



PARECER JURÍDICO

PROCESSO Nº: DISPENSA DE LICITAÇÃO. PROCESSO Nº 7/2019-00044. MUNICÍPIO DE SÃO MIGUEL DO GUAMÁ/PA.

ASSUNTO: DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS ADAPTADOS PARA AMBULÂNCIA SIMPLES REMOÇÃO, CONFORME ESPECIFICAÇÕES EM ANEXO, PARA ATENDER ÀS NECESSIDADES DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE, COM FULCRO NO INCISO V, DO ART. 24, DA LEI Nº 8.666/93.

INTERESSADOS: COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO MIGUEL DO GUAMÁ-PA.

Trata-se de consulta encaminhada pela Comissão Permanente de Licitação deste município, quanto à contratação de empresa especializada para aquisição de veículos adaptados para ambulância simples remoção, conforme especificações em anexo, para atender às necessidades da Secretaria Municipal de Saúde, com fulcro no inciso V, do art. 24, da Lei nº 8.666/93.

Por força do disposto no art. 38, VI da lei n.º 8.666/93, foi remetido a esta Assessoria Jurídica para análise e emissão de parecer, o procedimento administrativo, na hipótese de dispensa de licitação.

Anexo ao presente processo administrativo de dispensa de licitação segue cópia do Processo Licitatório Pregão Eletrônico nº 007/2019, Processo Administrativo nº 20180512-1, o qual possui o mesmo objeto do procedimento em tela.

Da análise processual constata-se que o aviso de licitação / edital de licitação foi publicado por 02 (duas) vezes junto ao Diário Oficial da União – DOU e Amazônia Jornal, a saber nos dias 01.02.2019 – com certame agendado para 13.02.2019 as 11:00h (1ª tentativa) e 25.03.2019 – com certame agendado para 08.04.2019 as 14:00h (2ª tentativa), sendo que em ambas as ocasiões o processo licitatório foi declarado fracassado.

É o breve relatório.

Por força de mandamento constitucional, a Administração só pode adquirir os bens e serviços necessários para o atendimento do interesse público por meio de um procedimento formal (alinhado de licitação), tutelado por lei, em que, em condições de igualdade, particulares competem para poder contratar com ela, devendo prevalecer sempre a proposta mais vantajosa.

Todavia, mesmo com este cenário que indica ampla possibilidade de negócios, nem sempre a licitação se efetua, quer seja por que ela não despertou o interesse nos particulares de contratar com a Administração, quer seja porque os que acudiram ao chamamento editalício não lograram êxito em atender aos requisitos do certame ou não apresentaram propostas em conformidade com os preços praticados no mercado.

Nestas hipóteses em que a licitação não alcançou o seu objetivo, que é o de selecionar dentre os particulares aquele que além de estar apto a cumprir com as obrigações contratuais da futura avença a ser celebrada com o Estado apresentou a proposta mais vantajosa, a Lei Federal nº 8.666/93 (que é a norma que serve de regramento para todas as licitações empreendidas pelo Poder Público) contempla requisitos que, quando atendidos, autorizam que a Administração contrate diretamente um particular sem a necessidade de promover um processo licitatório.

Cumprido de início anotar que não é pacífica na doutrina a conceituação dada à licitação fracassada.

Por um lado, há quem entenda ser a licitação fracassada um sinônimo da chamada licitação deserta (ou frustrada). Neste sentido:

“Essa hipótese de dispensa de licitação, também cognominada de ‘licitação deserta ou fracassada’, como a hipótese do inciso anterior, igualmente exige o atendimento de requisitos sem os quais não poderá ser legitimada a contratação direta.

São eles:



- a) ocorrência de licitação anterior;
- b) ausência de interessados;
- c) risco de prejuízo caracterizado ou demasiadamente aumentado pela demora decorrente de processo licitatório;
- d) evitabilidade do prejuízo mediante contratação direta;
- e) manutenção das condições ofertadas no ato convocatório anterior.

