DELIBERAÇÃO AC00 - 3495/2019

PROCESSO TC/MS	**:** TC/2271/2013/001
PROTOCOLO	**:** 1609766
TIPO DE PROCESSO	**:** RECURSO
ÓRGÃO	**:** PREFEITURA MUNICIPAL DE ANTÔNIO JOÃO
RECORRENTE	**:** LÚCIA REGINA DA CRUZ BUTKEVICIUS
RELATOR	**:** CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – ACÓRDÃO – LICITAÇÃO – CONVITE – CONTRATO ADMINISTRATIVO – APENAS UMA EMPRESA QUALIFICADA PARA PARTICIPAR DO CERTAME LICITATÓRIO – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA NÃO REPETIÇÃO DA LICITAÇÃO – IRREGULARIDADE – APLICAÇÃO DE MULTA – RAZÕES RECURSAIS – IMPOSSIBILIDADE DE REPETIR O CONVITE – LIMITAÇÕES DO MERCADO OU MANIFESTO INTERESSE DOS CONVIDADOS – SÚMULA N.º 248 DO TCU – DESINTERESSE DAS EMPRESAS CONVIDADAS – REGULARIDADE – EXCLUSÃO DA MULTA – PROVIMENTO.

No que tange à irregularidade da ausência de repetição do certame quando não obtido o número mínimo de 3 (três) propostas apta à seleção, a despeito do teor da Súmula n.º 248 do TCU, a obrigação de repetir o Convite desaparece quando a Administração, justificadamente, demonstra que a impossibilidade decorreu em razão de limitações do mercado ou manifesto interesse dos convidados, situação que se enquadra em uma das hipóteses previstas no art. 22, § 7º, da Lei de Licitações, a qual desonera a administração de repeti-lo, e comprovado que o convite foi estendido a 5 (cinco) empresas e somente uma manifestou interesse na participação.

No tocante à proteção do interesse público pela Administração, analisado o caso concreto e verificado que a imposição da necessidade de repetição do certame sujeita o ente responsável pela licitação à cautela desnecessária, cuja medida resultaria em prejuízos temporais e financeiros, deve ser declarada a regularidade do procedimento licitatório realizado na modalidade Convite e da formalização do Contrato Administrativo decorrente que observou os requisitos legais, excluindo a multa imposta ao recorrente pela infração afastada.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 35ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, de 27 de novembro de 2019, ACORDAM os Senhores Conselheiros na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em **conhecer e dar provimento** ao Recurso Ordinário interposto pela Sra. **Lúcia Regina da Cruz Butkevicius**, no sentido de alterar o Acordão **(AC02-G.MJMS-36/2014**), e declarar a regularidade do procedimento licitatório (Convite n. 47/2012) e da formalização do Contrato Administrativo n. 77/2012, excluindo a multa imposta no item 2 do referido Acórdão.

Campo Grande, 27 de novembro de 2019.

Conselheiro **Flávio Esgaib Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Esgaib Kayatt – Relator

Examina-se, nos presentes autos, a matéria do Recurso Ordinário interposto pela Sra. Lúcia Regina da Cruz Butkevicius, Prefeita Municipal de Antônio João na época dos fatos, em face do Acordão AC02-G.MJMS-36/2014 (peça 45, fls. 238-241, do processo TC 2271/2013), nos seguintes termos:

> "1. declarar irregular e ilegal o procedimento licitatório e a formalização do contrato, primeira fase, nos termos do artigo 311, inciso I, combinado com o artigo 312, inciso II, primeira parte, ambos do Regimento Interno;
>
> 2. aplicar multa de 50 (cinquenta) UFERMS, a Ordenadora de Despesas, Senhora Lúcia Regina da Cruz Butkevicius, por grave infração à norma legal, com fincas no artigo 197, inciso II, do Regimento Interno TC/MS;"

Examinado o recurso pela 1ª Inspetoria de Controle Externo (1ICE), esta concluiu pelo conhecimento do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento, isentando a recorrente da penalidade imposta, conforme **Análise ANA – ICE – 29889/2015** (peça. 6, fls. 16-19).

Dando continuidade ao trâmite processual deste Tribunal, os autos foram encaminhados ao Procurador do Ministério Público de Contas (MPC), que, por meio do **Parecer 2ª PRC- 4183/2017** (peça n. 7, fls. 20-23), opinou pelo conhecimento e não provimento do Recurso Ordinário, mantendo-se o inteiro teor do Acordão recorrido.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Esgaib Kayatt – Relator

Diante dos pontos levantados pela equipe técnica da 1ª Inspetoria de Controle Externo (1ICE), e pelo representante do Ministério Público de Contas (MPC), passo a análise e julgamento da matéria dos presentes autos.

