



PARECER JURÍDICO

EMENTA: PROCESSO LICITATÓRIO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA EXECUÇÃO DE EDIFICAÇÕES PARA SUPORTE DE ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ÁGUA INCLUINDO O FORNECIMENTO DE MATERIAIS E MÃO DE OBRA.

1 – Síntese

Trata-se de solicitação para emissão de parecer jurídico sobre viabilidade de contratação de empresa especializada para execução de edificações para suporte de estação de tratamento de água, incluindo o fornecimento de materiais e mão de obra, conforme memorial descritivo.

Inicialmente procedeu-se a abertura de processo licitatório – Tomada de Preços n. 08/2021, que restou deserta, conforme Nota de Anulação de Processo de Compra n. 11/2021.

Realizado novo processo de licitação (148/2021), consistente na Tomada de Preços 10/2021, que restou fracassada ante a inabilitação da única empresa participante do certame.

Ante o insucesso de dois processos licitatórios restou solicitada a emissão de parecer jurídico sobre a viabilidade de contratação do objeto através de dispensa de licitação.

2 – Da Possibilidade Jurídica / Dispensa de Licitação

Para o deslinde da questão posta, preliminarmente, convém analisar o comando legal pertinente à contratação direta com fundamento na situação de dispensa de licitação.



As compras e contratações das entidades públicas seguem obrigatoriamente um regime regulamentado por lei específica, no caso, a lei n. 8.666/93.

O fundamento principal que reza por tal iniciativa é o artigo. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, que determina que as obras, os serviços, compras e alienações devem ocorrer por meio de licitações.

A licitação foi o meio encontrado pela Administração Pública para tomar isonômica a participação de interessados em procedimentos que visam suprir as necessidades dos órgãos públicos acerca dos serviços disponibilizados por pessoas físicas e/ou pessoas jurídicas nos campos mercadológicos distritais municipais, estaduais e nacionais e, obter a proposta mais vantajosa às contratações.

Para melhor entendimento, vejamos o que dispõe o inciso XXI do Artigo 37 da CF/1988 :

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.

O objetivo da licitação é contratar a proposta mais vantajosa, primando pelos princípios da legalidade, impessoalidade, igualdade, moralidade e publicidade. Licitar é regra.



Portanto, a licitação pública, pode ser definida como o meio através do qual a Administração Pública contrata, garantindo o cumprimento dos princípios constitucionais da legalidade, isonomia, moralidade, impessoalidade, dentre outros, buscando, ainda, a seleção da proposta mais vantajosa, nos termos da Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1.993 (Lei de Licitações e Contratos), in verbis:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

A licitação é, portanto, nada mais que um torneio no qual vários interessados em contratar com a Administração Pública disputam entre si a oportunidade de negócio oferecida pela Administração. Em que pese o teor do regramento geral do acima citado dispositivo constitucional, e que em razão dessa natureza deve ser observado com rigor, tal princípio por óbvio, admite exceções.

O Eminentíssimo administrativista pátrio Ivan Barbosa Rigolin, ensina que:

“(...) Licitação não é apenas um ato, mas todo um complexo procedimento administrativo através do qual a Administração elege, entre várias possíveis, a proposta mais vantajosa a seu interesse – que é sempre o interesse público –, com vista a algum contrato, em geral de aquisição de material ou de serviço, que pretenda celebrar (...)”.

A seu turno, 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, vez ou outra uma dada situação fática poderá revelar que o instituto da licitação surge como meio inadequado para a consecução das necessidades do interesse público que ele mesmo visava atender. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de situação calamitosa ou emergencial em que a demora natural do burocrático procedimento licitatório impede o afastamento de dano irreparável ou de difícil reparação para a administração com o adiamento da providência.

De outra sorte, a licitação poderia se afigurar impertinente, como nos casos de credenciamento, em que ao invés de desejar selecionar uma proposta (a mais vantajosa) a Administração pretenda selecionar todas que forem consideradas aptas. Nas contratações de diminuto valor, raramente o eventual benefício econômico da disputa compensa o custo do processo administrativo.

Em outros casos ainda, a licitação pública poderia mesmo se revelar absolutamente inócua, como ocorre nos casos das contratações realizadas com fornecedores de produtos ou prestadores de serviço exclusivo. Afinal, na medida em que inexistam competidores, submeter a oportunidade de contratação a um torneio – que pressupõe a existência de pluralidade de contendores – seria totalmente inútil.

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



máquina estatal, despende tempo, adiando a solução para a necessidade de interesse público surgida, se, no dia, hora e local designado para a disputa, somente aquele (porquanto exclusivo, único existente), se apresentaria munido da proposta e documentos de habilitação.

