

Aldem Johnston Barbosa Araújo

*Advogado da UEN de Direito Administrativo e Regulatório de Lima e Falcão Advogados,
Assessor Jurídico da Diretoria de Vigilância em Saúde da Secretaria de Saúde do Recife e
Consultor Jurídico do Departamento de Vigilância Sanitária de Olinda*

Resumo: Estudo sobre a visão da doutrina e dos tribunais de contas acerca da dispensa de licitação autorizada pela Lei Federal nº 8.666/93 nos casos em que houve desinteresse pelo certame ou fracasso na realização do mesmo motivado por carência de habilitação ou de propostas dos licitantes.

Abstract: A study of the doctrine and accounts courts views on bidding exemption authorized under Federal Law 8.666/93 in cases where there was little interest in bidding or a failure in its undertaking due to a deficiency in qualifying or in the proposals of those bidding.

Sumário: 1 – Introdução, 2 – Licitação fracassada e/ou licitação deserta, a polêmica do inciso V do artigo 24 da Lei 8.666/93, 3 - Requisitos para realizar a contratação direta prevista no inciso V do artigo 24 da Lei 8.666/93, 4 - A previsão contida no inciso VII do artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos como espécie de licitação fracassada e os requisitos para se realizar uma contratação direta nos casos em que ela ocorrer, 5 – Conclusão.

Palavras-chave: licitação deserta – licitação fracassada – contratação direta.

Keywords: desert bidding – failed bidding – direct hiring

1) Introdução

Por força de mandamento constitucional, a Administração só pode adquirir os bens e serviços necessários para o atendimento do interesse público por meio de um procedimento formal (alinhado de licitação), tutelado por lei, em que, em condições de igualdade, particulares competem para poder contratar com ela, devendo prevalecer sempre a proposta mais vantajosa.

Segundo o Guia Valor Econômico de Licitações (**vide nota 01**) a cada dia, a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal torna público cerca de 11.000 editais de licitação. Citando dados de 2001 e 2002, o Guia aponta que a União e os Estados respectivamente realizaram, no período de um ano, 41.549 e 159.036 licitações.

Ainda consoante a publicação, estimativas apontam que em 2003 as esferas governamentais da União, dos 27 Estados e dos 5.561 Municípios do Brasil gastaram através de licitações valores da ordem de 120 bilhões de Reais.

Todavia, mesmo com este cenário que indica ampla possibilidade de negócios, nem sempre a licitação se efetua, quer seja por que ela não despertou o interesse nos particulares de contratar com a Administração, quer seja porque os que acudiram ao chamamento editalício não lograram êxito em atender aos requisitos do certame ou não apresentaram propostas em conformidade com os preços praticados no mercado.

Nestas hipóteses em que a licitação não alcançou o seu objetivo, que é o de selecionar dentre os particulares aquele que além de estar apto a cumprir com as obrigações contratuais da futura avença a ser celebrada com o Estado apresentou a proposta mais vantajosa, a Lei Federal nº 8.666/93 (que é a norma que serve de regramento para todas as licitações empreendidas pelo Poder Público) contempla requisitos que, quando atendidos, autorizam que a Administração contrate diretamente um particular sem a necessidade de promover um processo licitatório.

E é sobre estas exceções (nos casos de desinteresse ou fracasso do certame) à obrigatoriedade de o Estado licitar previamente para contratar com os particulares que cuidarão as linhas a seguir.

2) Licitação fracassada e/ou licitação deserta, a polêmica do inciso V do artigo 24 da Lei 8.666/93

Cumprido de início anotar que não é pacífica na doutrina a conceituação dada à licitação fracassada.

Por um lado, há quem entenda ser a licitação fracassada **um sinônimo** da chamada licitação deserta (ou frustrada) (**vide nota 02**). Neste sentido:

“Essa hipótese de dispensa de licitação, também cognominada de **‘licitação deserta ou fracassada’**, como a hipótese do inciso anterior, igualmente exige o atendimento de requisitos sem os quais não poderá ser legitimada a contratação direta.

São eles:

- a) ocorrência de licitação anterior;
 - b) ausência de interessados;
 - c) risco de prejuízo caracterizado ou demasiadamente aumentado pela demora decorrente de processo licitatório;
 - d) inevitabilidade do prejuízo mediante contratação direta;
 - e) manutenção das condições ofertadas no ato convocatório anterior.
- (...)

O requisito seguinte é que a licitação procedida pela unidade não tenha gerado a adjudicação, em razão de:

a) não terem comparecido licitantes interessados, hipótese denominada de 'licitação deserta';

b) ter comparecido licitante sem a habilitação necessária;

c) ter comparecido licitante habilitável, mas que não apresentou proposta válida.

Essas duas últimas hipóteses também se denominam 'licitação fracassada'.

Há equivalência entre as três situações, porque não se pode acolher como 'interessado' aquele que comparece sem ter condições jurídicas para contratar, ou formula proposta que não atende aos requisitos do ato convocatório, ou vem a ter desclassificada sua proposta, na forma do art. 48 da Lei nº 8.666/93."

(Jorge Ulisses Jacoby Fernandes in Contratação Direta sem Licitação, 7ª edição, 2ª tiragem, Belo Horizonte: Fórum, 2008, págs. 350 e 352)

"Entendemos que tal enquadramento também abrange hipóteses de 'licitação fracassada', ou seja, na hipótese de os possíveis interessados não conseguirem ultrapassar as fases da licitação (nesse sentido também entende Hely Lopes Meirelles)." (Sidney Bittencourt in Licitação passo a passo, 4ª edição, Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2002, pág. 109, citado por Joel de Menezes Niebuhr in Licitação Pública e Contrato Administrativo, Curitiba: Zênite, 2008, pág. 83)

"Caracteriza-se o desinteresse quando nenhum licitante acode à licitação, ou todos são inabilitados, ou nenhuma proposta é classificada, muito embora, neste último caso, a Administração possa convidar os proponentes para reformular suas ofertas (art. 48 § 3º)." (Hely Lopes Meirelles in Licitação e Contrato Administrativo, 15ª edição, atualizada por José Emanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini, São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 148)

"licitação deserta, ou 'fracassada', cuja repetição seja prejudicial à Administração. Não precisaria este inciso declinar 'prejuízo para a Administração', pois é evidente que qualquer repetição de licitação é prejudicial, em vários sentidos, à entidade que licita; toda repetição prejudica (em preços, prazos, condições)." (Ivan Barbosa Rigolin & Marco Tullio Bottino in Manual Prático das Licitações, 7ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 323)

Para tais autores, a ocorrência de uma licitação fracassada (onde todos os disputantes e suas propostas não atendem os requisitos constantes do edital) autoriza o Administrador Público (ordenador de despesa), tal qual a licitação deserta (onde nenhum licitante se interessa em participar da licitação para contratar com o poder público), a realização de uma dispensa de licitação com base no inciso V do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93 cuja redação é a seguinte:

"é dispensável a licitação 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".