No exercício do juízo de admissibilidade estabelecido no art. 9, VIII, *a,* da Lei Complementar Estadual n. 160, de 2012, considerando o recurso tempestivo, cabível e em conformidade com a legislação em vigor, a Presidência recebeu-o e determinou sua distribuição a este Relator (peça 3, fl. 13).

Considerando que o recurso é cabível, nos termos do art. 69 da Lei Complementar Estadual n. 160, de 2012, tempestivo e fora interposto por parte legítima a fazê-lo, satisfazendo assim os pressupostos intrínsecos e extrínsecos, o recurso deverá ser conhecido.

No mérito, a recorrente, em suas razões, ampara-se no sentido de que é lícita a realização de procedimento licitatório com apenas um licitante habilitado, quando a situação restar justificada e especificamente por ser o município em questão de pequeno porte, o que torna difícil a obtenção do número mínimo de licitantes.

Roga ela, por fim, a reconsideração do Acórdão, ora combatido, dando quitação legal e regular das matérias dos autos e afastando a multa imposta.

Pois bem, constato nos termos do Acórdão n. 36/2014, que o procedimento licitatório (Convite n. 47/2012) e a formalização do Contrato Administrativo n. 77/2012 foram declarados ilegais e irregulares uma vez que apenas uma empresa fora qualificada para participar do certame licitatório, não apresentando o Ordenador de Despesas uma justificativa satisfatória para a não realização de uma nova licitação, tal como regulamentado pela Súmula n. 248 do Tribunal de Contas da União (TCU).

Inicialmente, no que tange à irregularidade apontada pelo representante do Ministério Público de Contas, qual seja, a ausência de repetição do certame, quando não obtido o número mínimo de 3 (três) propostas apta à seleção, data vênia, ouso discordar.

Realmente, de acordo com o enunciado da Súmula n.º 248 do 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, ressalvas as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do art. 22, da Lei n.º 8.666/1993.

Entretanto, no caso em análise, entendo que o jurisdicionado agiu corretamente ao prosseguir com a licitação, ainda que com apenas uma única proposta considerada apta.

É que a situação aqui observada se enquadra em uma das hipóteses previstas no art. 22, § 7º, da Lei de Licitações (Lei Federal n. 8.666/1993), que, se justificadas, desonera a administração de repetir o Convite.

Vale, inclusive, reproduzir o referido artigo, senão vejamos:

> Art. 22. (...)
>
> § 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.

Como se vê, a despeito do teor da Súmula n.º 248 do TCU, a obrigação de repetir o Convite desaparece quando a Administração, justificadamente, demonstra que a impossibilidade decorreu em razão de limitações do mercado ou manifesto interesse dos convidados.

Outrossim, a Súmula n. 248 não se trata de uma súmula vinculante e em não o sendo, é apenas e tão somente decorrente de um resumo do entendimento jurisprudencial baseado em decisões sobre o mesmo assunto, que não se aplica nestes autos.

Destaco ainda posição doutrinária da Mestra Maria Sylvia Zanella Di Prieto[1],

[1] Direito administrativo –20ª Ed –p. 356/357 –ed. Atlas.

em seu livro Direito Administrativo, que corrobora o entendimento de que a Súmula do TCU só é cabível quando for impossível a obtenção de número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo (22) (...) e prossegue: *Quer dizer que o simples fato de se apresentarem menos do que três interessados não é suficiente, por si só, para determinar a repetição do convite.*

No caso em comento, observa-se que, por se tratar de um Município de pequeno porte, haja vista que a cidade de Antônio João possui cerca de 8.000 (oito mil) habitantes, dificilmente surgiriam empresas da natureza do objeto da contratação, qual seja, aquisição de óleos lubrificantes, fluidos e filtros diversos, para serem utilizados na manutenção dos veículos, máquinas e equipamentos pertencentes à Secretaria Municipal de Obras.

Ademais, conforme justificado pela Ordenadora de Despesas à época, Sr.ª Lúcia Regina da Cruz Butkevicius, o procedimento licitatório na modalidade de Convite foi estendido a 5 (cinco) empresas, sendo elas:

- Recibo de Licitação VIANA & AQUINO LTDA – CNPJ 07.203.042/0001-79, Av. Wilmar Martinez Marques, nº 479 – Antônio João/MS, recebido em 10.5.2012 por Messias Viana Aquino – CPF 894.515.971-15, sócio-proprietário (doc. f. 51);

- Recibo de Licitação LUBFIL COMÉRCIO DE LUBRIFICANTES E FILTROS LTDA EPP – CNPJ 01.035.897/0001-51, Rua Hayel Bom Faker, 1045, Dourados/MS, recebido em 10.5.2012 por Romildo N. Santos – CPF 518.381.251-91, vendedor (doc. f. 52);