Neste viés, não por outro motivo, vez que a Administração Pública não atua contra legem ou praeter legem, mas, sim, secundum legem, o Constituinte, reconhecendo que não será em todos os casos o torneio licitatório útil ao desiderato a que se destina, fez inaugurar o texto constitucional susomencionado com a expressão “Ressalvados os casos especificados na legislação...”, admitindo, pois, a existência de excepcionalidades casuísticas, atribuindo competência para que a norma infraconstitucional pudesse discorrer sobre as possíveis hipóteses nas quais seria aceitável o afastamento do dever legal de licitar.

Pode-se afirmar que a inviabilidade de licitação é uma consequência que pode ser produzida por diferentes causas as quais consistem nas diversas hipóteses de ausências de pressupostos necessários à licitação.

Assim, são previstas na Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos, em seus arts. 24 e 25, as situações em que o agente público poderá deixar de promover o prélio licitatório (dispensa/inexigibilidade), realizando contratação por indicação direta da pessoa do contratado, estabelecendo ainda as condições e requisitos a cada caso para fazê-lo.

Basicamente, a diferença entre as situações de dispensa e de inexigibilidade reside no fato de que, na primeira, haveria a possibilidade de competição entre possíveis interessados, o que torna possível a realização de licitação. Na segunda, na inexigibilidade, ao contrário, não haveria competição, isso porque só existe um objeto ou



uma pessoa que atenda às necessidades da Administração: a licitação é, portanto, inviável.

Como antedito, casos haverá em que o superior interesse público não será atingido pela realização do torneio licitatório, pois, como se demonstrou, a licitação poderá se afigurar desnecessária, inócua, impertinente ou mesmo danosa para a Administração. Quando tal se verifica, competirá ao agente buscar nas exceções ao dever geral de licitar, em qual delas se acomoda a situação fática a ser tratada para balizar a adjudicação direta do objeto pretendido.

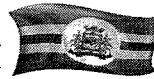
Cabe, portanto, à entidade promover o enquadramento legal adequado nos casos de inexigibilidade, quando se configurar situações de inviabilidade de competição, devendo atentar o fato de que para a inexigibilidade de licitação se sujeita à fundamentada demonstração de que a singularidade do objeto, aliada ao caráter técnico profissional especializado dos serviços e à condição de notória especialização do prestador, inviabilizam a competição no caso concreto, fazendo constar do processo correspondente os elementos necessários à comprovação dos referidos pressupostos.

A respeito da possibilidade de dispensa de licitação deserta, impende transcrever o que dispõe o art. 24, V, da Lei n. 8.666/93, segundo o qual é dispensável a licitação quando não acudirem interessados:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração,



mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

Verifica-se, nesse ponto, certo dissenso doutrinário quanto à sinonímia entre o termo fracassado e deserto, parecendo-nos mais adequado o entendimento segundo o qual se tratam de situações diversas:

"A licitação deserta não se confunde com a licitação fracassada, em que aparecem interessados, mas nenhum é selecionado, em decorrência da inabilitação ou da desclassificação. Neste caso, a dispensa de licitação não é possível." (Maria Sylvia Zanella Di Pietro in Direito Administrativo, 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2000, pág. 306, citada por Joel de Menezes Niebuhr in Licitação Pública e Contrato Administrativo, Curitiba: Zênite, 2008, pág. 83)

Estabelece o inciso V do art. 24 do Estatuto federal Licitatório que licitação é dispensável a um dado negócio se ao processo licitatório correspondente, antes realizado, não acudirem interessados. Essa situação é chamada pela doutrina de licitação deserta, que, de modo algum, confunde-se, como logo será visto, com a licitação fracassada. A contratação desejada, nos termos e condições do ato de abertura, por certo, não foi motivo de interesse para ninguém. Caracteriza-se esse desinteresse pela não participação de qualquer licitante no procedimento licitatório quando ninguém apresenta os envelopes contendo, separadamente, os documentos de habilitação e a proposta.

Observe-se, por um lado, que a participação de um proponente já é o bastante para demonstrar que há, por parte dos particulares, interesse na licitação e que ela não pode ser caracterizada

como deserta, ainda que no evoluir do procedimento ele venha a ser eliminado.

