

Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia -ALE/RO

PARECER JURÍDICO Nº 0040702/2023-ALE/ADV-GERAL/ADV-GERAL-ADJUNTA

Da: ADV-GERAL/ADV-GERAL-ADJUNTA

Para: SEC-GERAL/SECRETARIA-GERAL

Processo nº: 100.017.000012/2023-02

Assunto: Possibilidade de contratação direta em virtude de a licitação ter sido “deserta”.

PARECER
JURÍDICO.
CONSULTA.
PREGÃO
ELETRÔNICO
DESERTO.
AUSÊNCIA DE
CLÁUSULAS
IMPEDITIVAS OU
RESTRITIVAS NA
COMPETIÇÃO.
APLICAÇÃO DO
ART. 24, INCISO V
DA LEI DE
LICITAÇÕES DESDE
QUE ESTEJA
JUSTIFICADA A
IMPOSSIBILIDADE
DE REALIZAR
NOVA LICITAÇÃO
SEM GERAR
PREJUÍZO À
ADMINISTRAÇÃO.
NECESSIDADE DE
MANUTENÇÃO DE
TODAS AS
CONDIÇÕES
PREESTABELECIDAS
NO EDITAL
PRECEDENTE.

I – RELATÓRIO

Os autos aportaram nesta Advocacia-Geral para análise e pronunciamento, sob o aspecto jurídico e formal, acerca da possibilidade de contratação direta, com espeque no art. 24, V, da Lei de Licitações, em virtude de que o pregão eletrônico foi tido por “deserto”, conforme Ata de Licitação juntada ao presente processo.

Tal encaminhamento se deu por ato do Secretário-Geral desta Casa do Povo, tendo por base o que disposto no Despacho n. 0039231/2023-ALE/SEC-GERAL.

É o relatório necessário.

II – ANÁLISE JURÍDICA

Inicialmente, de se registrar que esta manifestação tomará por base, exclusivamente, os elementos constantes dos autos, visto que, incumbe a este órgão prestar sua lida sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar na análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração.

Ademais, de ressaltar que aspectos técnicos, financeiros, estimativos e de custos diretos e indiretos não passam pelo crivo deste órgão consultivo, eis que refoge ao âmbito de suas atribuições.

Pois bem.

Como se depreende do compulsar dos autos, foi publicado o Pregão nº. 017/2023/PPP/ALE/RO e, na data e horário estabelecido não houve interessados em participar, restando o certame deserto.

Ademais, a Secretaria Administrativa, por meio do Despacho n. 0039134/2023-ALE/SEC-ADM, esclareceu que em virtude do Contrato n. 018/ALE/2021, celebrado entre a Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia e a empresa AMAZONGÁS DISTRIBUIDORA DE GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO LTDA, cujo objeto de contratação é o mesmo do ora licitado, expirar-se-á em 11/07/2023 e, em virtude da proximidade do término de vigência do atual contrato com o cotejo afim de evitar a descontinuidade dos serviços de abastecimento de gás, sendo este de extrema necessidade e essencialidade para esta Casa de Leis, encaminhou os autos para conhecimento e deliberação com vistas a contratação direta, em conformidade com o disposto no art. 24, inciso V da Lei Federal nº 8.666/93.

DA FUNDAMENTAÇÃO E DAS RECOMENDAÇÕES

De proêmio, é oportuno lembrar que o processo licitatório decorre de comando inscrito no art. 37, XXI, da Constituição Federal, e visa a materializar princípios basilares do Direito Administrativo, sobretudo a legalidade, a impessoalidade, e a moralidade.

A licitação, portanto, é a regra a ser obedecida. É cabível, todavia, contratação direta, quando a disputa se mostra impraticável ou mais onerosa para a Administração Pública. Assim, a própria Constituição Federal, no aludido artigo 37, XXI, tratou de ressaltar que, em alguns casos previstos em lei, a licitação pode ser afastada.

A respeito do tema, Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 295), assim giza:

"Como é usual se afirmar, a 'supremacia do interesse público' fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação prévia para contratação da Administração Pública – o que significa, em outras palavras, que a licitação é um pressuposto do desempenho satisfatório pelo Estado das funções administrativas a ele atribuídas. No entanto, existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais. O procedimento

licitatório normal
conduziria ao
sacrifício dos fins
buscados pelo Estado
e não asseguraria a
contratação mais
vantajosa. Por isso,
autoriza-se a
Administração a
adotar um
procedimento em que
formalidades são
suprimidas ou
substituídas por
outras."

