

## Repetição do convite e manifesto desinteresse

EMENTA: CONSULTA — CONTROLE INTERNO — LEGISLATIVO MUNICIPAL — LICITAÇÃO — MODALIDADE CONVITE — COMPARECIMENTO DE APENAS UM LICITANTE — MANIFESTO DESINTERESSE (ART. 22, § 7º, LEI N. 8.666/93) — REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO — JUSTIFICATIVA — I. CONVOCAÇÃO DE NÚMERO EXPRESSIVO DE PARTICIPANTES — ATESTADO DE ATUAÇÃO NO RAMO PERTINENTE AO OBJETO LICITADO — II. COMPROVAÇÃO DE ENTREGA E RECEBIMENTO DAS CARTAS-CONVITE - III. AMPLA PUBLICIDADE DO ATO CONVOCATÓRIO — NÃO REPETIÇÃO DO CONVITE

Não é obrigatória a repetição do convite por comparecer apenas um licitante com proposta válida se configurado o manifesto desinteresse (art. 22, § 7º, Lei n. 8.666/93) mediante justificativa e comprovação da: convocação de número expressivo de empresas atestadamente do ramo do objeto licitado; entrega e recepção das cartas-convite; ampla publicidade do ato convocatório.

### RELATÓRIO

Trata-se de consulta protocolada neste Tribunal em 23/08/11, sob o n. 2475382, formulada pela Presidente do Sistema de Controle Interno da Câmara Municipal de São José da Barra, Fátima Aparecida Costa, na qual questiona:

- a) A Lei n. 8.666/93, em seu art. 22, § 3º, estabelece que os participantes de licitação na modalidade convite deverão ser escolhidos e convidados em número de três, já a Súmula 248 do Tribunal de Contas da União estabelece que em licitação na modalidade convite é imprescindível que se apresentem no mínimo três licitantes, devidamente aptos à seleção. Assim, diante o que rege a Lei de Licitações e da jurisprudência do TCU, qual o entendimento deve ser acolhido quando em um processo licitatório, modalidade convite forem convidados mais de três licitantes e apenas 1 (um) comparecer à sessão pública da licitação?
- b) No que respeita ao manifesto desinteresse, § 7º do art. 22 da Lei de Licitações, a própria ausência das empresas convidadas é bastante para caracterizá-lo?

No despacho a fls. 4, para cumprimento do disposto no art. 213, I, da Res. TC n. 12/2008, com redação alterada pela Res. n. 01/2011, encaminhei os autos à Coordenadoria e Comissão de Jurisprudência e Súmula, que produziu o relatório acostado a fls. 5-9.

É o relatório.

### PRELIMINAR

A subscritora da consulta, Presidente do Sistema de Controle Interno da Câmara Municipal de São José da Barra, Fátima Aparecida Costa, é autoridade legítima à sua subscrição, nos termos do art. 210, XI, do Regimento Interno (Res. TC n. 12/2008), e os questionamentos apresentados preenchem os requisitos de admissibilidade do art. 212.

Presentes os pressupostos, voto pela admissão da consulta.

### MÉRITO

A consulente indaga, em face da Lei n. 8.666/93 e da Súmula n. 248 do Tribunal de Contas da União, qual entendimento deve ser acolhido quando em um processo licitatório, na modalidade convite, forem convidados mais de três licitantes e apenas um comparecer à sessão, bem como se a ausência das empresas convidadas é o bastante para caracterizar o manifesto desinteresse a que alude o § 7º do art. 22 da Lei de Licitações.

A Coordenadoria e Comissão de Jurisprudência e Súmula, ao proceder ao levantamento do histórico de deliberações sobre as questões aventadas, nos termos do art. 213, I, da Res. n. 12/2008, consignou em relatório acostado a fls. 5-9 que, apesar de não terem sido encontradas deliberações nos exatos termos ora formulados, esta Corte possui os seguintes entendimentos afetos à matéria:

- 1) A fim de evitar a repetição do pleito licitatório, sob a modalidade convite, recomenda-se que o administrador convoque, desde logo, número expressivo de participantes em relação ao mercado disponível, bem superior ao mínimo legal exigido, bem como publique o ato convocatório na imprensa oficial. Consultas n. 778.098 e 448.548.
- 2) O não comparecimento de no mínimo três interessados não ensejará necessariamente repetição do convite. Para tanto, deverá a Administração anexar ao processo comprovante de entrega dos convites ou apresentar as justificativas pertinentes ao caso, de conformidade com o disposto no art. 22, § 7º, da Lei 8.666/93. Consultas n. 778.098, 439.791, 448.548 e 154.580.

