



PARECER JURÍDICO/2015.

Referente ao Processo N.º 2.915/2015-PMJ
Assunto: dispensa de licitação – licitações desertas e fracassadas.
Fundamento: lei federal 8.666/93.

Consulta.

Trata-se de questão submetida a esta Consultoria Jurídica pela Secretaria de Finanças e Administração/ Setor de Contratos, para emitir parecer sobre a possibilidade de aquisição direta de medicamentos contralados que atenderá as finalidades precípua da Secretaria Municipal de Saúde.

Fatos.

Constata-se da análise dos autos que através do Memorando N.º 383/2015 - SEMUS, de 27 de julho de 2015, o Sr. Secretário de Saúde informou a necessidade da formalização de um contrato cujo objeto é aquisição de medicamentos psicotrópicos que estão em falta e alguns com pouco estoque para atender os pacientes.

A pregoeira através do memorando nº 336/2015, informou que a licitação já foi realizada diversas vezes, e que as ultimas sessões públicas, uma se deu deserta e a outra fracassada.

Visto essas considerações, opinaremos sobre a possibilidade legal da contratação, sem que haja necessidade de procedimento licitatório.

Fundamentação Jurídica

A Constituição da República de 1988 instituiu a licitação como regra nas contratações realizadas pela Administração Pública, conforme se verifica no inciso XXI, art. 37, da Carta Magna. Ao agir assim, busca-se obter a melhor contratação, ou seja, aquela mais vantajosa para a Administração Pública com observância dos princípios constitucionais da isonomia, impessoalidade, moralidade e eficiência. No entanto, a própria Lei Maior dispõe que há exceções a regra de licitar, possibilitando a contratação direta.

Segundo o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello,

“a licitação visa alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de



competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares.”(BANDEIRA DE MELHO, 2008)

Conforme orientação do Tribunal de Contas da União, a licitação não é mera formalidade burocrática, visto que fundada em princípios maiores, quais sejam a isonomia e a impessoalidade. Não obstante, somente, em condições excepcionais, com base no princípio da eficiência, a lei prevê a possibilidade da dispensa da licitação. Veja-se:

ACÓRDÃO Nº 34/2011 – PLENÁRIO – REL. MIN. AROLDO CEDRAZ:

12. **A obrigação de licitar não é mera formalidade burocrática, decorrente apenas de preceitos legais.** Ela se funda em dois princípios maiores: os da isonomia e da impessoalidade, que asseguram a todos os que desejam contratar com a administração a possibilidade de competir com outros interessados em fazê-lo, e da eficiência, que exige a busca da proposta mais vantajosa para a administração.

13. Assim, ao contrário do afirmado nas justificativas apresentadas, a licitação, além de ser exigência legal, quando bem conduzida, visa - e permite - a obtenção de ganhos para a administração. **E quando a possibilidade de prejuízos existe, a própria lei, novamente com base no princípio da eficiência, prevê os casos em que o certame licitatório pode ser dispensado**

Dentro desta excepcionalidade, dispõe o art. 24, inciso V, da Lei nº 8.666/93:

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;

Ilustrativamente, o Prof. Marçal Justen Filho elenca os quatro requisitos legitimadores para esta contratação direta (art. 24, V)¹, os quais coincidem com aqueles arrolados no Manual do Tribunal de Contas da União²:

- a. Realização de licitação anterior, concluída infrutiferamente;
- b. Ausência de interessados em participar da licitação anterior, o que provocou a frustração da disputa;
- c. Risco de prejuízos para a Administração, se o processo licitatório vier a ser repetido;
- d. Manutenção das condições idênticas àquelas da licitação anterior.

1 Justen Filho, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 350.

2 Brasil. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU - Tribunal de Contas da União**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 600



O grande ponto de discussão quanto à aplicação do art. 24, inciso V, da Lei das Licitações e Contratos Administrativos gira em torno da abrangência da expressão “*quando não acudirem interessados à licitação anterior*”, no sentido de saber se tal disposição albergaria as situações de licitação deserta ou, também, aquelas de licitação doutrinariamente conceituada como fracassada.