Todavia, há também quem prelecione que as figuras da licitação fracassada e da licitação deserta (ou frustrada) são figuras distintas, que não se confundem:

"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)

"Maria Sylvia Zanella Di Pietro menciona que 'a licitação deserta não se confunde com a licitação fracassada'. **Na deserta, ninguém chegou a apresentar documentação para participar da licitação; na fracassada, houve manifestação de interesse, de modo que foram apresentadas propostas.** Porém, todas essas propostas foram inabilitadas ou desclassificadas, de modo que não restou uma única proposta na licitação que pudesse ser aproveitada pela Administração." (Lucas Rocha Furtado in Curso de Licitações e Contratos Administrativos, Belo Horizonte: Fórum, 2007, págs. 81/82)

"O não comparecimento de licitantes regularmente convocados configura o que se denomina licitação deserta, convido a tentativa de conseguir algum interessado em realizar o objeto naquelas condições porque o desinteresse constatado pode fazer supor que a repetição pura e simples

da licitação não constitua atrativo suficiente para concorrentes potenciais. Não se confunde esta hipótese, portanto, com a assim chamada licitação fracassada: nesta ocorre o comparecimento de licitantes que apresentam propostas, mas a Comissão não habilita nenhum deles ou não classifica nenhuma delas, por motivos jurídicos, técnicos ou financeiros, não propiciando a dispensa para o mesmo objeto com este fundamento." (Edmir Araújo Netto in Curso de Direito Administrativo, 5ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 566)

"Entendemos que o desinteresse configura-se quando nenhum particular assumo a postura de desejar a contratação, sequer atendendo à convocação. Ou então quando os que se tenham apresentado forem provavelmente inidôneos. Tais ocorrências é que têm constituído o que a doutrina denomina de licitação frustrada ou deserta, nomenclatura que, como pode se observar, indica que não se consumou o objetivo do procedimento: a seleção da melhor proposta. Não é o caso em que os candidatos tenham sido desclassificados por inobservância do edital." (José dos Santos Carvalho Filho in Manual de Direito Administrativo, 14ª edição, revista e ampliada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pág. 209)

"A licitação deserta difere da licitação fracassada e com esta não se confunde. No primeiro caso não ocorrem participantes, e no segundo, por motivos de inabilitação, desclassificação ou desistência, a licitação fica sem disputantes, tornando impossível ao gestor, a escolha de qualquer proposta. Na ocorrência de licitação fracassada deverá a Administração repetir o procedimento licitatório, não podendo se socorrer das condições previstas no item V deste artigo para a contratação direta (...)

Assim, o insucesso da disputa, que permite a contratação direta, diz respeito aos casos de licitação deserta, sem interessados, sem disputantes e não à hipótese de licitação fracassada, à qual acorreram interessados, mas que terminou sem participante." (Antonio Roque Citadini in Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas, São Paulo: Max Limonad, 1996, págs. 152/153)

"A dispensa prevista neste inciso deve ser precedida da indagação se a repetição da licitação trará prejuízo à Administração Pública ou não? Sendo afirmativa a resposta, ou seja, a repetição do certame trará prejuízo, a autoridade (ordenador de despesa) que concedeu a abertura da licitação deverá, em despacho nos autos, declinar as razões que a convenceram a praticar o ato.

Esta licitação é considerada tecnicamente 'deserta' e não deve ser confundida com a licitação 'frustrada ou fracassada', que ocorre quando, embora acudissem licitantes, ou forma inabilitados (documentação em desarmonia com o edital ou convite) ou foram desclassificados (propostas em desacordo com o edital ou convite), caso em que antes da possibilidade de dispensa ou licitação deve ser observada a regra estabelecida no parágrafo púnico do art. 48 da Lei nº 8.666/93, que possibilita aos licitantes a reapresentação de nova documentação ou proposta." (Benedicto de Tolosa Filho & Luciano Massao Saito in Manual de Licitações e Contratos Administrativos, Rio de Janeiro: Aide, 1995, págs. 14/15)

Longe de ser apenas uma querela acadêmica, a questão tem implicações de ordem prática, pois o Administrador Público (ordenador de despesa) ao se deparar com uma licitação onde nem os licitantes nem as suas respectivas propostas findaram por atender os requisitos constantes do ato convocatório, poderá - dependendo da corrente doutrinária - promover ou não uma contratação direta com fulcro no inciso V do artigo 24 da Lei de licitação e contratos públicos.

O dissenso doutrinário reverbera na jurisprudência dos órgãos de controle externo, uma vez que o Tribunal de Contas da União outrora difere a licitação deserta da licitação fracassada outrora trata ambas como se fossem sinônimas.

Em primeiro lugar, tragamos à baila os posicionamentos do TCU que distinguem as figuras da licitação deserta e da licitação fracassada:

"Acórdão 32/2003 - Primeira Câmara

Processo 007.358/2002-5

Ministro Relator MARCOS BEMQUERER

Ementa Representação formulada por licitante. Possíveis irregularidades praticadas pela Prefeitura Municipal de Macapá AP. Restrição ao caráter competitivo em licitação. Conhecimento. Procedência parcial. Determinação. Arquivamento. - Licitação. Comprovação da capacidade técnico-operacional. Análise da matéria.

(...)

6.2.3 Análise:

(...)

b) conforme já expandido no subitem 5.4.4 desta instrução, entendemos que a licitação a que se refere a irregularidade em análise restou fracassada e não deserta como a define o responsável na sublinha a.2 da síntese de suas razões. **A licitação deserta é aquela à qual não acorrem interessados e, portanto, não existem sequer proponentes habilitados. Por sua vez, na licitação fracassada há a presença de licitantes, que participam efetivamente da reunião, mas não conseguem se habilitar ou apresentar propostas válidas;**"

"Acórdão 551/2002 - Segunda Câmara

Processo 013.721/1999-2

Ministro Relator UBIRATAN AGUIAR

Ementa Auditoria. TRF 5ª Região PE. Área de licitações e contratos. Recurso extraordinário e pedido de reexame de acórdão que aplicou multa ao responsável e de decisão que determinou a adoção de providências quanto à contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação, fracionamento de despesa, contrato para aquisição de passagem como serviço de natureza contínua, prorrogação irregular de contrato, contratação irregular de pessoal para prestação de serviços inerentes a cargos da estrutura do órgão. Ausência de fatos novos. Negado provimento. Não conhecimento do recurso extraordinário ante a inexistência deste tipo de recurso no TCU. - Dispensa de licitação em situação emergencial ou calamitosa e para contratação de consultoria organizacional. Considerações.

(...)

81. Argumento: O recorrente argumenta que Hely L. Meirelles ensina que se os interessados não forem idôneos, ou vierem a ser desqualificados, não se pode considerá-los como licitantes e transcreve trecho nesse sentido do ilustre administrativista. Ademais, insurge-se sobre a possibilidade de prorrogar o contrato anterior enquanto seria realizada nova licitação, pois, diz, esse não previa a possibilidade de prorrogação e, acrescenta, que a contratação emergencial seria do alvitre da Administração.

