



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE
Assessoria Jurídica

Processo Administrativo nº : 0005328-14.2017.8.01.0000
Local : Rio Branco
Unidade : ASJUR
Relator : Desembargadora Denise Bonfim
Requerente : DILOG
Requerido : Tribunal de Justiça do Estado do Acre
Assunto :

PARECER

I. Relatório

Trata-se de procedimento administrativo instaurado com vistas à aquisição , mediante contratação direta com fulcro no art. 24, V, da Lei n. 8.666/93.

Os autos noticiam que a contratação direta decorre da deserção do Pregão Presencial n. 11/2016, objetivando à formação de registro de preços visando à contratação de empresa para fornecimento de recargas de gás - GLP e botijas vazias, para atender as necessidades do Poder Judiciário nas Comarcas do interior, especificamente as Comarcas de Cruzeiro do Sul, Mâncio Lima, Rodrigues Alves e CIC - Centro Integrado de Cidadania de Porto Walter e Marechal Thaumaturgo.

Em sua manifestação, a CPL aduziu que *"Não obstante, foi dada a mais ampla divulgação da licitação nos DJ, DOE, Jornal de circulação local (docs. 0262834, 0262836 e 0262837), tem-se que o certame foi caracterizado como "Licitação DESERTA" (grupos), haja vista o não comparecimento de interessados em participar das licitações"*.

É o relatório.

II. Fundamentação

II.I.I. Da licitação deserta. Art. 24, V, da Lei n. 8.666/93. Análise abstrata

Prefacialmente, impende consignar que a Constituição da República, dita cidadã, em seu art. 37, inciso XXI, dispõe sobre a obrigatoriedade de a Administração Pública licitar, ressalvados os casos legais em que a lei preveja as situações de dispensa e inexigibilidade, que constituem as hipóteses de contratação direta, litteris:

CF, Art. 37 – (...)

Omissis

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da

proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Portanto, a licitação pública, pode ser definida como o meio através do qual a Administração Pública contrata, garantindo o cumprimento dos princípios constitucionais da legalidade, isonomia, moralidade, impessoalidade, dentre outros, buscando, ainda, a seleção da proposta mais vantajosa, nos termos da Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1.993 (Lei de Licitações e Contratos), *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

A licitação é, portanto, nada mais que um torneio no qual vários interessados em contratar com a Administração Pública disputam entre si a oportunidade de negócio oferecida pela Administração. Em que pese o teor do regramento geral do acima citado dispositivo constitucional, e que em razão dessa natureza deve ser observado com rigor, tal princípio por óbvio, admite exceções.

Professara o saudoso Diógenes Gasparini^[2] que:

“(...) a licitação pode ser conceituada como o procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse (...).”

O Eminent administrador pátrio Ivan Barbosa Rigolin^[3], ensina que:

“(...) Licitação não é apenas um ato, mas todo um complexo procedimento administrativo através do qual a Administração elege, entre várias possíveis, a proposta mais vantajosa a seu interesse – que é sempre o interesse público –, com vista a algum contrato, em geral de aquisição de material ou de serviço, que pretenda celebrar (...).” (m/os grifos).

A seu turno, Celso Antônio Bandeira de Melo^[4], leciona que:

“(...) Licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados (...).”

Portanto, o procedimento licitatório visa garantir a boa-fé das contratações entre a Administração Pública e particulares.

Entretanto, vez ou outra uma dada situação fática poderá revelar que o instituto da licitação surge como meio inadequado para a consecução das necessidades do interesse público que ele mesmo visava atender. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de situação calamitosa ou emergencial em que a demora natural do burocrático procedimento licitatório impede o afastamento de dano irreparável ou de difícil reparação para a administração com o adiamento da providência.

De outra sorte, a licitação poderia se afigurar impertinente, como nos casos de credenciamento, em que ao invés de desejar selecionar uma proposta (a mais vantajosa) a Administração pretenda selecionar todas que forem consideradas aptas. Nas contratações de diminuto valor, raramente o eventual benefício econômico da disputa compensa o custo do processo administrativo.

Em outros casos ainda, a licitação pública poderia mesmo se revelar absolutamente inócua, como ocorre nos casos das contratações realizadas com fornecedores de produtos ou prestadores de serviço exclusivo. Afinal, na medida em que inexistam competidores, submeter a oportunidade de contratação a um torneio – que pressupõe a existência de pluralidade de contendores – seria totalmente inútil.

De nada adiantaria a Administração arcar com o custo do processo administrativo, movimentar um enorme aparelhamento da máquina estatal, despender tempo, adiando a solução para a necessidade de interesse público surgida, se, no dia, hora e local designado para a disputa, somente aquele (porquanto exclusivo, único existente), se apresentaria munido da proposta e documentos de habilitação.