O requisito seguinte é que a licitação procedida pela unidade não tenha gerado a adjudicação, em razão de:

- a) não terem comparecido licitantes interessados, hipótese denominada de 'licitação deserta';
- b) ter comparecido licitante sem a habilitação necessária;
- c) ter comparecido licitante habilitável, mas que não apresentou proposta válida.

Essas duas últimas hipóteses também se denominam 'licitação fracassada'.

Há equivalência entre as três situações, porque **não se pode acolher como 'interessado' aquele que comparece sem ter condições jurídicas para contratar, ou formula proposta que não atende aos requisitos do ato convocatório, ou vem a ter desclassificada sua proposta**, na forma do art. 48 da Lei nº 8.666/93." (Jorge Ulisses Jacoby Fernandes in Contratação Direta sem Licitação, 7ª edição, 2ª tiragem, Belo Horizonte: Fórum, 2008, págs. 350 e 352).

"Entendemos que tal enquadramento também abrange hipóteses de 'licitação fracassada', ou seja, na hipótese de os possíveis interessados não conseguirem ultrapassar as fases da licitação (nesse sentido também entende Hely Lopes Meirelles)." (Sidney Bittencourt in Licitação passo a passo, 4ª edição, Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2002, pág. 109, citado por Joel de Menezes Niebuhr in Licitação Pública e Contrato Administrativo, Curitiba: Zênite, 2008, pág. 83)

"Caracteriza-se o desinteresse quando nenhum licitante acode à licitação, ou todos são inabilitados, ou nenhuma proposta é classificada, muito embora, neste último caso, a Administração possa convidar os proponentes para reformular suas ofertas (art. 48 § 3º)." (Hely Lopes Meirelles in Licitação e Contrato Administrativo, 15ª edição, atualizada por José Emanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini, São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 148)

"licitação deserta, ou 'fracassada', cuja repetição seja prejudicial à Administração. Não precisaria este inciso declinar 'prejuízo para a Administração', pois é evidente que qualquer repetição de licitação é prejudicial, em vários sentidos, à entidade que licita; toda repetição prejudica (em preços, prazos, condições)." (Ivan Barbosa Rigolin & Marco Tullio Bottino in Manual Prático das Licitações, 7ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 323)

Para tais autores, a ocorrência de uma licitação fracassada (onde todos os disputantes e suas propostas não atendem os requisitos constantes do edital) autoriza o Administrador Público (ordenador de despesa), tal qual a licitação deserta (onde nenhum licitante se interessa em participar da licitação para contratar com o poder público), a realização de uma dispensa de licitação com base no inciso V do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93 cuja redação é a seguinte:

"é dispensável a licitação quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas".

Todavia, há também quem prelecione que as figuras da licitação fracassada e da licitação deserta (ou frustrada) são figuras distintas, que não se confundem:

"A licitação deserta não se confunde com a licitação fracassada, em que aparecem interessados, mas nenhum é selecionado, em decorrência da inabilitação ou da desclassificação. Neste caso, a dispensa de licitação não é possível." (Maria Sylvia Zanella Di Pietro in Direito Administrativo, 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2000, pág. 306, citada por Joel de Menezes Niebuhr in Licitação Pública e Contrato Administrativo, Curitiba: Zênite, 2008, pág. 83)



Essa hipótese de dispensa de licitação não serve para justificar a contratação direta quando já há interessados no certame, mas todos por uma ou outra razão são dele alijados, situação que configura a denominada licitação fracassada. Em assim ocorrendo, a repetição da licitação é, ao menos em tese, obrigatória". (Diógenes Gasparini in Direito Administrativo, 15ª edição, atualizada por Fabrício Motta, São Paulo: Saraiva, 2010, págs. 580/581)

Longe de ser apenas uma querela acadêmica, a questão tem implicações de ordem prática, pois o Administrador Público (ordenador de despesa) ao se deparar com uma licitação onde nem os licitantes nem as suas respectivas propostas findaram por atender os requisitos constantes do ato convocatório, poderá - dependendo da corrente doutrinária - promover ou não uma contratação direta com fulcro no inciso V do artigo 24 da Lei de licitação e contratos públicos.

