

**Ação civil pública - Licitação - Convite - Critérios
- Número mínimo de convidados -
Preenchimento - Regularidade do procedimento
administrativo**

Ementa: A Lei nº 8.666/93 - Lei de Licitações - não exige, em seu art. 22, III, § 3º, que o mínimo de 3 (três) concorrentes a serem convidados para a licitação sejam locais ou regionais.

- É preciso refutar o entendimento de que, pelo só fato de ter o dinheiro saído dos cofres públicos, este foi lesado, pois, na realidade, o que representa prejuízo, dano à Administração Pública, é o pagamento de preço superior ao de mercado, e não o pagamento de preço justo por serviço efetivamente prestado.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0460.06.021854-8/006 -
Comarca de Ouro Fino - Apelante: Ministério Público do
Estado de Minas de Gerais - Apelados: Município de
Ouro Fino; Luiz Carlos Maciel, Prefeito Municipal de
Ouro Fino; Gazeta Ouro Fino Ltda. - Relator: DES. EDI-
VALDO GEORGE DOS SANTOS**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 5 de maio de 2009. - *Edivaldo George dos Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral pela apelada, Gazeta Ouro Fino Ltda., o Dr. Octávio Miranda Junqueira.

DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS -
Presentes os pressupostos próprios exigidos, conheço do recurso.

Cuidam os autos de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face do Município de Ouro Fino, do Prefeito Municipal local, Sr. Luiz Carlos Maciel, e da empresa Gazeta Ouro Fino Ltda., em que o autor argumenta que, por ocasião da Licitação nº 19/2005, modalidade Convite nº 14/2005, restou frustrado o disposto nos arts. 22, § 3º, e 41, ambos da Lei nº 8.666/93, além dos princípios da licitação, da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório, da competitividade e do formalismo procedimental, estes constitucionalmente previstos.

Isso, segundo a tese ministerial, porque, para dar ares de legalidade ao procedimento, a Administração pública municipal expediu carta convite a 3 (três) empresas, sendo que apenas 2 (duas) delas ourofinenses, de modo que a terceira convidada, por ser de grande porte e estar sediada em São Paulo/SP, no caso a empresa Folha da Manhã S.A., "proprietária dos jornais *Folha de São Paulo* e *Agora São Paulo*" (f. 04), obviamente não iria "se interessar em participar de tal licitação", até porque "seu objeto é a 'prestação de serviços de atos oficiais do Governo de Ouro Fino em jornal de circulação local ou regional'" (f. 05), como exigido pelo art. 102 da LOM.

A meu ver, sem qualquer razão o recorrente.

Licitação, segundo a sempre oportuna lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, é

o procedimento administrativo através do qual a pessoa ou ente juridicamente obrigado seleciona, em razão de critérios previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse (in *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo. Malheiros, 2006, p. 503).

Entre nós, a Lei nº 8.666/93 se presta a regular esse procedimento e, para tanto, já em seu art. 1º, parágrafo único, estatui que suas normas se aplicam aos três Poderes e que a ela estão sujeitos os órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios; e também Câmara de Vereadores, Assembléias Legislativas, Câmara dos Deputados Federais, Senado Federal; entidades do Poder Judiciário e Tribunal de Contas.

Cabe realçar, ainda, que o processo de licitação deve seguir, fidedignamente, tanto os princípios previstos no art. 37 da CF quanto aqueles específicos elencados no art. 3º da lei de regência.

No caso, dentre as diversas modalidades de licitação, interessa-nos o convite, que, consoante o disciplinado no art. 22, III, § 3º, da Lei nº 8.666/93,

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 fixará, 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.

Pois bem, na espécie, é fato incontroverso que a Administração pública municipal convidou 3 (três) empresas para concorrerem ao certame, quais sejam a vencedora - Gazeta de Ouro Fino Ltda.; aquela que veio a ser inabilitada - Estilo Propaganda e Marketing Ltda. - e, ainda, a paulista Folha da Manhã S.A.

Ao assim proceder, a meu juízo, o Poder Público municipal satisfaz plenamente a exigência do número mínimo de interessados convidados, até porque, se me apresenta absurdo o entendimento externado pelo ora apelante no sentido de que as 3 (três) empresas licitantes deveriam ser locais ou da região.

Afaste-se, porque descabido, esse entendimento.

