



## PARECER JURÍDICO

INTERESSADO: Secretaria Municipal de Saúde - SEMSA

ASSUNTO: Contratação Direta

Sra.

Presidente da Comissão Permanente de Licitação

### 1. Relatório

Importa destacar que o presente parecer tem como fundamento o art. 38, § único, da Lei nº 8.666/93, tratando-se de documento meramente opinativo, sem caráter vinculante entre as partes. Sendo certo que o gestor pode discordar do posicionamento do parecerista e ordenar que os atos administrativos sejam realizados de forma diversa do que foi introduzido por este procurador/parecerista, responsabilizando-se diante da lei.

Atente-se, inclusive, para o fato de que o parecer não ordena despesa, não é capaz de gerenciar, guardar ou administrar quaisquer bens ou valores públicos, mas tão somente serve para informar, sugerir e elucidar providências administrativas.

Por outro giro, o parecer jurídico analisa estritamente se o instrumento jurídico está adequado à modalidade eleita pela Comissão Permanente de Licitação-CPL, cabendo ao Controle Interno verificar se o processo está instruído adequadamente. Por esta razão, o procurador ao fim subscrito não fará qualquer menção ao que existe antes do parecer jurídico, mas somente o que consta nas minutas de instrumento convocatório e contrato, sendo esta a abrangência da análise.

No entanto, uma vez juntado o presente parecer nestes autos, somente o gestor máximo poderá questioná-lo, sendo ato passível de punição a exclusão não autorizada e a inutilização parcial ou total do documento.

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. 2019030744, objetivando à formação de registro de preços visando à contratação de empresa especializada para fornecimento de oxigênio medicinal, para atender as necessidades do Fundo Municipal de Saúde de Prainha.

Em sua manifestação, a CPL aduziu que "Não obstante, foi dada a mais ampla divulgação da licitação no Diário Oficial dos Municípios-FAMEP (ANO X/Nº 2243, PÁG. 73), Diário Oficial Da União-DOU (SEÇÃO 3, Nº 102, PÁG. 251) e Diário Oficial do Estado, (Nº 33883, PÁG. 88), tem-se que o certame foi caracterizado como licitação "DESERTA", haja vista o não comparecimento de interessados em participar das licitações".

É o relatório.

### 2. Fundamentação



## 2.1 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 o método obrigatório a ser utilizado pela Administração Pública para realizar suas contratações. 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.

O Ilustre Diógenes Gasparini diz 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 (...).”

Ensina o renomado Ivan Barbosa Rigolin:

“(...) 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 (...).”



Celso Antônio Bandeira de Melo, 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, há situações em que o instituto da licitação aparece como meio inadequado para a consecução das necessidades do interesse público. vejamos, por exemplo, nos casos de situação calamitosa ou emergencial em que a morosidade do procedimento licitatório impede o afastamento de dano irreparável ou de difícil reparação para a administração com o adiamento da providência.

A licitação poderia também ser impertinente, como nos casos de credenciamento, que ao invés de obter a seleção da melhor proposta a Administração pretenda selecionar todas que forem consideradas aptas. Nas contratações de imperceptível valor, raramente o eventual benefício econômico da disputa compensa o custo do procedimento licitatório.

Há casos em que a licitação pública poderia manifestar-se inócua, como acontece nos casos das contratações realizadas com fornecedores de produtos ou prestadores de serviço que se mostra exclusivo. Neste sentido, na medida em que deixa de existir competidores, submeter a oportunidade de contratação a um certame – que pressupõe a existência de pluralidade de concorrentes.

De nada adiantaria a Administração arcar com o custo do processo administrativo, movimentar um enorme aparelhamento da máquina pública, 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.

Afirma-se que a improbabilidade de procedimento licitatório é uma consequência que pode ser produzida por diferentes causas as quais consistem nas diversas hipóteses de ausências de pressupostos legais necessários à licitação.

A Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos, estabelece em seus arts. 24 e 25, as situações em que o agente público poderá deixar de promover o batalha licitatória, realizando contratação por indicação direta da pessoa do contratado, estabelecendo ainda as condições e requisitos elencados na Lei de licitação 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 falado anteriormente, haverá situação em que o interesse público não será atingido pela elaboração da licitação, pois, como ficou demonstrado, a licitação poderá ser mostrar-se 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.

O órgão gerenciador deverá promover o enquadramento legal adequado caso a caso existente, no que se refere os 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, é o que a lei determina nesses casos.

No que se refere a possibilidade de dispensa de licitação deserta, estabelece 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;

Há certo desacordo doutrinário entre o termo deserto e fracassado, 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).

No que se refere ao art. 24, inc. V, da Lei nº 8.666/93, a repetição de procedimento licitatório se evidencia injustificada quando, no que se refere 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 no que se refere a um 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 processo 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.

Lembrando-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 conseqüência, 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".

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."

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



Dispõe 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.”

Nesse mesmo entendimento 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.

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

Analisando os autos verifica-se que os itens que se pretende adquirir estavam inseridos no pregão presencial nº 2019180432, correspondendo aos itens 1,2,3, e 4, respectivamente do termo de Referência acostado nas folhas 03/06. Isso demonstra ter havido processo licitatório anterior.

Sem embargo, verifica-se que pela leitura da ata que a licitação resultara deserta e não fracassada, ou seja, anotou-se que não houve comparecimento de interessados.

Dessarte, fazendo coro ao entendimento majoritário, 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 houve a existência de interessados.

Nesse diapasão, apresenta-se lícito o enquadramento da hipótese de dispensabilidade licitatória previstas no art. 24, V, da Lei n. 8.666/93.

A contratação direta em vista da licitação deserta, restou configurada a tentativa do administrador em observar a regra insculpida no art. 37, XXI, da Constituição, que é a promoção da licitação.



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.

### 3. Conclusão

Pelo exposto, a Procuradoria Jurídica Municipal 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.

Além disso, devem ser demonstrados os demais requisitos exigidos no dispositivo legal, quais sejam: a demonstração de risco de prejuízo efetivo decorrente da realização de nova licitação; e a necessária manutenção das condições estabelecidas no instrumento convocatório anterior, como forma de preservar o princípio da impessoalidade.

Conclui-se até aqui, portanto, que a emissão de parecer jurídico não é ato administrativo, e tem caráter meramente opinativo, não vinculando o advogado, portanto, em qualquer tipo de responsabilização.

Encaminho o devido processo à Comissão Permanente de Licitação, na pessoa da presidente Maria de Fátima da Silva Pires, para dar continuidade no feito.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Prainha - PA, 03 de julho de 2019.

Atenciosamente,

Dr. Jackson Pires Castro Sobrinho  
Procurador Jurídico  
OAB/PA nº 28.943