82. Análise: Entende a Unidade Técnica que, de fato, o autor citado entende como desinteresse pela licitação os casos de não acudirem licitantes, ou todos serem desqualificados ou nenhuma proposta classificada como se lê na sua obra Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 26^a ed., p.264. No entanto, observa que a doutrina diferencia licitação deserta de fracassada, no dizer de Zanella Di Pietro, em Direito Administrativo, Atlas, 14^a ed., p. 313 e em face da divergência doutrinária procurar arrimo na jurisprudência prevalecente desta Corte de Contas onde se busca o fundamento jurídico último, a ratio juris do inciso V do art. 24 da Lei na 8.666/93, que é obstar a ocorrência de algum prejuízo à Administração por conta da injustificada repetição de um procedimento licitatório, autorizando-se a contratação direta quando a 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 por que 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.”

Agora, os posicionamentos daquela Corte de Contas em que a licitação deserta e a licitação fracassada são entendidas como sinônimas (ou seja, ambas amparadas no inciso V do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93):

“Acórdão 107/2003 - Plenário

Processo 006.857/2002-0

Ministro Relator UBIRATAN AGUIAR

Ementa

Denúncia. Possíveis irregularidades praticadas pelo Parque de Material Aeronáutico de Recife - Pamarf. Licitação. Fracionamento de despesa. Ausência de termo formalizando prorrogação contratual. Ausência de aplicação de penalidade ante o atraso na conclusão de obras. Pagamento antecipado. Não-exigência de garantias. Ausência de cronograma físico-financeiro, de orçamento detalhado e de boletins de medição. Contratação direta. Extrapolação do limite legal para reforma de equipamento. Determinação. Conversão dos autos em tomada de contas especial. Citação. Audiência.

(...)

9.3.2.6 não-manutenção das mesmas condições preestabelecidas no instrumento convocatório da licitação fracassada, nos termos do art. 24, V, da Lei nº 8.666/93, uma vez que foi retirado do objeto da contratação o fornecimento dos materiais (PAG 561/2000);

(...)

9.3.3 - Sr. José Francisco dos Santos Sobrinho, por ter certificado que a contratação direta, referente ao PAG 561/2000, encontrava-se em conformidade com a Lei nº 8.666/93, sendo que não foi verificada a capacidade técnica da empresa que foi contratada - 'Barma Engenharia Ltda.' e também não foram mantidas as mesmas condições preestabelecidas no instrumento convocatório da licitação fracassada, nos termos do art. 24, V, da Lei nº 8.666/93, uma vez que foi retirado do objeto da contratação o fornecimento dos materiais;"

"Acórdão 136/2000 - Segunda Câmara

Processo 017.206/1996-0

Ministro Relator BENJAMIN ZYMLER

Ementa Auditoria. INMETRO. Área de convênios e contratos. Concessão irregular de empréstimo ao IPM PB. Pagamento indevido de despesas com pessoal cedido e com inativos. Alteração quantitativa de objeto contratual além do limite legal. Extensão de seguro saúde e auxílio alimentação a terceiros contratados. Contratação de serviços de publicidade sem licitação. Contratação de pessoal sem concurso público. Licitação sem definição do objeto. Inobservância dos requisitos para habilitação de licitantes. Restrição ao caráter competitivo. Contrato irregular e antieconômico. Justificativas insatisfatórias. Multa.

(...)

47. Por fim, a Unidade Técnica, com supedâneo no relatório da equipe de auditoria, propôs a realização das seguintes determinações ao INMETRO (abaixo de cada determinação, relato os fatos e fundamentos que a suportam, segundo o relatório da equipe de auditoria e a análise da 7ª SECEX):

(...)

47.12. No contrato celebrado com empresa SOCIPLAN, cujo objeto seria a prestação de serviços de manutenção em edifícios do INMETRO, os materiais adquiridos pela empresa para realizar a manutenção haveriam sido pagos pelo INMETRO antes da apresentação das notas fiscais.

'm) providenciar para que, nas contratações efetuadas com dispensa de licitação amparada no inciso V do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, seja rigorosamente cumprida a exigência legal, de manter-se, nos casos de contratação direta com base naquele dispositivo, todas as condições exigidas na licitação fracassada, em especial quanto aos requisitos para a habilitação dos licitantes;"

Tal qual o TCU, os Tribunais de Contas Estaduais também divergem sobre a caracterização da licitação fracassada como hipótese albergada pelo inciso V do artigo 24 do Estatuto de Licitações e Contratações Públicas, ora repelindo-a (por entender que o permissivo legal só contempla a licitação deserta) ora albergando-a (tratando a licitação fracassada como sinônimo de licitação deserta e passível de dispensa de licitação nos moldes do inciso V do artigo 24 da Lei 8.666).

Por exemplo, os Tribunais de Contas de São Paulo e de Santa Catarina entendem que a licitação fracassada (onde todos os disputantes e as suas respectivas propostas não lograram êxito na habilitação ou classificação) não autoriza a realização de uma dispensa para contratação direta com fulcro no inciso V do artigo 24 da Lei de licitações e contratos administrativos, já que esta autorização dada pela lei seria exclusiva para os casos em que ocorre a licitação deserta (em que não acudiram interessados para disputar o certame):

TC-001118/006/07

Contratante: Prefeitura Municipal de Altinópolis.

Contratada: Aline Barboza Júlio Ribeirão Preto.

Autoridade(s) que Dispensou(aram) a Licitação: Wadis Gomes da Silva (Prefeito).

Ordenador(es) da Despesa: Tânia de Fátima Smocking (Secretária de Administração).

Objeto: Aquisição de dois ônibus urbanos.

Em Julgamento: Dispensa de Licitação (artigo 24, inciso V, da Lei Federal nº 8.666/93 e posteriores atualizações).

Nota de Empenho nº 04242 emitida em 19-08-05. Valor - R\$133.700,00. Justificativas apresentadas em decorrência da(s) assinatura(s) de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII da Lei Complementar 709/93, pelo Conselheiro Fulvio Julião Biazzi, publicada(s) em 04-06-08.

Advogado(s): Marcelo Palavéri, Marcela de Carvalho Carneiro e outros.

Auditada por: UR-6 - DSF-II.

Auditoria atual: UR-6 - DSF-II.

Relatório

(...)

Mencionou, com relação à dispensa de licitação nº 15/05, que não houve configuração de precedente licitação deserta, mas de licitação fracassada, pois, na Tomada de Preços nº 06/05, houve participação de empresas para o item 3 (dois ônibus urbanos, para transporte escolar).

Voto

(...)

De outra parte, a dispensa de licitação nº 015/05 (TC 1118/006/07) não decorreu de licitação deserta, mas de licitação fracassada, pois foram apresentadas propostas, para os ônibus urbanos, que foram consideradas desinteressantes (fls.66/67), além de terem sido modificadas as condições do edital que exigiam, no mínimo, ano de fabricação 1997, enquanto os veículos adquiridos são de 1996.

