

FUNDAMENTAÇÃO DO VOTO

Egrégio Tribunal Pleno:

Em análise aos autos verifico que os requisitos de admissibilidade estão presentes no feito, portanto, em consonância com os arts. 48 e 49, inciso II da Lei Complementar n.º 269/07 c/c art. 232 e incisos da Resolução n.º 14/2007.

No mérito acato o Parecer n.º 151/2007 da Consultoria Técnica (fls. 15/19 TCE), bem como o Parecer Ministerial n.º 4.089/2007 da Procuradoria de Justiça, e **VOTO** preliminarmente em conhecer a presente consulta, para em seu mérito responder ao consulente, considerando ainda:

O consulente em sua consulta indagou:

caso a Administração, em licitação na modalidade convite, convide no mínimo os três interessados do ramo, cumprindo as demais formalidades legais e encerrando o processo com menos de 3 (três) propostas válidas, seria ele válido e regular, porquanto a lei só não exige o número mínimo de propostas, mas sim de convidados?

A modalidade licitatória intitulada Convite permite a participação de todos os interessados que estejam em situação regular junto a Previdência Social e perante a Caixa Econômica Federal, no quesito pertinente ao FGTS, sejam eles cadastrados ou não na entidade realizadora da licitação.

Como a participação dos interessados é livre, bastando estar legalmente habilitado, por raciocínio, entendo que a Administração tem a liberdade de escolha, ou seja, de convidar quem irá participar do certame.

Essa escolha da Administração não significa algo irracional, aleatório ou meramente subjetivo, ou ainda, uma autorização para se convocar inidôneos ou faltosos, primeiro porque o texto da Lei n.º 8.666/93 exige que sejam escolhidos e convidados em número mínimo de 03 (três), o que significa que são três propostas válidas, em condições de participar e não simplesmente três convidados participantes.

Esses participantes devem, no mínimo, estar em situação regular com o FGTS e o INSS no momento da habilitação, como dito anteriormente, conforme entendimento exarado em processo de minha relatoria, consubstanciado nesta Corte através da Resolução de Consulta n.º 39/2008.

O consulente indaga sobre a diferença existente entre o número de propostas válidas e o número mínimo de convidados, nesse particular o entendimento é que ambos devem ser iguais, os três convidados devem estar hábeis a participar, logo, se estão regulares com Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e com a Previdência Social é evidente que suas propostas são válidas, restando aí apenas discutir o menor e/ou melhor valor para Administração Pública .

Portanto, para a regularidade da licitação na modalidade convite é imprescindível que se

apresentem no mínimo, 03 (três) licitantes devidamente qualificados.

A excepcionalidade poderá ocorrer quando o licitante convidar e não aparecer interessados ou ainda, encontrar um número de qualificados inferior a três. Em nosso Estado, de grande dimensão, isso é comum, os municípios muitas vezes não tem opções, tanto em quantitativo como em qualitativo.

Nesses casos deve-se fundamentar o desinteresse ou a limitação de mercado, para se resguardar ao abrigo da excepcionalidade da própria lei 8.666/93, que em seu artigo 22, § 7º se atenta para tal situação.

A Consultoria Técnica sugere que se adote a Súmula n.º 248 do Tribunal de Contas da União, que traz em seu texto:

SÚMULA 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 convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do artigo 22, da Lei 8.666/93.*

Imaginemos que o município realize o convite e não encontre interessado, ou que encontre somente dois habilitados, teria que repetir o convite? E se essa repetição ou tentativa de se encontrar o que não existe, causasse prejuízos a municipalidade? Por esse prisma entendo que o desinteresse ou limitação de mercado, apresentado nesse exemplo, se fundamentado em processo dá respaldo para o prosseguimento da licitação mesmo com propostas inferior a três, sendo desnecessário a repetição.

É justamente essa ressalva que foi vislumbrada na Súmula n.º 248, acima transcrita, a repetição se torna necessária quando não se apresentou três propostas aptas e há no mercado, pelo menos, a possibilidade de existirem outros com aptidão para participar, e isso não é difícil de saber quando se trata de prefeitura, entidade expedidora de alvarás e que pode confirmar a limitação de mercado, já que conhece a realidade do comércio local.

A título de complementação tenho a considerar: por ser uma modalidade licitatória mais simples e visando celeridade, o convite é feito diretamente aos escolhidos, não há exigência de publicação oficial ou publicação em jornais de circulação local ou regional.

Essa dispensabilidade de publicação não significa total ausência de publicidade, os licitantes dessa modalidade devem, por respeito aos princípios constitucionais, afixar em local público e visível o convite, para que outros interessados possam tomar conhecimento, e assim se habilitarem.

Também é de grande valia, já que a licitação visa encontrar a proposta mais vantajosa para o Poder Público e estimular a competitividade, que o licitante, dependendo do local e da viabilidade econômica, estenda o convite para o(s) município(s) vizinho(s).

Por fim, estando excluída as hipóteses de limitações de mercado ou o manifesto desinteresse, toda vez que o convite prosseguir sem o número mínimo de três propostas válidas, aptas para julgamento, o convite será nulo, como assevera Antonio Bandeira de Mello – in Curso de Direito Administrativo, 21ª edição, página 338.

Diante do exposto, VOTO pela aprovação do seguinte verbete:

Resolução de Consulta n.º _____/2009. Licitação. Convite. n.º de propostas válidas inferior a três. Necessidade de repetir o Convite, ressalvados os casos de limitação de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados.

Quando na data de abertura das propostas não comparecerem no mínimo 03 (três) convidados, porém ficar comprovada a limitação de mercado ou o manifesto desinteresse dos convidados, o certame poderá continuar mesmo com apenas uma ou duas propostas válidas.

Gabinete do Conselheiro, em 31 de março de 2009.

Conselheiro HUMBERTO BOSAIPO
Relator