

PARECER JURÍDICO

EMENTA: Pedido de contratação de empresa para fornecimento de Gás P13, para atendimento à diversas Secretarias Municipais- DISPENSA DE LICITAÇÃO - REQUISITOS.

Proc. nº 6081/2020-1 e outros

Requerente:

- **Setor de Licitação**

I – Relatório:

Submete-se a apreciação desta Procuradoria pedido de dispensa para contratação para contratação de empresa para fornecimento de Gás P13, para atendimento à diversas Secretarias Municipais.

Conforme relatado no despacho da Sra. Pregoeira Municipal, datado de 03/05/2021, foi realizado o certame licitatório, na modalidade Pregão Presencial, visando ao Fornecimento de Gás P13, o qual restou deserto por 03 (três) vezes, conforme as Atas que instruem os autos do presente processo.

Nota-se, nesta toada foi dada a ampla divulgação, por 03 (três) vezes, da licitação nos Diário Oficial do Município e do Estado, e não houve comparecimento de interessados em participar das licitações. É o relatório.

II. Fundamentação. Da licitação deserta. Art. 24, V, da Lei n. 8.666/93.

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 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 (...)." (GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 471.)

O Eminent administrador pátrio Ivan Barbosa Rigolin, 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 (...)." (RIGOLIN, Ivan Barbosa. Manual prático das licitações. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 24.).

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, despendendo 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 (parafraçando-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” (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) nº 161, jul/2007, p. 696.).

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." (Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC, Curitiba: Zênite, n. 146, p. 328, abr. 2006, seção Perguntas e Respostas)

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.” (JACOBY, Jorge Ulisses. Contratação direta sem licitação”. – 6ª edição. – Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 2009, p. 354.)

No mesmo sentido é o posicionamento da Consultoria Zênite ((Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC, Curitiba: Zênite, n. 146, p. 328, abr. 2006, seção Perguntas e Respostas):

“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. (Dispensa de licitação – Licitação anterior fracassada ou deserta – Manutenção das condições do edital. PERGUNTAS E RESPOSTAS - 1261/202 /DEZ/2010)

Destarte, impõe-se aferir, no caso concreto, a presença de tais requisitos. Compulsando os autos verifica-se que os bens que se pretende adquirir estavam inseridos no Pregão Presencial n. 006/2021, o qual foi repetido por 03 (três) vezes, conforme relatado no despacho da Sra. Pregoeira Municipal, datado de 03/05/2021.

Isso demonstra ter havido processo licitatório anterior, repetido por 03 (três) oportunidades.

III. Conclusão

*Praça José Valentim Lopes, 04 - 1º andar - Centro - Atílio Vivacqua - ES - CEP: 29.490-000
Telefone: (28) 3538-1109 | Email: procuradoria@pmav.es.gov.br*

Por todo o exposto, resta evidente a regularidade dos atos administrativos realizados na condução do processo licitatório em comento, os quais gozam de presunção de legitimidade.

Destaca-se, entretanto, que restou o certame deserto, por 03 (três) vezes, incumbindo à Administração reavaliar se persiste a necessidade a ser atendida, ponderando pela realização, ou não, de novo certame, **sendo possível que esta se socorra utilizando a hipótese prevista no inc. V do art. 24 da Lei de Licitações, a fim de realizar a contratação direta, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos em Lei.**

Recomenda-se ainda que a Administração realize investigação quanto ao não comparecimento de interessados a fim de verificar se não há necessidade de correção ou alteração das condições estabelecidas no certame que restou deserto, situação em que deverá ser realizado novo certame escoimado das falhas originais, não sendo nesse caso possível a contratação direta.

Pelo exposto, cumpridos os requisitos supra citados, esta Procuradoria opina favoravelmente à instrução dos autos objetivando a contratação direta do objeto do Pregão Presencial nº 006/2021, mediante dispensa de licitação lastreada no art. 24, V, da Lei n. 8.666/93, decorrente de licitação deserta.

É o parecer que esta procuradoria submete à consideração superior.

Atilio Vivácqua – ES, 07 de maio de 2021.


FELIPE BUFFA SOUZA RINTO
ASSESSOR JURÍDICO DO MUNICÍPIO - DECRETO Nº 046/2020
OAB/ES 10.493