Prejulgado **0822**

Processo: CON-TC6672601/96

Parecer: 350/99

Decisão: 1369/2000

Origem: Companhia de Gás de Santa Catarina

Relator: Conselheiro Antero Nercolini

Data da Sessão: 22/05/2000

Data do Diário Oficial: 30/08/2000

As disposições da Lei Federal nº 8.666/93 relativas à dispensa de licitação devem ser interpretadas restritivamente, pois a regra geral é a realização do processo licitatório, consoante mandamento do artigo 37, XXI, da Constituição Federal e artigo 2º da citada Lei.

A dispensa de licitação com fundamento no inciso V do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93 só é admissível quando nenhum interessado apresentar envelopes de documentação de habilitação e proposta de preços - licitação deserta. Não cabe a dispensa quando todos os participantes foram inabilitados ou desclassificados - licitação fracassada -, sujeitando a Administração à repetição do certame.

Por seu turno, os Tribunais de Contas de Pernambuco e do Distrito Federal entendem que a licitação fracassada pode ser enquadrada no inciso V do artigo 24 da Lei das licitações e contratações da administração pública, sendo assim filiados à corrente que classifica tal fenômeno como sinônimo à licitação deserta:

PROCESSO T.C. Nº 0906441-2

AUDITORIA ESPECIAL REALIZADA NA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO, ESPORTE E LAZER DA PREFEITURA DA CIDADE DO RECIFE

RESPONSÁVEL: Sr. CLÁUDIO DUARTE DA FONSECA

RELATOR: CONSELHEIRO CARLOS PORTO

ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA

DECISÃO T.C. Nº 0821/10

Decidiu a Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado, à unanimidade, em sessão ordinária realizada no dia 20 de julho de 2010, CONSIDERANDO o Parecer MPCO nº 196/2010, às fls. 296 a 305, volume II dos autos;

CONSIDERANDO que no processo de dispensa de Licitação nº 13/2009 ocorreu descumprimento do artigo 24, inciso V, da Lei nº 8.666/93, ao se alterarem as condições estabelecidas no Pregão Eletrônico nº 38/2009, que restou fracassado;

Julgar REGULAR, COM RESSALVAS, a documentação objeto da presente Auditoria Especial.

Aplicar, nos termos do artigo 73, inciso I, da Lei Estadual nº 12.600/2004, ao Sr. Cláudio Duarte da Fonseca, multa no valor de R\$ 3.000,00, que deve ser recolhida, no prazo de 15 (quinze) dias do trânsito em julgado desta Decisão, ao Fundo de Aperfeiçoamento Profissional e Reequipamento Técnico do Tribunal, por intermédio de boleto bancário a ser emitido no sítio da internet desta Corte de Contas (www.tce.pe.gov.br).

Excluir de responsabilização, no presente Processo, o Sr. Bruno Santos Cunha, Procurador Judicial da Prefeitura da Cidade do Recife.

Outrossim, determinar, com base no disposto no artigo 69 da Lei Estadual nº 12.600/2004, que o atual gestor da Secretaria de Educação, Esporte e Lazer da Prefeitura da Cidade do Recife atente para que, **nas dispensas de licitação fundamentadas no inciso V, do artigo 24, da Lei Federal nº 8.666/93, o objeto e as demais condições da contratação permaneçam exatamente iguais aos previstos na licitação fracassada.**

Por fim, determinar que seja anexada cópia do Inteiro Teor da Deliberação (ITD) e da presente Decisão à Prestação de Contas da

Secretaria de Educação, Esporte e Lazer da Prefeitura da Cidade do Recife, relativa ao exercício financeiro de 2009.

Número do Processo: 1200 /2003

Ano do documento: 2004

Assunto: Consulta

Data da sessão: 07/10/2004

Jurisdicionados:

Câmara Legislativa do DF Comp Imobiliária de Brasília

Nome do Relator: Marli Vinhadeli

Interessado: Deputada ELIANA PEDROSA

Voto Vista

(...)

42. No escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello^[23], licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente.

43. Portanto, não há falar em licitação sem disputa, sem competição, sem concorrência. Por certo que podem haver licitações com um só licitante ou concorrente habilitado, mas não sem permitir, e até mesmo incentivar, a participação de tantos quanto possível. Note-se que a licitação em que não acodem interessados é chamada deserta ou fracassada. E a licitação é inexigível quando não há possibilidade de competição.

44. Sem competição, portanto, não há licitação, mas, sim, contratação direta, o que, como dito pelo próprio Cons. Relator, não é admitida, por falta de previsão legal.

Ante a tal quadro de indefinição, resta ao Administrador Público (ordenador de despesa) cercar-se de cautelas, pois dependendo do posicionamento seguido pelo Tribunal de Contas ao qual ele submete o controle dos seus atos, deverá ele se abster de realizar dispensa de licitação com fulcro no inciso V do artigo 24 da Lei de licitações e contratações administrativas nos casos de licitação fracassada, já que, como exposto alhures, parcela relevante da doutrina e da jurisprudência das cortes de contas se inclina pela infungibilidade entre os conceitos de licitação fracassada e licitação deserta.

3) Requisitos para realizar a contratação direta prevista no inciso V do artigo 24 da Lei 8.666/93

Partindo da premissa que as linhas anteriores já discorreram o suficiente sobre os efeitos da ausência de interessados e da não habilitação e classificação de todos os licitantes e de todas as suas propostas numa licitação anterior que será sucedida por uma contratação direta, passamos a analisar apenas os demais requisitos exigidos pelo inciso V do artigo 24 da Lei das licitações e contratações públicas.

Hely Lopes Meirelles, em obra atualizada por José Emanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini, enfatiza de forma sintética aquilo que poderíamos

chamar de diretriz básica para a contratação direta que se dê com fulcro no inciso V do artigo 24 da Lei de licitações e contratos:

“O que não poderá é contratar diretamente com quem não apresente os requisitos exigidos para a habilitação ou em condições mais favoráveis ao contratado ou menos vantajosas para o serviço público do que estabelecidas no instrumento convocatório inicial.

Se comparecer apenas um licitante, qualificado para o contrato, a Administração não pode adjudicar-lhe o objeto pretendido. O essencial é que este único pretendente tenha condições para contratar, **segundo as exigências do edital, no que tange a capacidade jurídica, regularidade fiscal, capacidade técnica e idoneidade financeira, que não de ser verificadas antes da contratação, e que o contrato seja vantajoso para a Administração.**” (Hely Lopes Meirelles in Licitação e Contrato Administrativo, 15ª edição, atualizada por José Emanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini, São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 148)

Além desta necessária obediência aos MESMOS parâmetros da licitação fracassada anterior, a contratação direta fundamentada no inciso V do artigo 24 da Lei de licitações e contratações públicas deverá afastar, de forma comprovada, os prejuízos que seriam advindos da realização de um novo certame. Neste toar, vejamos a lição de Diógenes Gasparini:

“A nova licitação, no entanto, pode ser prejudicial à Administração Pública em face do tempo demandado para sua realização, causando-lhe um acréscimo no valor do contrato (prejuízo financeiro) ou atraso na prestação do serviço ou utilização da obra (prejuízo administrativo).