Neste viés, não por outro motivo, vez que a Administração Pública não atua *contra legem* ou *praeter legem*, mas, sim, *secundum legem*, o Constituinte, reconhecendo que não será em todos os casos o torneio licitatório útil ao desiderato a que se destina, fez inaugurar o texto constitucional susomencionado com a expressão “Ressalvados os casos especificados na legislação...”, admitindo, pois, a existência de excepcionalidades casuísticas, atribuindo competência para que a norma infraconstitucional pudesse discorrer sobre as possíveis hipóteses nas quais seria aceitável o afastamento do dever legal de licitar.

Pode-se afirmar que a inviabilidade de licitação é uma consequência que pode ser produzida por diferentes causas as quais consistem nas diversas hipóteses de ausências de pressupostos necessários à licitação.

Assim, são previstas na Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos, em seus arts. 24 e 25, as situações em que o agente público poderá deixar de promover o prélio licitatório (dispensa/inexigibilidade), realizando contratação por indicação direta da pessoa do contratado, estabelecendo ainda as condições e requisitos a cada caso para fazê-lo.

Basicamente, a diferença entre as situações de dispensa e de inexigibilidade reside no fato de que, na primeira, haveria a possibilidade de competição entre possíveis interessados, o que torna possível a realização de licitação. Na segunda, na inexigibilidade, ao contrário, não haveria competição, isso porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração: a licitação é, portanto, inviável.

Como antedito, casos haverá em que o superior interesse público não será atingido pela realização do torneio licitatório, pois, como se demonstrou, a licitação poderá se afigurar desnecessária, inócua, impertinente ou mesmo danosa para a Administração. Quando tal se verifica, competirá ao agente buscar nas exceções ao dever geral de licitar, em qual delas se acomoda a situação

fática a ser tratada para balizar a adjudicação direta do objeto pretendido.

Cabe, portanto, à entidade promover o enquadramento legal adequado nos casos de inexigibilidade, quando se configurar situações de inviabilidade de competição, devendo atentar o fato de que para a inexigibilidade de licitação se sujeita à fundamentada demonstração de que a singularidade do objeto, aliada ao caráter técnico profissional especializado dos serviços e à condição de notória especialização do prestador, inviabilizam a competição no caso concreto, fazendo constar do processo correspondente os elementos necessários à comprovação dos referidos pressupostos.

A respeito da possibilidade de dispensa de licitação deserta, impende transcrever o que dispõe o art. 24, V, da Lei n. 8.666/93, segundo o qual é dispensável a licitação quando não acudirem interessados:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

V - 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;

Verifica-se, nesse ponto, certo dissenso doutrinário quanto à sinonímia entre o termo fracassado e deserto, parecendo-nos mais adequado o entendimento segundo o qual se tratam de situações diversas:

"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)

"Estabelece o inciso V do art. 24 do Estatuto federal Licitatório que licitação é dispensável a um dado negócio se ao processo licitatório correspondente, antes realizado, não acudirem interessados. **Essa situação é chamada pela doutrina de licitação deserta, que, de modo algum, confunde-se, como logo será visto, com a licitação fracassada.** A contratação desejada, nos termos e condições do ato de abertura, por certo, não foi motivo de interesse para ninguém. Caracteriza-se esse desinteresse pela não participação de qualquer licitante no procedimento licitatório quando ninguém apresenta os envelopes contendo, separadamente, os documentos de habilitação e a proposta. Ainda será assim se houver compra ou retirada do instrumento convocatório e seus anexos. Em sendo assim, deve-se renovar a licitação.

(...)

Observe-se, por um lado, que a participação de um proponente já é o bastante para demonstrar que há, por parte dos particulares, interesse na licitação e que ela não pode ser caracterizada como deserta, ainda que no evoluir do procedimento ele venha a ser eliminado.

(...)

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)

Em sede do art. 24, inc. V, da Lei nº 8.666/93, **a repetição de procedimento licitatório se evidencia injustificada quando, no tocante à licitação primitiva, “o desinteresse por parte dos eventuais licitantes”** – dilucida o eminente Ministro Adylson Motta (Decisão nº 533/2001 – Plenário, do Tribunal de Contas da União, voto do Ministro-Relator, trecho do item II) – “não tiver sido determinado por condições injustificadamente restritivas inseridas pela Administração nas regras regentes do certame”. Recorde-se, nesse diapasão, o magistério de Marçal Justen Filho, ao pontuar que o “problema não é realizar a licitação, mas repetir uma licitação que já foi processada regularmente, sem que despertasse interesse dos particulares”.

