



Estado do Tocantins
Procuradoria-Geral

PARECER JURÍDICO N.º 020/2015

ORIGEM: Processo de Licitação N.º 201501005 - CARTA CONVITE N.º 005/2015 – MENOR PREÇO POR LOTE

ASSUNTO: Solicitação de Parecer Jurídico – Hipótese de Dispensa de Licitação

Novamente aporta a esta Procuradoria-Geral o Processo de Licitação acima epigrafiado, para emissão de mais um parecer sobre a situação fática atual.

Consoante repetidas vezes explicitado, nos termos do Parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/93, a única manifestação obrigatória do corpo de assessoramento jurídico na Administração Pública adstringe-se à análise e aprovação das minutas do ato convocatório e do contrato administrativo, de resto já realizada.

Verifica-se, na hipótese sob a análise, que a primeira licitação propriamente dita foi realizada no dia 05/02/2015, que, todavia, nos termos da respectiva ATA nenhum interessado a ela compareceu, restando deserta. Em razão disto, foi realizada nova licitação (Republicação -A), consoante orientação dessa Procuradoria-Geral (Despacho n.º 002/2015), com início no dia 06/02/2015 e concluída em 13/02/2015, a qual, conforme Ata própria, também se revelou frustrada por falta de quórum legal, apesar de convidada mais uma empresa. Novamente consultada, esta Procuradoria-Geral, por meio do Parecer n.º 011/2015, de 20/01/2015, manifestou-se pela realização de nova licitação, convidando-se mais licitantes e dando a mais ampla publicidade possível, o que foi feito mediante a Republicação-B, iniciada em 08/04/2015. Não obstante tudo isso, também restou frustrada pela ausência de quórum legal.

Por tal razão, esta Procuradoria-Geral foi novamente instada a manifestar-se sobre a conduta a seguir, assim o fazendo:

Consoante já analisado, foram realizadas três licitações que resultaram frustradas. Uma deserta, e as outras duas, irrealizáveis por falta de quórum legal.

Há diferença entre licitação deserta e fracassada, tendo em vista que a licitação é deserta quando não comparecer ao ato licitantes interessados, enquanto que, fracassada é aquela a que comparecem licitantes interessados, mas nenhum é selecionado, em decorrência de habilitação ou da desclassificação, não sendo esta a hipótese dos autos.

Logo, tecnicamente, não houve licitação fracassada, mas óbvio, para não dizer ululante, desinteresse das empresas locais que atuam no ramo do objeto licitatório para contratar com a Administração Pública, comportando, a nosso sentir e plenamente a contratação direta, por dispensa de licitação, com fundamento no inciso V, do artigo 24, da Lei 8.66/93 e alterações subsequentes, assim textualizado:

Art. 24. É dispensável a licitação:



Estado do Tocantins Procuradoria-Geral

(...)

V – quando não acudirem interessados à licitação e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;”

Simple leitura do dispositivo legal supra evidencia que existem três requisitos cumulativos para o enquadramento de uma licitação na modalidade dispensa de licitação, tais sejam:

- a) Não terem acudido interessados à licitação anterior, requisito este presente neste caso concreto, onde se encontra indubitosa a falta de licitantes interessados, como faz prova todo o processado neste feito;
- b) A nova licitação, justificadamente, poderá causar prejuízo para a Administração.

No caso em tela, foram realizadas três licitações na tentativa de possibilitar a contratação do objeto licitatório, de caráter essencial para o exercício das atividades administrativas da Licitante, em face da formalidade de que deve revestir seus atos, de sorte que a realização de um novo procedimento licitatório obedecidas todas as formalidades e exigências legais importará fatalmente a paralisação da máquina administrativa, na medida em que a aquisição de suprimentos de informática é medida indispensável para dar-se a continuidade regular e devida aos serviços administrativos internos, bem como os legislativos e parlamentares.

Repita-se, não obstante sucessivas licitações, nenhum interessado acudiu ao certame, e os que a ele compareceram não perfaziam o quórum legal para adjudicação do objeto.

Indubitavelmente, a repetição de um novo procedimento licitatório causará sérios e graves prejuízos para a Administração, posto que, frise-se, a aquisição regular de suprimentos de informática, em consonância com a necessidade administrativa reinante, é condição imprescindível para que seus serviços não sofram solução de continuidade.

- c) manutenção de todas as condições preestabelecidas.

Em outras palavras, as condições da contratação por dispensa deverão ser as mesmas dos processos licitatórios anteriormente realizados.

Segundo a doutrina especializada, o pressuposto autorizador da dispensa de licitação na hipótese do artigo 24, V, do Estatuto Licitatório, não é o simples fato de não acudirem interessados à licitação anterior, mas sim a necessidade de permitir a celebração da contratação sem que ocorra prejuízo à Administração, quando a licitação não alcançar o fim a que se destinou e não houver tempo hábil ou conveniência administrativa para repeti-la sem prejuízo da Administração.