- Recibo de Licitação MARIANO & GUIMARÃES LTDA – CNPJ 33.090.721/0001-99, Av. Marcelino Pires, nº 3350 – Dourados / MS, recebido em 10.5.2012 por Moriel Mariano – CPF 139.446.731-15, Diretor Geral (doc. f. 53);

- Recibo de Licitação TRACTOR LUB PEÇAS E ACESSÓRIOS LTDA – CNPJ 13.078.482/0001-44, Rua Brasil, nº 1365 – Dourados / MS, recebido em 10.5.2012 por Arlete da Silva Mesquita – CPF 368.840.381-68, sócia/gerente administrativa (doc. f. 54);

- Recibo de Licitação AUTO POSTO PALOMA LTDA – CNPJ 01.504.000/0001-91, Av. Eugenio Penzo, 120 – Antônio João / MS, recebido em 10/05/2012 por Glaucia Vieira – CPF 795.634.301-15, diretora administrativa (doc. f. 55).

Inobstante a isso, somente a empresa Auto Posto Paloma Ltda. manifestou interesse na participação, por conseguinte sendo considerada habilitada e vencedora do certame.

Portanto, em face das justificativas apresentadas na Ata de Recebimento e Abertura de Envelopes (peça n. 17, fs. 79-80), dispensada está a Administração de repetir o Convite, nos termos do art. 22, § 7º, da Lei Federal n. 8.666, de 1993.

Como supedâneo desse posicionamento colaciono doutrina do Insigne Professor Celso Antônio Bandeira de Mello[2], que em seu livro Curso de Direito

[2] Curso de Direito Administrativo –29ª ed. Malheiros Editores Ltda –01.2012 –p. 616

Administrativo, 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)**

Colaciono jurisprudência editada pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual manifesta posicionamento 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-MODALIDA DE 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.(grifei)

Neste mesmo sentido, trago ainda a recente deliberação do Acordão AC00 - 1388/2018, por este Tribunal, de Relatoria do Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo:

> **EMENTA:RECURSO ORDINÁRIO –PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO – DECLARAÇÃO DE IRREGULARIDADE – APLICAÇÃO DE MULTA – MÉRITO – APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOSE JUSTIFICATIVAS – PROVIMENTO.**
>
> (...) em diversos processos julgados já se pode verificar o entendimento de que a imposição da necessidade de repetição do convite quando da não obtenção de três propostas válidas, defendida pelo Tribunal de Contas da União, sujeita o ente responsável pela licitação a uma cautela desnecessária; não faz sentido impor a repetição obrigatória do convite quando de seu fracasso inicial, pois tal medida resultaria em prejuízos temporais e financeiros.(destaques originais)

Assim sendo, no tocante à proteção do interesse público pela Administração, a imposição da necessidade de repetição quando da não obtenção de três propostas válidas – corrente defendida pelo Tribunal de Contas da União – sujeita o ente responsável pela licitação a uma cautela desnecessária.

Tal medida resultaria em prejuízos temporais e financeiros. Imprescindível é que seja respeitada a lei. Incumbe ao administrador público o dever de aplicá-la e interpretá-la em consonância com os princípios jurídicos que regem a administração, visando conferir, simultaneamente, celeridade e segurança jurídica à licitação, para que o interesse público seja resguardado da melhor maneira possível, evitando o excesso de formalismos que comprometem a eficácia das contratações realizadas pela Administração Pública.

DISPOSITIVO

Por todo o exposto **VOTO**:

I – pelo **conhecimento** do Recurso Ordinário interposto pela Sra. Lúcia Regina da Cruz Butkevicius, Prefeita Municipal de Antônio João na época dos fatos, pela satisfação de seus pressupostos de admissibilidade;

II – pelo **provimento** do Recurso Ordinário, no sentido de alterar o Acordão (AC02-G.MJMS-36/2014, peça 45, fls. 238-241, do processo TC 2271/2013), e declarar a **regularidade do procedimento licitatório (Convite n. 47/2012) e da formalização do Contrato Administrativo n. 77/2012**, excluindo a multa imposta no item *2* do referido Acórdão;

III – pela **intimação** do resultado deste julgamento ao recorrente e às demais autoridades administrativas competentes, na forma do art. 50 da Lei Complementar Estadual n. 160, de 2012, e do art. 98 do Regimento Interno desta Corte de Contas, aprovado pela Resolução TC/MS n. 98, de 2018.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em conhecer e dar provimento ao recurso ordinário.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Relator o Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Esgaib Kayatt.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros, Ronaldo Chadid, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos e Marcio Campos Monteiro.

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 27 de novembro de 2019.

Conselheiro **FLÁVIO ESGAIB KAYATT**

Relator

GAB. JLR
SETAC. VAB