Portanto, ao se invocar, relativamente ao art. 24, inc. V, da Lei nº 8.666/93, **o risco de prejuízo à Administração Pública se esta permanecer inerte (à espera do desfecho de novo procedimento licitatório)**, não se considera, em primeiro plano, a “urgência da contratação” (o que seria de se indagar, de pronto, em sede do inc. IV do mesmo artigo – contrato de emergência), mas (parafraseando-se o renomado administrativista paranaense) **o desperdício de tempo, recursos humanos e financeiros do Poder Público com novo certame licitatório que tende a novamente não despertar interesse dos particulares**.

Ao contrário do procedimento de dispensa alicerçado no inc. IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, **o procedimento de dispensa ancorado no inc. V do mesmo artigo tem como esteio principiológico precípua não os princípios da indisponibilidade do interesse público e da continuidade do serviço público, e sim os princípios da economicidade e da eficiência**.

Recapitulando-se, em sede do art. 24, inc. V, da Lei nº 8.666/93, para que a espera pela conclusão de novo certame licitatório represente, de fato, risco de prejuízo à Administração Pública, **mostra-se imprescindível comprovar o desperdício em se encetar novo procedimento licitatório, demonstrando-se a regularidade da licitação deserta ou fracassada ou com itens desertos ou fracassados** – em consequência, a Administração Pública, assim procedendo, traz à baila subsídios robustos a atestarem que a dispensa de licitação realmente foi fomentada por, rememore-se o multicitado magistério de J. U. Jacoby Fernandes, “fato alheio ao interesse ou previsibilidade da Administração”^[5].

Já a expressão manutenção das condições preestabelecidas possui a seguinte extensão:

“A expressão 'condições preestabelecidas', contida nesse inc. V do art. 24 da Lei nº 8.666/93, alcança todas as exigências do edital da licitação que resultou deserta, tanto as relativas à habilitação como as concernentes à execução do objeto.”^[6]

Também são consideradas condições preexistentes os preços estimados pela Administração Pública no certame deserto.

A propósito, transcreve-se o entendimento de Jorge Ulisses Jacoby:

“Impõe a lógica jurídica que a Administração mantenha as condições ofertadas e exigidas na licitação anterior, pois se houver qualquer alteração ficará irremediavelmente comprometido o requisito “ausência de interesse” em participar da licitação.

Efetivamente, não pode a Administração alterar as exigências estabelecidas para a habilitação, nem tampouco as ofertas constantes do convite ou do edital. **Essa restrição abrange, inclusive, quando for o**

caso, a alteração dos anexos do ato convocatório, previstos no art. 40, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, como por exemplo o preço estimado pela Administração.”^[7]

No mesmo sentido é o posicionamento da Consultoria Zênite (op. cit):

Então, tanto os documentos exigidos no certame anterior para fins de atendimento dos requisitos previstos do art. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93, quanto os aspectos concernentes à descrição do objeto e suas especificações mínimas, tais como quantidades, **estimativa de preços**, prazos de entrega, multas e os respectivos percentuais aplicáveis deverão ser observados no contrato celebrado por dispensa com base no art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666/93.

Da mesma consultoria cita-se manifestação mais recente:

Daí porque, no caso em exame, **na contratação direta deverão ser observadas todas as exigências feitas nas licitações anteriores, tais como os documentos habilitatórios, os aspectos concernentes à descrição do objeto e as suas especificações mínimas, a exemplo de quantidades, estimativa de preços, prazos de entrega, sanções** e, especialmente, a condição de participação que exigia que o posto de combustível a ser contratado não poderia estar a uma distância superior a 5 km da sede da Administração.^[8]

Destarte, impõe-se aferir, no caso concreto, a presença de tais requisitos.

II.I.II. Das justificativas para dispensabilidade de licitação. Análise concreta

Compulsando os autos verifica-se que os itens que se pretende adquirir estavam inseridos no pregão presencial n. 11/2016, correspondendo aos itens 6 e 8, respectivamente. Isso demonstra ter havido processo licitatório anterior.

Sem embargo, **verifica-se que pela leitura do termo de homologação que a licitação resultara fracassada e não deserta**, ou seja, anotou-se o comparecimento de interessados, que, entretanto, não lograram êxito em ultrapassar as etapas de julgamento da proposta e habilitação.

Dessarte, fazendo coro ao entendimento majoritário, não se mostra possível enquadrar a contratação que ora se pretende nos limites do art. 24, V, da Lei n. 8.666/93, já que não se pode negar a existência de interessados.

