidas e que no tocante ao §7º, artigo 3º desta lei, *a recorrente não comprovou nos autos as justificativas pertinentes.*

Prosseguiu seu parecer afirmando que:

> Não obstante durante a fase de instrução do feito ter a recorrente aduzido a limitação do mercado como acima de destaca e ter havido posicionamento no sentido de ser essa justificativa plausível, atendo-se detidamente à documentação anexada aos autos, denota-se que, de fato, não houve comprovação correta a respeito, até porque os itens adquiridos são comercializados por inúmeras empresas e têm características simples, portanto, não há como aceitar a tese de "limitação de mercado" alegada, até porque o município de Três Lagoas é bem estruturado nesse sentido.

Concluiu seu parecer entendendo que a recorrente não se desincumbiu em demonstrar que, efetivamente, não havia no município de Três Lagoas 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, e nestes casos, a justificativa haveria de ser "*expressa e induvidosa",* o que não restou demonstrado no processo.

Assim, se pronunciou no sentido de que a Corte de Contas julgue *pelo conhecimento e* ***IMPROVIMENTO*** *do Recurso Ordinário*. É o relatório.

III – VOTO:

O tema em debate neste Recuso Ordinário está centrado no fato de que, no momento em que lançou o certame, a recorrente encaminhou três convites a eventuais interessados no concurso, visando aquisição de mobiliário que menciona.

Restou demonstrado nos autos principais que efetivamente houve o recebimento do convite por três interessados, e que os três apresentaram suas propostas, mas somente uma foi admitida e homologada.

Na dicção da recorrente, no momento em que esta Corte de Contas, através da 2ª Câmara, decidiu que a homologação de uma única empresa feriu preceito legal conflagrado na Lei n. 8.666/93, mais pontualmente em seu §7º do art. 22, e por essa razão declarou irregular e ilegal o procedimento licitatório e a formalização contratual e lhe aplicou multa, não agiu de forma acertada, porque entende que a lei em comento não se refere a que se tenha homologada proposta de três convidados para sua validade, mas sim que se comprove que foram expedidos no mínimo três convites e que igualmente no mínimo três tenham participado do Certame.

Assegura que é nesse sentido o posicionamento adotado pelo Tribunal de Contas da União através da Súmula n. 248, que já se encontra em referência e não como entendeu a 2ª Câmara, de que para a validade do procedimento três haveriam de ser habilitadas, e colacionou jurisprudência e doutrina em sua direção.

De outro vértice o Ministério Público de Contas em seu parecer firmou posicionamento contrário ao expendido quando do julgamento

originário, e aduziu que a decisão proferida deveria ser mantida uma vez que, tanto a Súmula 248 do TCU, quanto o preceito contido no art. 22, § 7º da Lei 8.666/93, buscam evitar direcionamento de resultados nessa modalidade de procedimento licitatório – Modalidade Convite -, e que diante da ausência de três convidados habilitados, novo certame haveria de ser iniciado, ou que justificativas plausíveis fossem apresentadas pelo Administrador público permitindo entendimento de que, efetivamente, na praça local, não havia mais interessados, e que esse é o entendimento desta Corte de Contas.

Diante deste descompasso de entendimento sobre o tema, entendo dever trazer algumas ponderações que irão, mais adiante, auxiliar no voto que apresentarei.

Em primeiro lugar, destaco que a redação dada ao § 3º do art. 22[2] da Lei Federal n. 8.666/93, não abre lugar a outra interpretação que não no sentido de que os convites devem ser encaminhados *em número mínimo de 3 (três)*, além de estender aos demais cadastrados na correspondente especialidade possibilidade de se manifestarem quanto a seu interesse em participar com antecedência de 24 (vinte e quatro) horas da data determinada para apresentação das propostas.

Em segundo lugar, na dicção do § 7º do citado art. 22 da mesma norma federal, poderá ocorrer que, seja por limitações do mercado ou ainda por desinteresse dos convidados, não se obtenha o número mínimo de 3 (três) licitantes como exigidos no § 3º, e nestes casos, haverá a Comissão de Licitação de justificar no processo às circunstâncias de tal situação, *sob pena de repetição do convite.*

---

[2] Art. 22. São modalidades de licitação:

§ 3º 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 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 7º Quando, por limitações do 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.

Essas duas posições legais conduzem, sem sombra de dúvidas, a dois momentos que podemos considerar como iniciais do procedimento Carta-Convite:

O primeiro, quanto a ser obrigatória a remessa de um número mínimo de 3 (três) convites;

O segundo, quanto a eventual ausência de comparecimento dos convidados a cumprirem o número mínimo de 3 (três).

Assim, no primeiro caso não poderá haver o procedimento licitatório sem a remessa de, no mínimo 3 (três) convites e no segundo caso, existe uma possibilidade de que desse número mínimo, apenas um ou dois compareçam, e neste caso, para que haja prosseguimento, a Comissão haverá de colacionar justificativas plausíveis, caso contrário, novo convite terá de ser realizado.