A Súmula n. 248 do Tribunal de Contas da União, citada pela consulente, aponta como regra geral, nas licitações sob a modalidade convite, a necessidade de repetição do certame no caso de não se apresentarem três propostas válidas, *in verbis*:

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.

O citado parágrafo assegura o prosseguimento do procedimento licitatório com menos de três licitantes nas hipóteses exaustivas de manifesto desinteresse dos convidados ou de limitações de mercado, desde que devidamente justificadas nos autos.

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.

Enfatizo que a questão central proposta na consulta cinge-se à possibilidade de prosseguimento da licitação, quando, por desinteresse dos demais convidados, comparecer à respectiva sessão pública apenas um interessado.

Não se trata, portanto, de hipótese exceptiva de limitação de mercado, que se traduz pela inexistência, na região, de no mínimo três possíveis interessados no ramo pertinente ao objeto licitado, e sim de manifesto desinteresse, ou melhor, de como comprová-lo.

O manifesto desinteresse foi amplamente discutido na Consulta n. 778.098, de relatoria do Conselheiro Eduardo Carone, que adotou, na íntegra, o parecer do Auditor Hamilton Coelho.

Naquela assentada, citou-se proficiente estudo do Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior<sup>1</sup>, do qual se depreende que, se por erro da Administração não houver número de licitantes suficiente ao procedimento licitatório, seja por exigências inatendíveis pelas empresas do ramo do objeto licitado ou por insuficiência de publicidade, impõe-se à Administração “repetir o convite, se convier manter os termos do ato convocatório, ou empreender convite diverso, depois de emendar os defeitos que viciavam o anterior”.

Todavia, decorrendo o desinteresse, conforme afirma o autor, por motivos circunspectos às próprias empresas, como fatores contingentes de mercado, que afetam a capacidade competitiva, ou, ainda, recusa da participação na licitação, por motivos de exclusiva conveniência, “a Administração deve prosseguir no prélio seletivo com o número possível de licitantes, posto que o interesse do serviço público não poderá quedar-se inerte ou subjugado diante da inépcia ou do capricho das empresas”.

Impende observar, neste diapasão, a importância da convocação de número significativo de interessados e da ampla publicidade ao ato convocatório, que prestarão legitimidade ao procedimento seletivo e sustentarão superveniente justificativa ante a ausência de interesse dos convidados; isso porque a licitação pressupõe competitividade, a qual assegura ao Poder Público a obtenção de proposta mais vantajosa.

Observadas as cautelas assinaladas, entendo pela subsistência da licitação, na modalidade convite, mesmo que não obtido o número mínimo de participantes previsto no § 3º do art. 22 da Lei de Licitações, desde que perfeitamente justificado nos autos do processo o notório desinteresse a que alude o § 7º desse mesmo artigo. Aliás, este tem sido o entendimento da Casa, consoante precedentes exarados nas Consultas n. 778.098, 439.791, 448.548 e 154.580.

<sup>1</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 270-271.

No que diz respeito à justificativa que se impõe, o Professor Airton Rocha Nóbrega<sup>2</sup> aponta a demonstração da regular expedição e recebimento das cartas-convite e da prova cabal de que os convidados exercem sua atividade no ramo de negócio do objeto da licitação. Vejamos:

Preocupação necessária, ao formular-se a competente justificativa, deve ser a de demonstrar que as cartas-convite foram regularmente expedidas e comprovadamente recebidas pelos licitantes escolhidos e convidados.

[...]

Vale dizer, desse modo, que a inércia do convidado, embora nenhuma comunicação remeta à Administração no sentido de não propor-se a acertar o chamamento, basta para a configuração do desinteresse, até porque nada há de mais manifesto que a sua ausência à sessão de abertura do certame. Se, ao contrário, resolver ele dirigir correspondência informando o seu desinteresse pela licitação, torna-se-á ainda mais simples e fácil a justificativa, calcada que estará, então, em documento expresso.

Não é demais asseverar, para que dúvidas não subsistam, que a Administração deverá incluir, em sua justificativa, explícita menção ao fato de serem, os três convidados, pessoas ou empresas do ramo pertinente ao objeto da licitação. E isto para que não se permita questionamentos no sentido de resultar o manifesto desinteresse do fato de não haverem sido convidadas pessoas daquele ramo específico. É óbvio que, tendo a administração dirigido o convite a dois licitantes do ramo e a um de ramo diverso, o número terá sido atendido, mas a escolha estará insanavelmente viciada, obrigando a anular-se o certame e a repetir-se o convite.