Daí a razão dessa hipótese de licitação dispensável. Assim, caracterizada a situação de deserção **e demonstrado o efetivo prejuízo financeiro ou administrativo, a contratação poderá ser celebrada sem licitação.** Mas isso não é tudo, pois o inciso em apreço exige para essa contratação a observância das mesmas condições da licitação havida como deserta (prazo de início, de conclusão, de entrega, condições de execução e de pagamento). Qualquer alteração que se fizer nas condições do edital ou do contrato para facilitar a contratação direta acarretará a nulidade do ajuste decorrente e a responsabilidade dos seus causadores.” (Diógenes Gasparini in Direito Administrativo, 15ª edição, atualizada por Fabrício Motta, São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 580)

Reforçando a lição de Diógenes Gasparini trazemos a opinião de Ronny Charles Lopes de Torres que ressalta a importância de a contratação direta ocorrida após a licitação fracassada, além de manter as mesmas condições do ato convocatório anterior, ser fundamentadamente uma alternativa mais vantajosa para a Administração no sentido de evitar prejuízos com a realização de uma nova licitação:

“... a hipótese de dispensa exige a manutenção das mesmas condições e, inclusive, a justificativa da autoridade competente a qual aponte os prejuízos advindos de uma nova tentativa de certame.” (Ronny Charles

Lopes de Torres in Leis de Licitações Públicas Comentadas, 2ª edição, Salvador: Juspodivm, 2009, pág. 111)

Sobre a natureza do prejuízo a ser evitado com a realização da dispensa de licitação autorizada pelo inciso V do artigo 24 da Lei 8.666, Marçal Justen Filho nos brinda com importante esclarecimento:

“Os prejuízos a que se refere o inciso não têm natureza idêntica aos do inc. IV. Se o inc. V estabelecesse requisitos idênticos aos do inciso IV, seria inútil e desnecessário. **Não se exige um prejuízo irreparável ou a periclitación da integridade ou segurança de pessoas etc.** O vocábulo ‘prejuízo’ apresenta, naquele dispositivo, significação muito mais ampla do que possui no inciso V. Essa situação pode permitir, em grande parte dos casos, a utilização da cotação eletrônica, sujeita à disciplina do art. 4º, § 2º, do Dec. Fed. Nº 5.450/2005” (Marçal Justen Filho in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª edição, São Paulo: Dialética, 2008, pág. 298)

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes traça um panorama com exemplos práticos acerca da questão do prejuízo na realização de um novo certame e da manutenção das condições originais referentes à dispensa de licitação aludida no inciso V do artigo 24 do Estatuto de licitações e contratos:

“... é preciso que fique caracterizado o risco a pessoas ou a bens, potencialmente aferível no momento da dispensa, não atribuível à desídia do agente público.

Em regra, efetivamente, a possibilidade de risco não pode ser imputável ao administrador, vez que, se não tivesse se caracterizado o desinteresse, a Administração teria contratado regularmente o objeto. Trata, portanto, o dispositivo de fato alheio ao interesse ou previsibilidade da Administração que, uma vez caracterizado, autoriza a contratação direta. **Na justificativa, deverá o administrador indicar os riscos cuja ocorrência temia, sendo em princípio dispensável a prova de suas assertivas, que se devem cercar de razoabilidade lógica.**

Nesse ponto em particular, diferentemente do art. 24, inciso IV, parece possível sustentar que a iminência da devolução dos recursos não aplicados por término do exercício financeiro podem justificar a satisfação desse requisito.

Tal posição repousa no fato de que o inciso IV reporta-se a prejuízo à segurança de pessoas e bens, públicos ou privados, e que o inciso V estabelece como requisito para sua aplicação que a licitação não possa ser repetida sem prejuízo para a Administração. Ora, devolver recursos financeiros no final do exercício, traz prejuízos para a Administração, se o objeto estiver fazendo falta à boa e regular marcha administrativa, mas não é, por si só, motivo suficiente para acarretar prejuízo à segurança de pessoas e bens.

(...)

Necessário se faz, ainda, que a contratação direta, com dispensa do processo licitatório, contribua significativamente para evitar ou minimizar o risco referido anteriormente.

Tendo já, ao tempo da dispensa, ocorrido o fato-risco temido pelo agente, ou em mais nada ajudando a contratação para evitá-lo, não subsiste o interesse jurídico que ampara a dispensa de licitação.

Ocorre, na prática, que, ao tempo da contratação, o risco já se tinha consumado ou evitado, e o agente da Administração procede à licitação, em atenção, em atenção a despacho autorizador, numa conduta, agora, sem amparo em lei.

Não advindo da contratação direta a possibilidade de evitar ou diminuir significativamente o prejuízo, é incabível a dispensa com fulcro nesse dispositivo.

(...)

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, tampouco as ofertas constantes do convite ou edital."

(Jorge Ulisses Jacoby Fernandes in Contratação Direta sem Licitação, 7ª edição, 2ª tiragem, Belo Horizonte: Fórum, 2008, págs. 353/354)

E esta manutenção das condições ofertadas e exigidas no certame anterior na dispensa de licitação fundamentada no inciso V do artigo 24 da Lei Federal nº 6.437/77 é severamente cobrada pelo Tribunal de Contas da União, conforme podemos conferir nos arestos abaixo disponibilizados:

"... no caso de contratações realizadas por dispensa de licitação, fundamentadas no art. 24, inciso V, da Lei nº 8.666/93, observem o atendimento de todas as condições estabelecidas no edital ou no convite da licitação, de acordo com o disposto no mesmo inciso. (Processo nº 013.992/96-1. Decisão nº 103/1998 - Plenário)

... abstenha-se de efetuar compra direta de combustível por dispensa de licitação, sem observar as condições preestabelecidas nas licitações anteriores, às quais não acudirem interessados. (Processo nº 400.047/95-0. Acórdão nº 142/1996 - 2ª Câmara)

... é ilegal a aquisição direta de bens sem a manutenção das condições preestabelecidas no instrumento convocatório da licitação anterior, tais como apresentação de documentos e prazo de entrega de quinze dias. (Processo nº 825.028/95-7. Decisão nº 35/1996 - 1ª Câmara)"

(Jurisprudência extraída de: Jorge Ulisses Jacoby Fernandes in Vade-Mécum de Licitações e Contratos, 2ª edição, 2ª tiragem, Belo Horizonte: Fórum, 2005, págs. 434/435)

Para finalizar, trazemos a didática lição de Joel de Menezes Niebuhr a qual reputamos como definitiva acerca da matéria:

"... o dispositivo em comento só justifica a contratação direta se a realização de nova licitação pública 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 realização de licitação pública sempre implica algum dispêndio e, por corolário, poder-se-ia dizer, algum prejuízo. Algum embargo, requer-se prejuízo qualificado, não o pretensamente decorrente da própria licitação. Sob essa luz, é necessário que a repetição da licitação inviabilize ou provoque gravame a algum bem jurídico visado pela Administração.