O dissenso doutrinário reverbera na jurisprudência dos órgãos de controle externo, **uma vez que o Tribunal de Contas da União outrora difere a licitação deserta da licitação fracassada outrora trata ambas como se fossem sinônimas.**

Em primeiro lugar, tragamos à baila os posicionamentos do TCU que distinguem as figuras da licitação deserta e da licitação fracassada:

"Acórdão 32/2003 - Primeira Câmara
Processo 007.358/2002-5
Ministro Relator MARCOS BEMQUERER
Ementa Representação formulada por licitante. Possíveis irregularidades praticadas pela Prefeitura Municipal de Macapá AP. Restrição ao caráter competitivo em licitação. Conhecimento. Procedência parcial. Determinação. Arquivamento. - Licitação. Comprovação da capacidade técnico-operacional. Análise da matéria.(...)
6.2.3 Análise:(...)
b) conforme já expendido no subitem 5.4.4 desta instrução, entendemos que a licitação a que se refere a irregularidade em análise restou fracassada e não deserta como a define o responsável na sublinha a.2 da síntese de suas razões. A licitação deserta é aquela à qual não acorrem interessados e, portanto, não existem sequer proponentes habilitados. Por sua vez, na licitação fracassada há a presença de licitantes, que participam efetivamente da reunião, mas não conseguem se habilitar ou apresentar propostas válidas;"

Agora, os posicionamentos daquela Corte de Contas em que a licitação deserta e a licitação fracassada são entendidas como sinônimas (ou seja, ambas amparadas no inciso V do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93):

"Acórdão 107/2003 – Plenário
Processo 006.857/2002-0
Ministro Relator UBIRATAN AGUIAR
Ementa
Denúncia. Possíveis irregularidades praticadas pelo Parque de Material Aeronáutico de Recife - Pamarf. Licitação. Fracionamento de despesa. Ausência de termo formalizando prorrogação contratual. Ausência de aplicação de penalidade ante o atraso na conclusão de obras. Pagamento antecipado. Não-exigência de garantias. Ausência de cronograma físico-financeiro, de orçamento detalhado e de boletins de medição. Contratação direta. Extrapolação do limite legal para reforma de equipamento. Determinação. Conversão dos autos em tomada de contas especial. Citação. Audiência.(...)
9.3.2.6 não-manutenção das mesmas condições preestabelecidas no instrumento convocatório da licitação fracassada, nos termos do art. 24, V, da Lei nº 8.666/93, uma vez que foi retirado do objeto da contratação o fornecimento dos materiais (PAG 561/2000);(...)
9.3.3 - Sr. José Francisco dos Santos Sobrinho, por ter certificado que a contratação direta, referente ao PAG 561/2000, encontrava-se em conformidade com a Lei nº 8.666/93, sendo que não foi verificada a capacidade técnica da empresa que foi contratada - 'Barma Engenharia Ltda.' e também não foram mantidas as mesmas condições preestabelecidas no instrumento convocatório da licitação fracassada, nos termos do art. 24, V, da Lei nº 8.666/93, uma vez que foi retirado do objeto da contratação o fornecimento dos materiais;"

"Acórdão 136/2000 - Segunda Câmara
Processo 017.206/1996-0
Ministro Relator BENJAMIN ZYMLER
Ementa Auditoria. INMETRO. Área de convênios e contratos. Concessão irregular de empréstimo ao IPM PB. Pagamento indevido de despesas com pessoal cedido e com inativos. Alteração quantitativa de objeto contratual além do limite legal. Extensão de seguro saúde e auxílio alimentação a terceiros contratados. Contratação de serviços de publicidade sem licitação. Contratação de pessoal sem concurso público. Licitação sem definição do objeto. Inobservância dos requisitos para habilitação de licitantes. Restrição ao caráter competitivo. Contrato irregular e antieconômico. Justificativas insatisfatórias. Multa.(...)
47. Por fim, a Unidade Técnica, com supedâneo no relatório da equipe de auditoria, propôs a realização das seguintes determinações ao INMETRO (abaixo de cada determinação, relato os fatos e fundamentos que a suportam, segundo o relatório da equipe de auditoria e a análise da 7ª SECEX):(...)
47.12.No contrato celebrado com empresa SOCIPLAN, cujo objeto seria a prestação de serviços de manutenção em edifícios do INMETRO, os materiais adquiridos pela empresa para realizar a manutenção