Essa hipótese de dispensa de licitação não serve para justificar a contratação direta quando já há interessados no certame, mas todos por uma ou outra razão são dele alijados, situação que configura a denominada licitação fracassada. Em assim ocorrendo, a repetição da licitação é, ao menos em tese, obrigatória". (Diógenes Gasparini in Direito Administrativo, 15ª edição, atualizada por Fabrício Motta, São Paulo: Saraiva, 2010, págs. 580/581)

Em sede do art. 24, inc. V, da Lei nº 8.666/93, a repetição de procedimento licitatório se evidencia injustificada quando, no tocante à licitação primitiva, "o desinteresse por parte dos eventuais licitantes" – dilucida o eminente Ministro Adylson Motta (Decisão nº 533/2001 – Plenário, do Tribunal de Contas da União, voto do Ministro-Relator, trecho do item II) – "não tiver sido determinado por condições injustificadamente restritivas inseridas pela Administração nas regras regentes do certame". Recorde-se, nesse diapasão, o magistério de Marçal Justen Filho, ao pontuar que o "problema não é realizar a licitação, mas repetir uma licitação que já foi processada regularmente, sem que despertasse interesse dos particulares".

Portanto, ao se invocar, relativamente ao art. 24, inc. V, da Lei nº 8.666/93, o risco de prejuízo à Administração Pública se esta permanecer inerte (à espera do desfecho de novo procedimento licitatório), não se considera, em primeiro plano, a "urgência da contratação" (o que seria de se indagar, de pronto, em sede do inc. IV do mesmo artigo – contrato de emergência), mas (parafraseando-se o renomado administrativista paranaense) o desperdício de tempo, recursos humanos e financeiros do Poder Público com novo certame licitatório que tende a novamente não despertar interesse dos particulares.





Ao contrário do procedimento de dispensa alicerçado no inc. IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, o procedimento de dispensa ancorado no inc. V do mesmo artigo tem como esteio principiológico precípua não os princípios da indisponibilidade do interesse público e da continuidade do serviço público, e sim os princípios da economicidade e da eficiência.

Recapitulando-se, em sede do art. 24, inc. V, da Lei nº 8.666/93, para que a espera pela conclusão de novo certame licitatório represente, de fato, risco de prejuízo à Administração Pública, mostra-se imprescindível comprovar o desperdício em se encetar novo procedimento licitatório, demonstrando-se a regularidade da licitação deserta ou fracassada ou com itens desertos ou fracassados – em consequência, a Administração Pública, assim procedendo, traz à baila subsídios robustos a atestarem que a dispensa de licitação realmente foi fomentada por, fato alheio ao interesse ou previsibilidade da Administração.

Já a expressão manutenção das condições preestabelecidas possui a seguinte extensão:

Infere-se que, no caso específico, trata-se de procedimento administrativo instaurado com vistas a 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 de dois processos licitatórios anteriores, quais sejam Tomada de Preços 08/2021 e Tomada de Preços 10/2021, ambos objetivando a contratação de empresa especializada para execução de edificações para suporte de uma estação de tratamento de água.

Compulsando os autos verifica-se que já restaram realizados dois processos licitatórios com idêntico objeto, termo de referência e especificações técnicas, restando o primeiro processo deserto

3



e o segundo fracassado ante a inabilitação da única empresa participante do certame.

Assevere-se que, muito embora a participação de uma empresa no segundo processo licitatório, verificou-se que a empresa sequer possuía em seu contrato social e atividades cadastradas no CNAE, um objeto compatível com a da licitação.

Isso demonstra ter havido processo licitatório anterior.

Sem embargo, verifica-se que pela leitura do termo de homologação que já houve licitação prévia deserta.

Destarte, se mostra possível enquadrar a contratação que ora se pretende nos limites do art. 24, V, da Lei n. 8.666/93, eis que demonstrada a existência de certame licitatório deserto realizado anteriormente.

Na espécie, ainda que inexitosos os certames, 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 pela terceira vez.

Sob viés diverso, há que se mencionar que o objeto da licitação visa implementar estação de tratamento de água destinada a ampliação da capacidade de abastecimento do município, de modo a suprir a demanda de consumo da população.

Com efeito, há decreto municipal declarando emergência em razão de estiagem que compromete o abastecimento de água à

3



população, havendo, inclusive, transporte de água em caminhões pipa para atender a demanda de abastecimento dos municípios.

Evidente que a execução da obra é de essencial e primordial interesse público e, já efetuadas duas tentativas de licitar a execução do objeto, não é recomendável perpetuar o risco de desabastecimento de água enquanto realizam-se sucessivos processos de licitação claramente inócuos.

3. Conclusão

Pelo exposto, esta Assessoria Jurídica opina favoravelmente à instrução dos autos objetivando a contratação direta do aludido objeto, mediante dispensa de licitação lastreada no art. 24, V, da Lei n. 8.666/93, decorrente de licitação deserta.

Salienta-se, por derradeiro, que a presente manifestação possui natureza estritamente jurídica/consultiva, não tendo o condão de cancelar opções técnicas adotadas pela Administração, nem de emitir juízo de conveniência e oportunidade.

É o parecer.

Cordilheira Alta/ SC, 10 de Setembro de 2021.

Clériston Valentini – OAB/SC 27.754
Assessor Jurídico