Sem embargo, 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 obrigá-la a realizar infinitas licitações diante da situação reveladora de limitações do próprio mercado. A repetição da licitação, por mais de uma vez, desnuda o prejuízo previsto no inciso em apreço.

Outrossim, o inciso V do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 autoriza a dispensa desde que o contrato a ser celebrado seja fiel a todas as condições preestabelecidas na licitação fracassada. Como observa Carlos Ari Sundfeld: 'Isso evita a instauração de certame sob condições contratuais inviáveis no mercado com o objetivo oculto de chegar a uma licitação fracassada, liberando o agente inescrupuloso para contratar com sua empresa preferida, já agora em condições diferentes, que outras empresas aceitariam, se lhes tivessem sido oferecidas

É comum que a licitação fracasse por causa das condições entabuladas pela Administração no edital, assaz das vezes por demais onerosas. Em vista dessas condições, ninguém se propõe a participar da licitação. Nesse contexto, a dispensa só é lícita se o contrato a ser firmado guardar as mesmas condições da licitação, o que requer a aceitação, do contratado, das aludidas condições. Já não é lícito ao agente administrativo realizar a licitação sob condições tais que acabam por gerar o fracasso, afastando interessados, e, depois, pretender travar negociações diretas com possíveis interessados, mas em outros termos. Se as condições atenuadas, por dedução lógica, é imperativo que se faça nova licitação." (Joel de Menezes Niebuhr in Licitação Pública e Contrato Administrativo, Curitiba: Zênite, 2008, págs. 83/84)

4) A previsão contida no inciso VII do artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos como espécie de licitação fracassada e os requisitos para se realizar uma contratação direta nos casos em que ela ocorrer

Quando num certame licitatório a Administração verifica que as propostas de todos os disputantes (por conluio ou caso fortuito) foram apresentadas com preços acima do estimado para a contratação, o inciso VII do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93 autoriza a realização de uma dispensa de licitação nos seguintes moldes:

"quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis

com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei (**vide nota 03**) e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;”

Para Joel de Menezes Niebuhr, esta hipótese regulada pelo inciso VII do artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos também se caracteriza como uma espécie de “licitação fracassada” (embora diferente da que é referida no inciso V da Lei 8.666) conforme podemos ver abaixo *in verbis*:

“Note-se que essa hipótese de dispensa também incide sobre licitações fracassadas, na mesma linha do inciso V do mesmo artigo 24. Ou seja, procede-se à licitação, que não logra os resultados esperados, em razão do que se contrata diretamente, por meio de dispensa. A diferença entre os incisos V e VII reside nisto: este se refere à situação específica de licitação fracassada, pertinente aos casos em que os preços ofertados são manifestamente superiores aos praticados no mercado; enquanto aquele abrange todas as demais hipóteses de licitação fracassada, quais sejam, repita-se: a) ninguém participa da licitação, b) todos os participantes são inabilitados, c) ou todas as propostas dos participantes habilitados são desclassificadas porque incompatíveis com o edital ou porque consignam preços inexequíveis. **Em síntese, o inciso VII focaliza hipótese específica de licitação fracassada, cujo preço ofertado é manifestamente superior ao praticado no mercado; já o inciso V disciplina os demais casos.**” (Joel de Menezes Niebuhr in *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*, São Paulo: Dialética, 2003, págs. 292/293)

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes expõe didaticamente as diferenças entre as dispensas de licitação autorizadas pelos incisos V e VII do artigo 24 da Lei nº 8.666 (reforçando-se assim, pelo menos no nosso entendimento, a tese de Joel de Menezes Niebuhr):

“a) **inciso V:**

- **a licitação foi fracassada**, não importando a causa da desclassificação: preços superiores, inferiores, inabilitação, etc.;
- há risco de prejuízo na repetição da licitação;
- não é obrigatório pedir novas propostas.

b) **inciso VII:**

- **a licitação foi fracassada** pela apresentação reiterada de propostas com preços superiores;
- não é necessária a caracterização de risco para a Administração na repetição;
- é obrigatório, em princípio, pedir novas propostas.”

(Jorge Ulisses Jacoby Fernandes in *Contratação Direta sem Licitação*, 7ª edição, 2ª tiragem, Belo Horizonte: Fórum, 2008, pág. 377)

Já sobre os pressupostos para se implementar uma dispensa de licitação com fulcro no inciso VII do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, eis a lição de Marçal Justen Filho:

"A dispensa de licitação se admite desde que a Administração localize alguém disposto a contratar por valor inferior àquele que foi obtido na licitação anterior.

(...)

O dispositivo se reporta ao art. 48, § 3º, **que faculta a concessão aos licitantes de nova oportunidade para formular propostas**, quando todas tiverem sido desclassificadas. **No prazo de oito dias, os licitantes deverão formular novas propostas que não apresentem os defeitos das anteriores.** Se, concedidas duas oportunidades, os interessados insistirem com ofertas superiores ao admissível, caracteriza-se a inutilidade da competição. (...)

A contratação sem licitação autorizada no inc. VII pressupõe a verificação de três condições. A primeira reside na apresentação de propostas inadmissíveis; a segunda reside no insucesso da providência do art. 48, § 3º (SE REPUTAR-SE CABÍVEL SUA APLICAÇÃO); a terceira, na existência de particular disposto a contratar pelo preço adequado.

De qualquer modo, o excesso dos preços somente autorizará contratação direta se existir viabilidade de contratação que observe os limites de preços. Aplicam-se, aqui, as razões expostas a propósito do inc. V. **A Administração não poderia invalidar a licitação sob fundamento de os preços serem abusivos e efetivar contratação por preços superiores aos limites indicados na Lei.**" (Marçal Justen Filho in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª edição, São Paulo: Dialética, 2008, págs. 300/301)

Atente-se que, na lição de Marçal Justen Filho, sendo TODAS as propostas dos disputantes do certame apresentadas num patamar SUPERIOR aos preços praticados no mercado, a Administração PODE (vez que não está obrigada) aplicar o § 3º do artigo 48 da Lei 8.666. Mas, aplicando ou não o excogitado § 3º do artigo 48, a dispensa de licitação autorizada no inciso VII do Estatuto de Licitações e Contratos Públicos SÓ PODERÁ SER EFETIVADA JUNTO A UM PARTICULAR QUE ACEITE CONTRATAR POR PREÇO ADEQUADO AO MERCADO.