Com efeito, diante da extrema necessidade de aquisição dos suprimentos de informática é imprescindível para a execução e manutenção das tarefas administrativas da



Estado do Tocantins Procuradoria-Geral

Casa, não restando prudente, providente, justificada e nem razoável postergar-se por mais tempo, quiçá indefinido, a respectiva contratação para fornecimento dos mesmos.

Não se há de negar, tal pressuposto está claramente caracterizado neste feito, impondo-se imperativa a contratação direta, na forma legal.

Entendimento do TCU contempla que:

“... No entanto, observa que a doutrina diferencia licitação deserta de fracassada, no dizer de Zanella de Prieto, em Direito Administrativo Brasileiro, Atlas, 14 ed., p. 313 e em face da divergência doutrinária procurar arrimo na jurisprudência prevalecente desta Corte de Contas onde se busca fundamento jurídico último, a ratio juris do inciso V do art. 24 da Lei n. 8.666/1993, que é obstar a ocorrência de algum prejuízo à Administração por conta da injustificada repetição de um procedimento licitatório, autorizando-se a contratação direta quanto à licitação anteriormente realizada, por razões alheias à ação do Poder Público, não logra êxito. Mesmo assim, defende que essa alegada possibilidade de ocorrência de prejuízo à Administração por conta da repetição do certame, assim como a presumível eliminação daquele prejuízo com a imediata contratação direta, ou mesmo porque não se iniciou o procedimento licitatório anteriormente, deverá estar convincentemente demonstrada por parte do órgão desejoso de contratar, visto ser isso o que inequivocamente deflui do preceito legal em comento ao aludir à licitação que, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração”.¹

“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, § 2.º da Lei n.º 8.666/93, como por exemplo o preço estimado pela Administração”.²

Joel de Menezes Niebuhr, em sua obra *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*³, assim se preleciona sobre a configuração do pressuposto **prejuízo**:

“Além disso, o dispositivo em comento só justifica a contratação direta se a realização de nova licitação impuser prejuízo para a Administração. Nesse ponto residem as maiores dificuldades com relação ao inciso, dado que, evidentemente, não basta alegar qualquer sorte de prejuízo. Isso porque a

¹ Acórdão 551/2002, 2.ª Câm.

² Contratação direta sem licitação. 1.ª ed., Brasília. Ed. Livraria Editora Brasília Jurídica. 1995, p. 180. Acórdão 142/1996, 2.ª Câm.

³ São Paulo: Dialética. 2003, pp. 290-1.



Estado do Tocantins Procuradoria-Geral

realização de licitação pública sempre implica algum dispêndio e, por corolário, poder-se-ia dizer, algum prejuízo. Sob essa luz, é necessário que repetição da licitação inviabilize ou provoque gravame a algum bem jurídico visado pela Administração.

Impende advertir que o prejuízo de que trata o inciso V do artigo 24 da Lei 8.666/93 é diferente do prejuízo definido no inciso IV do mesmo artigo, relativo à dispensa causada por situação de emergência ou calamidade pública. No inciso IV, a contratação direta é fundada na urgência ou calamidade pública. No inciso V o prejuízo não concerne necessariamente à urgência, mas a outros fatores, já que, se assim fosse, a hipótese nele prevista seria reconduzida ao inciso IV.

(...)

Se a Administração opta por repetir a licitação e, se mesmo assim, o novo certame fracassa, já não resta dúvida de que se deve proceder à dispensa, haja vista que foge da razoabilidade obriga-la a realizar infinitas licitações diante de situação reveladora de limitações do próprio mercado. A repetição da licitação, por mais de uma vez, desnuda o prejuízo no inciso em apreço. (grifos originais).

De todo modo, convém salientar que a análise do potencial prejuízo decorrente da repetição da licitação depende das peculiaridades de cada caso. Devem os agentes administrativos e os órgãos de controle agir com ponderação, sempre em vistas da razoabilidade, a fim de, efetivamente, curarem o interesse público".

Sendo assim, embora este caso concreto não seja tecnicamente de licitação deserta e nem fracassada, entende-se que em razão da similaridade de fundamentos, pode-se aplicar-lhe, por analogia, a solução dada pelo inciso V do artigo 24 do Estatuto Licitatório, máxime para evitar grave prejuízo à Administração e em homenagem aos princípios da racionalidade, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência administrativas.

Por todo o exposto, o procedimento a seguir, a nosso ver, é, no mesmo procedimento licitatório, instaurar e dar prosseguimento a um processo específico de dispensa de licitação, aproveitando-se os atos anteriores, após encerrar-se a licitação frustrada, com os respectivos atos, inaugurando-se um "novo capítulo" do processo para a dispensa da licitação, inclusive justificando satisfatoriamente tal necessidade e atribuindo ao termo de dispensa numeração diferente dos Editais das licitações anteriores.

Gurupi, 11 de setembro de 2015.


Mirian Fernandes - Procuradora-Geral
Portaria 004/2015.