haveriam sido pagos pelo INMETRO antes da apresentação das notas fiscais.

'm) providenciar para que, nas contratações efetuadas com dispensa de licitação amparada no inciso V do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, **seja rigorosamente cumprida a exigência legal, de manter-se, nos casos de contratação direta com base naquele dispositivo, todas as condições exigidas na licitação fracassada,** em especial quanto aos requisitos para a habilitação dos licitantes;”

Tal qual o TCU, os Tribunais de Contas Estaduais também divergem sobre a caracterização da licitação fracassada como hipótese albergada pelo inciso V do artigo 24 do Estatuto de Licitações e Contratações Públicas, ora repelindo-a (por entender que o permissivo legal só contempla a licitação deserta) ora albergando-a (tratando a licitação fracassada como sinônimo de licitação deserta e passível de dispensa de licitação nos moldes do inciso V do artigo 24 da Lei 8.666).

Por exemplo, os Tribunais de Contas de São Paulo e de Santa Catarina entendem que a licitação fracassada (onde todos os disputantes e as suas respectivas propostas não lograram êxito na habilitação ou classificação) não autoriza a realização de uma dispensa para contratação direta com fulcro no inciso V do artigo 24 da Lei de licitações e contratos administrativos, já que esta autorização dada pela lei seria exclusiva para os casos em que ocorre a licitação deserta (em que não acudiram interessados para disputar o certame):

“TC-001118/006/07

Contratante: Prefeitura Municipal de Altinópolis. Contratada: Aline Barboza Júlio Ribeiro Preto. Autoridade(s) que Dispensou(aram) a Licitação: Wadis Gomes da Silva (Prefeito). Ordenador(es) da Despesa: Tânia de Fátima Smocking (Secretária de Administração). Objeto: Aquisição de dois ônibus urbanos. Em Julgamento: Dispensa de Licitação (artigo 24, inciso V, da Lei Federal nº 8.666/93 e posteriores atualizações). Nota de Empenho nº 04242 emitida em 19-08-05. Valor – R\$133.700,00. Justificativas apresentadas em decorrência da(s) assinatura(s) de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII da Lei Complementar 709/93, pelo Conselheiro Fulvio Julião Biazzi, publicada(s) em 04-06-08. Advogado(s): Marcelo Palavéri, Marcela de Carvalho Carneiro e outros. Auditada por: UR-6 - DSF-II. Auditoria atual: UR-6 - DSF-II.

Relatório (...)

Mencionou, com relação à dispensa de licitação nº 15/05, que não houve configuração de precedente licitação deserta, mas de licitação fracassada, pois, na Tomada de Preços nº 06/05, houve participação de empresas para o item 3 (dois ônibus urbanos, para transporte escolar). Voto (...)

De outra parte, a dispensa de licitação nº 015/05 (TC 1118/006/07) não decorreu de licitação deserta, mas de licitação fracassada, pois foram apresentadas propostas, para os ônibus urbanos, que foram consideradas desinteressantes (fls.66/67), além de terem sido modificadas as condições do edital que exigiam, no mínimo, ano de fabricação 1997, enquanto os veículos adquiridos são de 1996.