Joel de Menezes Niebuhr, diverge de Marçal Justen Filho apenas no que toca à aplicação do disposto no art. 48, § 3º da Lei 8.666 antes da contratação direta autorizada pelo inciso VII do artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, para ele, tal aplicação não é uma faculdade e sim obrigatória antes da promoção da dispensa da licitação:

"Constatado que os preços propostos em licitação pública consigam valores acima dos praticados no mercado, antes de se proceder à dispensa, **é obrigatório dar cumprimento ao § 3º do artigo 48 da Lei nº 8.666/93, isto é, conceder aos licitantes o prazo de 8 (oito) dias úteis** - que pode ser reduzido para 3 (três) dias úteis nos casos de licitações realizadas sob a modalidade convite - **para que apresentem novas propostas, evidentemente, dessa vez, com preços compatíveis com os praticados no mercado.** Se, ao final dos 8 (oito) dias úteis, os licitantes não apresentarem novos preços ou se apresentarem novos preços

mas ainda acima dos práticos no mercado, todos eles devem ser desclassificados, declarando-se fracassada a licitação.

Se a situação chegar a esse ponto, será dada à Administração a faculdade de dispensar a licitação. Veja-se que, mesmo diante desse quadro, a dispensa não é obrigatória, pois incerta no inciso VII do artigo 24, cujo *caput* apregoa que a licitação é dispensável e não dispensada. Portanto, encerrada a licitação, a autoridade competente deve decidir se procede a nova licitação ou se firma de uma vez o contrato, valendo-se da dispensa prevista no inciso VII do artigo 24.” (Joel de Menezes Niebuhr in Licitação Pública e Contrato Administrativo, Curitiba: Zênite, 2008, pág. 85)

Elucidando a questão, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes envergando posicionamento do TCU esclarece que é inevitável que se aplique o art. 48, § 3º da Lei 8.666 antes da contratação direta autorizada pelo inciso VII do artigo 24 da mesma lei, sendo um “verdadeiro dever para o Administrador” adotar tal providência:

“A Lei nº 8.666/93 inovou apenas uma expressão no texto legal do Decreto-Lei nº 2.300/86, para incluir, entre vírgulas, ‘persistindo a situação’, querendo com isso **erigir em condição a obrigatoriedade de a Administração, em qualquer caso, exigir a reapresentação das propostas como condição de validade para a contratação direta.**”

(Jorge Ulisses Jacoby Fernandes in Contratação Direta sem Licitação, 7ª edição, 2ª tiragem, Belo Horizonte: Fórum, 2008, pág. 363)

Em sucessivo, eis o posicionamento do Tribunal de Contas da União referido pelo autor:

“Acórdão 1315/2004 - Plenário

Processo 001.919/2004-9

Ministro Relator LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA

Ementa

Representação formulada por licitante. Possíveis irregularidades praticadas no âmbito do Banco do Brasil SA. Contratação de empresa com dispensa de licitação. Conhecimento. Procedência parcial. Determinação. Juntada dos autos às contas anuais. Remessa de cópia à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

44.6 Desta forma, **a única alegação aceitável pela Administração seria a apresentação de propostas de preços menores e compatíveis com o mercado nacional**, atitude esta que não encontrou amparo em nenhuma das empresas concorrentes, que, ao contrário, fizeram-se representar por ofertas ainda maiores.

(...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente Representação, com fundamento no art. 237, inciso VII, do Regimento Interno, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. determinar ao Banco do Brasil S/A, no âmbito das licitações e contratações vindouras, que **exija da empresa contratada por meio de dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso VII, da Lei nº**

8.666/93, a comprovação das condições de habilitação e da proposta estipuladas no edital da licitação precedentes à qual a contratação direta se vincula, salvo motivo devidamente comprovado;"

Já sobre a questão da definição do que seriam preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, trazemos à baila a lição de Marçal Justen Filho:

"Observe-se que a Lei se vale de expressão destinada a qualificar o preço superior. Exige que a melhor proposta consigne preço manifestamente superior aos do mercado. Logo, não se submete ao regime do inc. VII as situações em que a diferença é de pequena monta ou irrelevante. Anote-se que a Lei não quis estabelecer uma regra-padrão, aplicável a todos os casos. É que cada mercado e cada produto tem suas características. Em alguns setores, altamente competitivos, uma diferença de 5% é manifestamente superior. Em outros casos, a diferença de 5% pode ser reputada como irrelevante." (Marçal Justen Filho in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª edição, São Paulo: Dialética, 2008, pág. 301)

Por fim, anote-se a posição de Diógenes Gasparini, a qual com a devida vênia, não aderimos, mas que, dada a sua peculiaridade, merece ser transcrita:

"... pode a entidade competente contratar sem licitação sempre que todas as propostas apresentadas forem classificadas por conterem preços excessivos e os licitantes não apresentarem outras, no prazo de oito dias úteis, escoimadas desse vício. A contratação, nesses casos, há de ser feita por preços não superiores aos consignados no registro de preços. Sem a observância desses requisitos a contratação direta será ilegal. A falta de registro de preços impede a dispensa, e a licitação deve ser repetida. Se puder ser utilizado registro de preços de entidade congênera, não há ausência de registro de preços e o problema não se coloca." (Diógenes Gasparini in Direito Administrativo, 15ª edição, atualizada por Fabrício Motta, São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 582)

Não entendemos como correta esta exigência proposta pelo autor de que a Administração só possa promover a contratação direta autorizada pelo inciso VII do artigo 24 da Lei 8.666 quando se valer de registro de preços próprio ou emprestado de entidade congênera, dentre outros motivos, em virtude de a mesma não estar sendo cobrada pelos órgãos de controle externo. Para exemplificar, trazemos à baila decisões do Tribunal de Contas de Pernambuco que não exigiram a necessidade de que a Administração possua registro de preços para poder promover a dispensa de licitação consignada no inciso VII do artigo 24:

"DECISÃO T.C. Nº 0389/02
PROCESSO T.C. Nº 0001335-3 - PRESTAÇÃO DE CONTAS DO CONVÊNIO Nº 027/98, CELEBRADO ENTRE A SECRETARIA ESTADUAL DE EDUCAÇÃO E ESPORTES E A PREFEITURA MUNICIPAL DA ESCADA, QUE TEVE COMO OBJETIVO A COOPERAÇÃO TÉCNICO-FINANCEIRA PARA ATENDER ÀS UNIDADES ESCOLARES DE ENSINO

FUNDAMENTAL DO CITADO MUNICÍPIO, ATRAVÉS DO "PROJETO GESTÃO EDUCACIONAL COMPARTILHADA: REDE PÚBLICA ÚNICA".

RELATOR: AUDITOR ADRIANO CISNEIROS, CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO

Decidiu a Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado, à unanimidade, em sessão ordinária realizada no dia 02 de abril de 2002, CONSIDERANDO que as falhas constantes no Relatório de Auditoria não comprometem a presente prestação de contas, porém, devem ser observadas para que não se repitam em futuros convênios,

Julgar REGULAR, COM RESSALVAS, a presente prestação de contas, quitando-se, em consequência, os responsáveis.