Grosso modo, o citado Manual de Licitações e Contratos do TCU³ conceitua licitação deserta e fracassada da seguinte forma:

Licitação Deserta – caracteriza-se quando não comparecem licitantes ao procedimento licitatório realizado.

Licitação Fracassada – caracteriza-se quando há participantes no processo licitatório, mas todos são inabilitados ou todas as propostas são desclassificadas.

Partindo dos conceitos supracitados e sabendo que a submissão da contratação direta aos termos do edital praticados anteriormente tem a finalidade de preservar o princípio da isonomia, visto que a ausência de interessados poderia não ocorrer com a modificação das condições do edital.

Em razão de o legislador ter admitido a aplicação dessa hipótese de contratação direta apenas “quando não acudirem interessados à licitação anterior”, uma primeira interpretação mais restritiva da disciplina legal conduziria a impossibilidade de aplicá-la aos casos de licitação fracassada. Isso porque, como já vimos, no certame fracassado verifica-se a presença de interessados por meio da apresentação de ofertas, contudo, esses concorrentes são inabilitados e/ou suas propostas são desclassificadas, de sorte que, ao final do procedimento, não se obtém uma proposta válida, apta para a celebração do contrato pretendido.

Noutro ponto, há entendimento de uma segunda conclusão tendo em vista a finalidade pretendida pela norma. O pressuposto a autorizar a dispensa de licitação na hipótese descrita no art. 24, inciso V, da Lei nº 8.666/93, não parece ser o simples fato de não acudirem interessados à licitação anterior, mas sim a necessidade de permitir a celebração da contratação

3 Brasil. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos** ... p. 890



sem que ocorra prejuízo à Administração, quando a licitação não alcançar esse fim e não houver tempo hábil para repeti-la sem prejuízo para a Administração.

Identificado esse pressuposto para a hipótese de dispensa de licitação em comento, vê-se que o resultado de uma licitação fracassada gera o mesmo efeito de uma licitação deserta quando esses certames não puderem ser repetidos sem prejuízo para a Administração. Daí porque, não é razoável aceitar que a solução prevista pelo legislador teria cabimento apenas para os casos de licitação deserta. Conclusão nesse sentido determinaria a ocorrência de prejuízo para a Administração no caso da licitação fracassada.

Neste sentido a Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União já adotou raciocínio esse entendimento⁴, vejamos:

“4.4.3 Exame: Estabelece o art. 24, inciso V, da Lei 8.666, de 1993, a possibilidade de dispensa de licitação pública se satisfeitas simultaneamente as seguintes condições: (a) falta em certame anterior de proposta reputada válida (interpretação extensiva dada por este Tribunal à expressa hipótese de não-comparecimento de interessados) e (b) impossibilidade justificada de repetição do certame sem que haja prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições pré-estabelecidas”.

Essas razões permitem concluir ser possível a contratação direta com fundamento no art. 24, inc. V, da Lei nº 8.666/93, também nas hipóteses em que a licitação for declarada fracassada, desde que preenchidos os requisitos legais, especialmente em vista do pressuposto que orienta essa hipótese legal de dispensa de licitação.

No caso em comento, vê-se o atendimento de todos os requisitos exigidos, tendo em vista que a primeira licitação deu deserta, e a segunda se deu fracassada, e a repetição do certame licitatório acarretaria um prejuízo imensurável para Administração Pública, tendo em vista que já estão ausentes os medicamentos psicotrópicos para uso nos tratamentos dos pacientes com doenças, mentais, epilepsia, transtorno bipolar, depressão, doença de Parkinson e etc, medicamentos estes que tem necessidades de serem disponibilizados de forma contínua pela Farmácia Básica do Hospital.

Vale ressaltar que deverá ser mantida todas as condições pré estabelecidas no edital.

⁴ Acórdão nº 4.748/2009 – 1ª Câmara - TCU



CONCLUSÃO.

São os fundamentos pelos quais esta Consultoria Jurídica **opina pela contratação direta** de aquisição de medicamentos psicotrópicos *in casu*, com fulcro no **Art. 24, inciso V da Lei 8.666/93**.

Jacareacanga, 07 de Agosto de 2015.

Julieth Pinheiro Negrão
Assessora Jurídica-PMJ
OAB/PA 21.034