Destarte, a simples ausência das empresas convidadas para o certame não configura necessariamente justificativa suficiente para caracterizar o manifesto desinteresse expresso na Lei n. 8.666/93. Isso porque cada caso concreto demanda a análise de suas peculiaridades e requer, por sua vez, justificativas distintas. Ademais, conforme anota Jacoby,<sup>3</sup> o *manifesto desinteresse* é uma expressão voltada para uma situação particular do mercado e não isoladamente de um licitante”.

Descaracterizada a insuficiência de publicidade e outros possíveis vícios, uma vez que a Administração “não pode pretender valer-se de um convite mal formulado para validar uma escolha”<sup>4</sup>, a justificativa, tratando-se de evidente desinteresse empresarial, deverá conter, no mínimo, os comprovantes de entrega e recebimento das cartas-convite, bem como comprovação de que os convidados (pessoas jurídicas ou físicas), convocados em número razoável, atuam no ramo do objeto licitado.

Finalmente, segue a lição de Jacoby,<sup>5</sup> que ilustra notavelmente a questão e, por sua proficiência e clareza, integrou, também, o parecer do Auditor Hamilton Coelho, na Consulta n. 778.098:

Como deve ser a justificativa? O dispositivo em exame fixa apenas que a justificativa deve ser feita no processo, e este deve ser entendido como o conjunto de documentos sob a forma do art. 38 da mesma lei.

<sup>2</sup> NÓBREGA, Airton Rocha. *Repetição do convite*. Disponível em: <[http://www.conlicitacao.com.br/oquee/artigos/convite/airton\\_nobrega\\_2006.02.03.01.php](http://www.conlicitacao.com.br/oquee/artigos/convite/airton_nobrega_2006.02.03.01.php)>. Acesso em: 12 dez. 2011.

<sup>3</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 84.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 87.

Deve o administrador demonstrar as razões de seu convencimento sobre a limitação do mercado ou o desinteresse dos licitantes, de forma clara, objetiva e documentada, sempre que possível. A preocupação do administrador em realizar o interesse público deve sempre ser equivalente à de comprovar seus atos. Com frequência, os órgãos de controle examinam os fatos somente após o decurso de um razoável período de sua realização, oportunidade em que, muitas vezes, o agente nem mais está vinculado à Administração e, ao ser citado, encontrará dificuldades extremas em arcar com o ônus da prova de suas alegações.

Não obrigatório, mas aconselhável, é que essa justificativa, por analogia com o disposto no art. 26, caracterize e, se possível, demonstre a limitação do mercado (declaração da junta comercial, do sindicato da cidade ou outro meio adequado e idôneo para comprovar ou servir de 'início de prova', sendo aceitável até, por exemplo, cópia da página do catálogo telefônico comercial) ou documento que comprove o desinteresse dos licitantes (carta abdicando de participar da licitação, [...] ou simplesmente a juntada de cópia dos comprovantes de entrega dos convites); razão da escolha do fornecedor ou executante (sendo mais de um, deverá haver julgamento, na forma preconizada no próprio convite) e, principalmente, a justificativa do preço [...].

**Conclusão:** diante do exposto, concludo, em tese, nas condições transcritas na fundamentação:

- 1) Tratando-se de hipótese de desinteresse dos convidados e comparecendo apenas um licitante com proposta válida, a obrigatoriedade de repetição do convite somente subsiste se não houver no processo licitatório a justificativa a que alude o § 7º do art. 22 da Lei n. 8.666/93.
- 2) A ausência das empresas convidadas não é o bastante para caracterizar o manifesto desinteresse preconizado no § 7º do art. 22 da Lei n. 8.666/93; deve a Administração, observadas as particularidades de cada caso, justificá-lo comprovando, no mínimo, a convocação de número significativo de interessados, atestadamente atuantes no ramo pertinente ao objeto licitado, bem como a efetiva entrega e recebimento das cartas-convite ou de outro documento que comprove o desinteresse dos participantes.

Nesses termos, é o parecer que submeto à apreciação desse Plenário.

Remeta-se à consulente cópia das Consultas n. 778.098, 439.791, 448.548 e 154.580.

---

A consulta em epígrafe foi respondida pelo Tribunal Pleno na Sessão do dia 28/03/2012, presidida pelo Conselheiro Antônio Carlos Andrada; presentes o Conselheiro Eduardo Carone Costa, Conselheiro Wanderley Ávila, Conselheira Adriene Andrade, Conselheiro Sebastião Helvecio, Conselheiro Cláudio Terrão e Conselheiro Mauri Torres. Foi aprovado, por unanimidade, o parecer exarado pelo relator, Conselheiro Sebastião Helvecio.

---