Nesse sentido, e me prendendo ao presente processo, restou demonstrado que foram enviados os três convites mínimos exigidos pela lei, e que no dia e hora designados para o recebimento dos envelopes, compareceram as três empresas convidadas, e ato contínuo, abertos os envelopes com os documentos de habilitação.

Demonstram igualmente os autos que restou configurado ter somente uma empresa preenchido os requisitos legais e editalícios, sendo que as outras duas foram inabilitadas por ausência de citados documentos.

Essas informações constam da Ata acostada aos autos principais às f. 55/56, e consta ainda da mesma que houve desistência de prazo recursal por ambas as empresas não habilitadas, o que gerou a homologação da única que cumpriu os requisitos legais.

Assim postas estas questões que entendo de natureza visceral ao entendimento do processo, e observando as razões recursais, me inclino a acompanhar a recorrente quanto a seu pleito, uma vez que o comparecimento das três empresas convidadas e a classificação de apenas uma não é caso de nulidade como apontado pelo Ministério Público de Contas em seu parecer que, aliás, difere do que foi proferido no curso processual onde foi favorável à regularidade.

De igual maneira me ponho em desalinho com a Decisão Simples n. 389/2013, proferida pela 2ª Câmara desta Corte de Contas, nos autos 67186/2011, porque entendo ausentes os pressupostos legais a que a mesma se mantenha como proferida.

Como supedâneo desse posicionamento colaciono doutrina do Insigne Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que em seu festejado livro Curso de Direito Administrativo[3], ao tratar do assunto afirma:

> Simetricamente às hipóteses de comparecimento de um único licitante ou de haver um único habilitado, se, por desclassificação das propostas, **restar uma única em condições de ser admitida, o julgamento far-se-á normalmente**. (grifei)

Sob a mesma matéria e aspecto, trago ainda o escólio do Prof. Marçal Justen Filho[4], *verbis:*

> **Não é compatível com a Lei o entendimento de que o número mínimo de três deverá ser apurado em relação às propostas válidas**. Alguns têm afirmado que, inexistindo número igual ou superior a três propostas válidas, a licitação deverá ser repetida. Ou seja, o problema não seria de dirigir o convite para três licitantes, mas de ser por eles atendido.
>
> Em primeiro lugar, não é possível subordinar a validade da licitação à escolha, totalmente subjetiva e arbitrária, dos particulares a quem foi dirigido o convite. Se os particulares não desejarem apresentar proposta **ou se o fizerem em termos inadequados, não se pode atribuir a consequência da automática invalidação do certame.**

Prossegue o Professor Marçal, ao comentar o que dispõe o art. 48, § 3º, em análise conjugada ao art. 22, § 3º da Lei 8.666/93:

> Em suma, a expressa referência à figura do convite, contida no art. 48, § 3º, **impõe o raciocínio de que a licitação deverá continuar normalmente quando existir pelo menos uma proposta válida e formalmente aceitável.** (grifei)

[3] Curso de Direito Administrativo – 29ª ed. Malheiros Editores Ltda – 01.2012 – p. 616
[4] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 14ª ed. Dialética - p. 268

Obviamente que não estou ignorando o posicionamento adotado pelo Tribunal de Contas da União, materializado na Súmula n. 248, cujo texto afirma que *não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, impõem-se a repetição do ato (...)*, mas ouso dissentir porque o texto legal não propendeu a essa interpretação, mas sim, repiso, a eventual ausência do comparecimento de três convidados no momento do recebimento e abertura dos envelopes e ir além seria legislar onde não se legislou ou ainda regulamentar o que a lei não previu.

Destaco, porque na mesma linha que aqui defendo a jurisprudência colacionada pela recorrente às f. 06, cujo texto aqui esgrimo, *verbis:*

> 3.2. A lei e a doutrina do direito administrativo são unânimes ao dizer que, na modalidade de licitação através de convite, o número mínimo de três nela fixado se refere aos convocados e mesmo que apenas um esteja em condições de habilitação perfeita, o processo de licitação pode prosseguir e estará válido (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 11ª edição, pág. 397; Lúcia Valle Figueiredo, licitação, pág. 75; Adilson A. Dalari, Aspectos jurídicos da licitação, 2' edição, págs. 49/50 e Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª edição, pág. 185).
> Assiste razão ao Desembargador Vidal Coelho, que bem concluiu o seguinte:
> **'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 r. aresto impugnado. Tal fato impede o acesso da irresignação à Superior Instância (incidência da Súmula 283 da Corte Suprema). Por outro viés, a divergência doutrinária não se enquadra nas hipóteses de admissão do recurso especial.
> **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"**
> (Supremo Tribunal Federal, min. Carlos Velloso, inquérito policial n° 504-mg, pleno, dju de 27.05.1994, pág.

13.186). (...) (TJPR - DEN 0098820-1 – (13137) 1ª C.Crim. - Rel. Des. Oto Sponholz - DJPR. 16.04.2001.