Por seu turno, os Tribunais de Contas de Pernambuco e do Distrito Federal entendem que a licitação fracassada pode ser enquadrada no inciso V do artigo 24 da Lei das licitações e contratações da administração pública, sendo assim filiados à corrente que classifica tal fenômeno como sinônimo à licitação deserta:

“PROCESSO T.C. Nº 0906441-2

AUDITORIA ESPECIAL REALIZADA NA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO, ESPORTE E LAZER DA PREFEITURA DA CIDADE DO RECIFE RESPONSÁVEL: Sr. CLÁUDIO DUARTE DA FONSECA RELATOR: CONSELHEIRO CARLOS PORTO ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA DECISÃO T.C. Nº 0821/10

Decidiu a Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado, à unanimidade, em sessão ordinária realizada no dia 20 de julho de 2010,

CONSIDERANDO o Parecer MPCO nº 196/2010, às fls. 296 a 305, volume II dos autos;

CONSIDERANDO que no processo de dispensa de Licitação nº 13/2009 ocorreu descumprimento do artigo 24, inciso V, da Lei nº 8.666/93, ao se alterarem as condições estabelecidas no Pregão Eletrônico nº 38/2009, que restou fracassado;

Julgar REGULAR, COM RESSALVAS, a documentação objeto da presente Auditoria Especial.

Aplicar, nos termos do artigo 73, inciso I, da Lei Estadual nº 12.600/2004, ao Sr. Cláudio Duarte da Fonseca, multa no valor de R\$ 3.000,00, que deve ser recolhida, no prazo de 15 (quinze) dias do trânsito em julgado desta Decisão, ao Fundo de Aperfeiçoamento Profissional e Reequipamento Técnico do Tribunal, por intermédio de boleto bancário a ser emitido no sítio da internet desta Corte de Contas (www.tce.pe.gov.br). Excluir de responsabilização, no presente Processo, o Sr. Bruno Santos Cunha, Procurador Judicial da Prefeitura da Cidade do Recife.

Outrossim, determinar, com base no disposto no artigo 69 da Lei Estadual nº 12.600/2004, que o atual gestor da Secretaria de Educação, Esporte e Lazer da Prefeitura da Cidade do Recife atente para que, nas dispensas de licitação fundamentadas no inciso V, do artigo 24, da Lei Federal nº 8.666/93, o objeto e as demais condições da contratação permaneçam exatamente iguais aos previstos na licitação fracassada.

Por fim, determinar que seja anexada cópia do Inteiro Teor da Deliberação (ITD) e da presente Decisão à Prestação de Contas da Secretaria de Educação, Esporte e Lazer da Prefeitura da Cidade do Recife, relativa ao exercício financeiro de 2009.”

“Número do Processo: 1200 /2003

Ano do documento: 2004 Assunto: Consulta Data da sessão: 07/10/2004 Jurisdicionados: Câmara Legislativa do DF Comp Imobiliária de Brasília Nome do Relator: Marli Vinhadeli Interessado: Deputada ELIANA PEDROSA Voto Vista (...)



42. No escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello[23], licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente.

43. Portanto, não há falar em licitação sem disputa, sem competição, sem concorrência. Por certo que podem haver licitações com um só licitante ou concorrente habilitado, mas não sem permitir, e até mesmo incentivar, a participação de tantos quanto possível. Note-se que a licitação em que não acodem interessados é chamada deserta ou fracassada. E a licitação é inexigível quando não há possibilidade de competição.

44. Sem competição, portanto, não há licitação, mas, sim, contratação direta, o que, como dito pelo próprio Cons. Relator, não é admitida, por falta de previsão legal."

Partindo da premissa que as linhas anteriores já discorreram o suficiente sobre os efeitos da ausência de interessados e da não habilitação e classificação de todos os licitantes e de todas as suas propostas numa licitação anterior que será sucedida por uma contratação direta, passamos a analisar apenas os demais requisitos exigidos pelo inciso V do artigo 24 da Lei das licitações e contratações públicas.

Hely Lopes Meirelles, em obra atualizada por José Emanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini, enfatiza de forma sintética aquilo que poderíamos chamar de diretriz básica para a contratação direta que se dê com fulcro no inciso V do artigo 24 da Lei de licitações e contratos:

"O que não poderá é contratar diretamente com quem não apresente os requisitos exigidos para a habilitação ou em condições mais favoráveis ao contratado ou menos vantajosas para o serviço público do que estabelecidas no instrumento convocatório inicial.