Todavia, apresenta-se lícito o enquadramento em outras das hipóteses de dispensabilidade licitatória previstas no art. 24, da Lei n. 8.666/93.

De efeito, considerando o valor estimado para aquisição, por exemplo, a aquisição pode se dar com base no inciso II, quando não preenchidos os requisitos especificamente elencados nos demais incisos do art. 24 e mesmo no artigo 25, da Lei n. 8.666/93.

Embora o Tribunal de Contas da União já tenha acenado com a possibilidade de duplo enquadramento^[9], sustenta-se a aplicação residual das hipóteses de dispensabilidade licitatória

em razão do valor, que estaria subordinada à observância dos requisitos legais que lhes são inerentes.

Vale dizer, não se subsumindo a contratação direta a nenhum dos incisos do art. 24, mas desde que seja observado o limite legal e "desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez", poderá haver o enquadramento no inciso II.

A respeito da menção à parte final do art. 24, II, o entendimento externado por esta Assessoria Jurídica em diversos pareceres (175/2013, 131/2014, 400/2014), é que o fracionamento indevido deverá ser analisado caso a caso, ou seja, a dispensabilidade em razão do valor deverá ser obstada quando constatado a fuga ao dever de licitar ou à modalidade cabível.

Na espécie, conquanto os materiais de consumo tenham sido licitados originalmente no pregão eletrônico, a contratação direta em vista do fracasso subsequente não configura fracionamento indevido, porquanto ainda que inexitoso o certame, restou configurada a tentativa do administrador em observar a regra insculpida no art. 37, XXI, da Constituição, que é a promoção da licitação.

Eis, portanto, o porquê da aquisição dos materiais não ter sido realizada de uma única vez.

Ademais, a repetição do certame apresentar-se-ia flagrantemente antieconômica, ou seja, os custos materiais e pessoais a serem dispendidos com todo o processo licitatório não compensariam os benefícios hipoteticamente representados pela abertura da competição.

Esse aspecto foi devidamente apontado na justificação apresentada pela CPL e encerra o núcleo que justifica a dispensabilidade de licitação em razão do diminuto valor da contratação.

III. Conclusão

Pelo exposto, a Assessoria Jurídica da Presidência **opina favoravelmente** à instrução dos autos objetivando a contratação direta dos aludidos itens, mediante dispensa de licitação lastreada no art. 24, V, da Lei n. 8.666/93, decorrente de licitação deserta.

É o parecer.

À GECON para conhecimento e providências.

[1] A respeito: "O Tribunal de Contas da União cientificou a Universidade Federal do Ceará sobre a necessidade de que fossem instruídos os processos de inexigibilidade e de dispensa de licitação com os devidos pareceres jurídicos e justificativas de preços, em cumprimento aos arts. 36 e 38 da Lei n.º 8.666/1993 (item 1.6.1.23, TC-018.953/2009-7, Acórdão n.º 1.853/2012-2ª Câmara)".

[2] GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 471.

[3] RIGOLIN, Ivan Barbosa. Manual prático das licitações. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24.

[4] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4.ed. São Paulo:Malheiros, 1993. p. 243.

[5] **Frota**, Hidemberg Alves da. **Considerações sobre os requisitos para a dispensa de licitação baseada no art. 24, inc. V, da Lei Nº 8.666/93**. Informativo de Licitações e Contratos (ILC) n.º 161, jul/2007, p. 696.

[6] Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC, Curitiba: Zênite, n. 146, p. 328, abr. 2006, seção Perguntas e Respostas.

[7] **JACOBY**, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*. – 8ª edição. – Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 2009, p. 354.

[8] Dispensa de licitação – Licitação anterior fracassada ou deserta – Manutenção das condições do edital. **PERGUNTAS E RESPOSTAS - 1261/202 /DEZ/2010**.

[9] **Sumário: REPRESENTAÇÃO. ATOS DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. PUBLICAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA.** As aquisições caracterizadas por dispensa ou inexigibilidade de licitação, previstas nos arts. 24, incisos III e seguintes, e 25, da Lei 8.666/93, podem ser fundamentadas em dispensa de licitação, alicerçadas no art. 24, incisos I e II, da referida Lei, quando os valores se enquadrarem nos limites estabelecidos neste dispositivo. (acórdão Nº 1336/2006 -TCU-PLENÁRIO)

[10] Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

[11] Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

[12] Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

(...)

§ 4º É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

Rio Branco-AC, 12 de setembro de 2017.



Documento assinado eletronicamente por **Hana Yusif Awni El-shawwa, Assessor(a)**, em 15/09/2017, às 12:34, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <https://sei.tjac.jus.br/verifica> informando o código verificador **0275239** e o código CRC **716F6039**.