Outrossim, que a atual Administração do Município adote as seguintes recomendações:

1. Fazer a prestação de contas de convênios, fornecendo todos os elementos necessários à sua análise, fazendo integrar os documentos relacionados no artigo 116 da Lei nº 8666/93, e, em especial, o plano de trabalho, plano de aplicação dos recursos financeiros e o conjunto de metas a serem atingidas;

2. Obedecer aos termos para a liquidação da despesa pública, e, em especial, ao disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 63 da Lei nº 4.320/64;

3. Que, através de sua Comissão de Licitação, solicite em Edital e exija dos licitantes os comprovantes de regularidade com a Seguridade Social e o FGTS, nos termos do artigo 195 da Constituição Federal c/c as Leis Federais nº 8.036/90 (artigo 27) e nº 8.212/91 (artigo 47);

4. Atentar para o fato de que a licitação é um procedimento administrativo constituído de atos jurídicos de natureza vinculada, o que exige formalidade na sua realização. Assim sendo, não demonstrada a regularidade do cometimento de atos intermediários, todo o procedimento licitatório torna-se viciado, ficando irregular o seu resultado;

5. Que a Comissão Permanente de Licitação, ao proceder um certame público para transporte de estudantes, atente para as especificidades do Código Brasileiro de Trânsito, no tocante ao veículo a ser utilizado e, também, a pessoa do condutor, visto que assim dispõe o referido diploma legal:

"Artigo 138 - O condutor de veículo destinado à condução de escolares deve satisfazer aos seguintes requisitos:

I. Ter idade superior a vinte e um anos;

II. Ser habilitado na categoria D;

III. (vetado)

IV. Não ter cometido nenhuma infração grave ou gravíssima, ou ser reincidente em infrações médias durante os doze últimos meses;

V. Ser aprovado em curso especializado, nos termos da regulamentação do CONTRAN."

6. A Comissão de Licitação deve realizar constante pesquisa de mercado evitando, assim, a compra de insumos e/ou a realização de serviços com preços manifestamente superiores aos do mercado;

7. Que a Procuradoria Geral do município envide esforços e vigilância no sentido de que os contratos mantidos entre a municipalidade e os prestadores de serviço de transporte de estudantes obedeçam às determinações da Lei nº 8666/93 e do Código Brasileiro de Trânsito.

DECISÃO T.C. Nº 1523/01

PROCESSO TC Nº 0000420-0 - PRESTAÇÃO DE CONTAS DO CONVÊNIO Nº 027/98, CELEBRADO ENTRE A SECRETARIA DE EDUCAÇÃO E ESPORTES DO ESTADO DE

PERNAMBUCO E A PREFEITURA MUNICIPAL DA ESCADA, QUE TEVE COMO OBJETIVO A COOPERAÇÃO TÉCNICO-FINANCEIRA, PARA ATENDER ÀS UNIDADES ESCOLARES DE ENSINO FUNDAMENTAL DO CITADO MUNICÍPIO, ATRAVÉS DO "PROJETO GESTÃO EDUCACIONAL COMPARTILHADA: REDE PÚBLICA ÚNICA".

RELATOR: CONSELHEIRO ROLDÃO JOAQUIM.

Decidiu a Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado, à unanimidade, em sessão ordinária realizada no dia 25 de outubro de 2001, CONSIDERANDO o disposto no artigo 71, inciso II, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO a existência de diversas falhas de ordem formal, Julgar REGULAR, COM RESSALVAS, a presente prestação de contas, quitando-se, em consequência, os responsáveis.

Outrossim, que a Administração do Município observe as seguintes recomendações:

- ao fazer a prestação de contas de convênio, fornecer todos os elementos necessários à sua análise, fazendo integrar os documentos relacionados no artigo 166 da Lei nº 8.666/93, e, em especial, o plano de trabalho, plano de aplicação dos recursos financeiros e o conjunto de metas a serem atingidas;
- evitar meios a fim de manter integrado e em pleno funcionamento um sistema de controle interno, nos termos em que dispõe o artigo 74 de nossa Carta Magna, com o fim de resguardar a boa e regular aplicação dos recursos da execução do objeto do convênio, realizando, inclusive, fiscalização local periódica;
- obedecer aos termos para liquidação da despesa pública e, em especial, ao disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 63 da Lei nº 4.320/64;
- que a Prefeitura Municipal da Escada, através de suas comissões de licitação, descreva o objeto da licitação com clareza e precisão, a fim de que haja elementos suficientes para a perfeita definição das aquisições ou dos serviços pretendidos pela Administração, criando, assim, condições iguais de participação dos interessados na competição;
- atentar para o fato de que a licitação é um procedimento administrativo constituído de atos jurídicos de natureza vinculada, o que exige formalidade na sua realização. Assim sendo, não demonstrada a regularidade do cometimento de atos intermediários, todo o procedimento licitatório fica viciado, tornando irregular o seu resultado;
- **que a Comissão de Licitação realize constante pesquisa de mercado, a fim de que não permita a compra de insumos e/ou realização de serviços com preços manifestamente superiores aos de mercado"**

5) Conclusão

À luz do que foi exposto, em especial em razão da não-uniformidade do entendimento mantido pelos Tribunais de Contas do Brasil, resta patente que o Administrador Público deve cercar-se de cautelas quando da realização da contratação direta após a ocorrência de uma licitação deserta ou de uma licitação fracassada, devendo estar ciente qual é o posicionamento do Tribunal de Contas ao qual ele está submetido e tomando algumas medidas simples que, no nosso entendimento, servem para fundamentar suas decisões: 1º) Sempre formalizar por escrito e em autos apartados os processos de dispensa de licitação; 2º) Comprovar documentalmente por

meio de parecer(es) técnico(s) a serem acostados no processo de dispensa de licitação que haverá prejuízo ou o mesmo será demasiadamente aumentado pela demora decorrente da realização de uma nova licitação e 3º) Comprovar documentalmente por meio de parecer(es) técnico(s) (se possível com cálculos planilhas orçamentárias) a serem acostados no processo de dispensa de licitação que a contratação direta evitará prejuízo ao Erário.

Por fim, é indispensável que o Administrador, ao promover a contratação direta, MANTENHA TODAS as condições ofertadas na licitação que restou deserta ou fracassada.

Notas

(Nota 01) Guia Valor Econômico de Licitações, por Cristine Prestes e Henrique Gomes Batista, São Paulo: Globo, 2004, págs. 13, 18, 20 e 21.

(Nota 02) Fazem referência à expressão licitação frustrada como sinônimo de licitação deserta, dentre outros: Lucas Rocha Furtado in Curso de Licitações e Contratos Administrativos, Belo Horizonte: Fórum, 2007, pág. 79 e Ronny Charles Lopes de Torres in Leis de Licitações Públicas Comentadas, 2ª edição, Salvador: Juspodivm, 2009, pág. 111, curiosa, contudo, é o uso da expressão por Flávio Amaral Garcia in Licitações e Contratos Administrativos, 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pág. 39, vez que ali o autor menciona licitação frustrada como hipótese apartada de dispensa de licitação, fulcrada no inciso VII do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93.

(Nota 03) O inciso reporta-se ao parágrafo único do art. 48 que, nos termos da Lei Federal nº 9.648/98, teve sua numeração alterada, passando a ser o § 3º do artigo 48 da Lei Federal nº 8.666/93. Eis a redação do citado dispositivo: *§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.*