Se comparecer apenas um licitante, qualificado para o contrato, a Administração não pode adjudicar-lhe o objeto pretendido. O essencial é que este único pretendente tenha condições para contratar, segundo as exigências do edital, no que tange a capacidade jurídica, regularidade fiscal, capacidade técnica e idoneidade financeira, que não de ser verificadas antes da contratação, e que o contrato seja vantajoso para a Administração." (Hely Lopes Meirelles in Licitação e Contrato Administrativo, 15ª edição, atualizada por José Emanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini, São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 148)

Além desta necessária obediência aos MESMOS parâmetros da licitação fracassada anterior, a contratação direta fundamentada no inciso V do artigo 24 da Lei de licitações e contratações públicas deverá afastar, de forma comprovada, os prejuízos que seriam advindos da realização de um novo certame. Neste toar, vejamos a lição de Diógenes Gasparini:

"A nova licitação, no entanto, pode ser prejudicial à Administração Pública em face do tempo demandado para sua realização, causando-lhe um acréscimo no valor do contrato (prejuízo financeiro) ou atraso na prestação do serviço ou utilização da obra (prejuízo administrativo). Daí a razão dessa hipótese de licitação dispensável. Assim, caracterizada a situação de deserção e demonstrado o efetivo prejuízo financeiro ou administrativo, a contratação poderá ser celebrada sem licitação. Mas isso não é tudo, pois o inciso em apreço exige para essa contratação a observância das mesmas condições da licitação havida como deserta (prazo de início, de conclusão, de entrega, condições de execução e de pagamento). Qualquer alteração que se fizer nas condições do edital ou do contrato para facilitar a contratação direta acarretará a nulidade do ajuste decorrente e a responsabilidade dos seus causadores." (Diógenes Gasparini in Direito Administrativo, 15ª edição, atualizada por Fabrício Motta, São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 580)

Em regra, efetivamente, a possibilidade de risco não pode ser imputável ao administrador, vez que, se não tivesse se caracterizado o desinteresse, a Administração teria contratado regularmente o objeto. Trata, portanto, o dispositivo de fato alheio ao interesse ou previsibilidade da Administração que, uma vez caracterizado, autoriza a contratação direta. Na justificativa, deverá o administrador indicar os riscos cuja ocorrência temia, sendo em princípio dispensável a prova de suas assertivas, que se devem cercar de razoabilidade lógica.

Nesse sentido, em especial em razão da não-uniformidade do entendimento mantido pelos Tribunais de Contas do Brasil, resta patente que o Administrador Público deve cercar-se de cautelas quando da realização da contratação direta após a ocorrência de uma licitação deserta ou de uma licitação fracassada, devendo tomar algumas medidas que servem para fundamentar suas decisões: 1º) Sempre formalizar por escrito e em autos apartados os processos de dispensa de licitação; 2º) Comprovar documentalmente no processo de dispensa de licitação que haverá prejuízo ou o mesmo será demasiadamente aumentado pela demora decorrente da



realização de uma nova licitação e 3º) Comprovar documentalmente no processo de dispensa de licitação que a contratação direta evitará prejuízo ao Erário. Por fim, é indispensável que o Administrador, ao promover a contratação direta, MANTENHA TODAS as condições ofertadas na licitação que restou deserta ou fracassada.

Registra-se que o presente parecer tem natureza opinativa, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93 (Julgados STF: MS n.º 24.073-3-DF- 2002; MS n.º 24.631-6-DF-2007), e apresenta como respaldo jurídico os fatos e fundamentos colacionados.

É o entendimento, salvo melhor juízo.

São Miguel do Guamá – PA, 24 de junho de 2019.

BRUNO ALEXANDRE JARDIM E SILVA
ASSESSOR JURÍDICO
ADVOGADO – OAB/PA Nº 17.233