Ao se interpretar a vontade do legislador, é preciso que o exegeta o faça de maneira isenta e sem paixões; e, no caso, a pretensão ministerial de que se conjugue o disposto no art. 102 da LOM com o previsto no art. 22, III, § 3º, da Lei nº 8.666/93 para se entender que o mínimo de 3 (três) concorrentes a serem convidadas deveriam ser locais ou da região é, no mínimo, absurda.

Note-se que, em momento algum, nem a LOM nem a Lei de Licitações disciplinam nesse sentido, daí por que a tese ministerial não passa de verdadeira "criação legal", o que é inadmissível, *data venia*, uma vez que ao intérprete não é dado ir além do que o legislador quis disciplinar. Sim, porque, na visão do recorrente, aplica-se parte do disposto na Lei de Licitações, e parte do que prescreve a LOM, ou, noutras palavras, na visão ministerial, haveria necessidade de serem convidados no mínimo 3 (três) concorrentes (como previsto na Lei de Licitações) e estes devem ser locais ou regionais (como ditado na LOM), regra esta inexistente e, portanto, inexigível.

O legislador municipal, ao fazer constar do art. 102 da LOM que a veiculação oficial dos atos oficiais do governo se faça em jornal local ou regional teve a intenção única de propiciar que a publicidade atingisse a sua finalidade, ou seja, que efetivamente chegasse ao conhecimento dos munícipes locais, o que não ocorreria, por certo, se publicados em periódicos que ali não têm circulação.

No entanto, embora devam as publicações ser realizadas em jornais locais ou regionais, não é de se exigir que somente concorrentes locais ou regionais

sejam convidados a disputar o contrato, mesmo porque nada impede que uma empresa não local ou não regional participe do certame, concorra, vença e preste, ainda que por intermédio de terceiros, o serviço ajustado.

Dessa forma, porque absolutamente inconsistente a tese ministerial que, frise-se, cria, gera uma norma legal inexistente em nosso ordenamento jurídico, é que não a acolho.

De mais a mais, a regra atinente ao número mínimo de concorrentes convidados é relativa, tanto assim que o § 7º do art. 22 citado permite que, em hipóteses especiais, desde que devidamente justificado, sejam menos de 3 (três) os licitantes na modalidade convite.

Outro aspecto a ser considerado é que, no caso, não se comprovou, em momento algum, qualquer dano ao erário municipal, muito embora tenha alegado o apelante, na inicial, que "o erário experimentou efetivo prejuízo porquanto subtraído da oportunidade de selecionar a melhor proposta em licitação" (f. 10).

Ora, mas como assim? Que melhor proposta de licitação?

Por mais que se vasculhem os autos, não se encontra, em momento algum, qualquer comprovação de que o preço contratado para os serviços tenha sido além daquele praticado pelo mercado, sendo, portanto, vazia e solteira a afirmação, porque não há prova alguma que a acoberte.

E é preciso, o quanto antes, refutar o entendimento de que, pelo só fato de ter o dinheiro saído dos cofres públicos, este foi lesado, pois, na realidade, o que poderia representar prejuízo, dano à Administração pública, é o pagamento de preço superior ao de mercado, e não o pagamento de preço justo por serviço efetivamente prestado.

Tanto assim que, a meu ver, nos casos em que se mostrar cabível e justificável a condenação ao ressarcimento dos danos, compete ao Estado-juiz estar atento para que a condenação não ultrapasse o valor real dos danos, sem o que estaria havendo autêntico enriquecimento ilícito do erário, que, em sendo agraciado com a devolução por parte do agente da integralidade do valor pago pelo produto ou serviço, acabaria, no final das contas, por recebê-lo gratuitamente.

Por certo, não é esta a intenção do legislador ao disciplinar a possibilidade de o administrador público ser condenado a ressarcir o dano causado ao erário. Na verdade, somente o que sobejar ao valor real devido, assim entendido o preço médio de mercado, é que deve ser ressarcido, não a integralidade, que, repita-se, representaria enriquecimento ilícito.

Por final, cumpre dizer que as insinuações de que a empresa vencedora do certame foi favorecida ou de que a licitação tenha sido dirigida, da mesma forma, não encontra eco na prova carreada ao processo.

Diante de todo o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

DES. WANDER MAROTTA - Sr. Presidente. Registro ter ouvido com atenção a sustentação oral proferida pelo eminente advogado que ocupou a tribuna em nome da Gazeta de Ouro Fino.

Do exame que fiz dos autos, cheguei à mesma conclusão do eminente Relator, pela inexistência de prova de qualquer ato ilícito ou que pudesse ter causado prejuízo ao Município.

Também nego provimento ao recurso.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...