Colaciono mais uma recente jurisprudência editada pelo Superior Tribunal de Justiça, onde manifesta posicionamento no sentido de que uma única empresa foi classificada e foi o suficiente para a contratação:

> **ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg no AREsp 544361 SP 2014/0151929-6 (STJ)**
>
> Data de publicação: 13/03/2015
>
> **Ementa:** ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **LICITAÇÃO - MODALIDADE CONVITE**. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL. INEXISTÊNCIA DO ATO DE IMPROBIDADE. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA. 1. Em observância ao princípio do in dubio pro societate, a petição inicial da ação civil pública só será rejeitada quando constatada a "inexistência do ato de improbidade, a improcedência da ação ou a inadequação da via eleita". 2. Hipótese em que a instância ordinária - soberana na apreciação da matéria fático-probatória - concluiu pela inexistência do ato de improbidade face à manifesta legalidade no procedimento licitatório realizado pelo município. 3. A prova documental demonstrou que: (i) o valor do bem adquirido pela prefeitura admite a realização de **licitação** na **modalidade convite**; **(ii) foi encaminhado o número mínimo de convites estabelecido na legislação e (iii) a documentação apresentada pela empresa vencedora não continha qualquer irregularidade.** 4. A reforma do acórdão recorrido, quanto à existência dos indícios da prática do ato de improbidade, demandaria o reexame do substrato fático-probatório dos autos, o que é inviável no âmbito do recurso especial, a teor do disposto na Súmula 7/STJ. 5. Agravo regimental desprovido.

Por todo o exposto e contrariando o parecer da lavra do Ministério Público de Contas e diante das provas obtidas junto ao processo principal

TC/MS n. 67186/2011, dando conta de que houve a remessa de três convites e que compareceram as três empresas convidadas com suas documentações e que somente uma restou classificada e que ambas as desclassificadas desistiram de praticar recursos a que teriam direito, e mais ainda, a prova de que o preço praticado pela empresa vencedora estava de acordo com o mercado, consoante consulta de preços praticada antes de iniciado o certame – f. 07/14 dos autos principais -, **VOTO: I –** Pelo **CONHECIMENTO** do Recurso Ordinário interposto pela Senhora Márcia Maria Souza Costa Moura de Paula, Prefeita Municipal de Três Lagoas/MS, porque presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade - a via eleita – recurso ordinário -; a observância ao prazo de interposição - tempestividade -; e a capacidade da parte recorrente – legitimidade ativa;**II –** Pelo **PROVIMENTO** ao recurso, reformando integralmente a Decisão Simples n. 389/2013, proferida pela 2ª Câmara desta Corte de Contas, nos autos 67186/2011**,** para: **a -** declarar como **REGULAR** procedimento licitatório – Convite n. 108/2011, realizado em conformidade com o disposto no art. 22, § 3º, e a formalização do respectivo Termo de Contrato n.228/2011 de acordo com o art. 55, ambos da Lei Nacional n. 8.666/93; **b** – Afastar a **MULTA** imposta no item 2, da Decisão que ora se modifica;

Conselheiro: José Ricardo Pereira Cabral

Com o relator.

Conselheiro: Iran Coelho das Neves:

Com o relator.

Conselheira Marisa Joaquina Monteiro Serrano:

Com o relator.

Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo:

Com o relator.

Conselheiro Jerson Domingos:

Com o relator.

IV - ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acórdão os Conselheiros membros do Tribunal Pleno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, sob a presidência do Conselheiro Presidente Waldir Neves Barbosa, na 020ª Sessão Ordinária do dia 23 de setembro de 2015, e em conformidade com a ata de julgamento, à unanimidade de votos, nos termos do voto do Conselheiro Relator, Ronaldo Chadid, em julgar: VOTOU nos seguintes termos: I) pelo conhecimento do recurso ordinário, interposto pela Senhora Márcia Maria Souza Costa Moura de Paula, Prefeita Municipal de Três Lagoas, porque presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade a via eleita recurso ordinário, a observância ao prazo de interposição, tempestividade e a capacidade da parte recorrente legitimidade ativa; II) pelo provimento ao recurso, reformando integralmente a Decisão Simples nº 02/0389/2013, proferida pela 2ª Câmara desta Corte de Contas, nos autos TC-67186/2011, para: II.1) declarar como regular procedimento licitatório convite nº 108/2011, realizado em conformidade com o disposto no artigo 22, § 3º e a formalização do respectivo termo de contrato nº 228/2011, de acordo com o artigo 55, ambos da Lei Nacional nº 8.666/93; II.2) afastar a multa imposta no item "2" da Decisão que ora se modifica; III) pela intimação e publicação dos julgamentos, nos moldes do artigo 50, inciso II e artigo 65, ambos da lei Complementar Estadual nº 160/2012; DISCUSSÃO: Nesta oportunidade ninguém fez uso da palavra; DECISÃO: Aprovado, por unanimidade o relatório e voto do Conselheiro Relator. Participaram do julgamento os Conselheiros: Waldir Neves Barbosa – Presidente; Ronaldo Chadid – Relator; José Ricardo Pereira Cabral; Iran Coelho das Neves; Marisa Joaquina Monteiro Serrano; Osmar Domingues Jeronymo e Jerson Domingos e o Dr. José Aêdo Camilo – Procurador Geral de Contas.

Publique-se.

Campo Grande-MS 23 de setembro de 2015.

Ronaldo Chadid
Conselheiro Relator

twa