É possível, pois, dispensar a competição pública compatibilizando os princípios que regem a licitação com as peculiaridades da contratação direta. Para tanto, no ponto que interessa à presente consulta, o legislador especificou no artigo 24, da Lei Federal n. 8.666/93 – conforme o mandamento constitucional – algumas hipóteses de afastamento de procedimento licitatório, por entender que, nessas situações, o interesse público poderia ser prejudicado com a realização do certame.

No presente feito, vale repisar, consta a informação da existência de ocorrência de pregão eletrônico que resultou deserto e que, segundo informação justificada pela Secretaria Administrativa, em virtude da proximidade do término de vigência do atual contrato, caso haja necessidade de repetição, inevitavelmente se terá a descontinuidade dos serviços de abastecimento de gás, sendo este de extrema necessidade e essencialidade para esta Casa de Leis, o que evidencia o risco de prejuízo caracterizado ou demasiadamente aumentado pela demora decorrente de processo licitatório para fins de repetição do certame.

Nesse ínterim, dispõe o **art. 24, inciso V, da Lei de Licitações** que é dispensável licitação quando não acudirem interessados e esta justificadamente não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração. Nesse caso, **deverão ser mantidas todas as condições previamente estabelecidas**.

Assim, **são requisitos legitimadores dessa hipótese de contratação:**

a) **licitação anteriormente realizada** (Indispensável prévio procedimento licitatório que tenha preenchido todos os requisitos de validade, inclusive com a permissão de oferta de preços e no qual não chegou a ocorrer a adjudicação, em razão do desinteresse dos licitantes);

b) **ausência de interessados** (Decisão nº 533/2001 – Plenário do Tribunal de Contas da União - TCU, o voto do Ministro-Relator Adylson Motta sublinhou que a hipótese de risco de prejuízo à Administração Pública, acaso aguarde novo procedimento licitatório, deve objetivar a “proteção do superior interesse público” e compreender “não apenas a hipótese de licitação deserta mas igualmente aquela em que o certame fracassa por força do comparecimento apenas de licitantes que não se revestem das qualificações necessárias à habilitação ou à apresentação de propostas”);

c) **risco de prejuízo caracterizado ou demasiadamente aumentado pela demora decorrente de processo licitatório** (Tem justificativa na impossibilidade de se repetir a licitação sem prejuízo para a Administração Pública, sendo indispensável a ausência de desídia administrativa, ou seja, a dispensa de licitação em tela deve ter por causa “fato alheio ao interesse ou previsibilidade da Administração”. No mais, “deverá o administrador indicar os riscos cuja ocorrência temia”. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem licitação. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 395.);

d) **manutenção das condições ofertadas no ato convocatório anterior** (Acórdão nº 2.054/2006 – Plenário do TCU, Relatório do Ministro-Relator Ubiratan Aguiar enfatiza: “(...) qualquer novação das condições do edital original obrigará a realização de novo certame, posto que a ausência anterior de interessados poderia decorrer das condições do chamamento original”).

Acerca da hipótese supra, HELY LOPES MEIRELLES (Licitação e Contrato Administrativo. 14. ed., Malheiros, 2006, p. 117.) preleciona que:

**O desinteresse pela
licitação**

anteriormente realizada é motivo para sua dispensa na contratação subsequente, mantidas as condições preestabelecidas no edital ou convite, desde que não possa ser repetida sem prejuízo para a Administração (art. 24, V). 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).

Se a ausência é total a Administração fica liberada para contratar com quem não compareceu à licitação mas foi posteriormente procurado para realizar seu objeto, nas condições estabelecidas no edital ou no convite. Havendo recusa do escolhido para contratar nas condições anteriores, só resta à Administração modificar tais condições e abrir nova licitação. 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 as estabelecidas no instrumento convocatório inicial. (grifei)

Por seu turno, MARÇAL JUSTEN FILHO (Comentários à Lei de Licitações. 11. ed.,

A hipótese do inc. V se aperfeiçoa pela presença de quatro elementos.

O primeiro é a **realização de licitação anterior**, concluída infrutiferamente. Pressupõe-se, portanto, uma situação que originariamente comportava licitação, a qual foi regularmente processada.

O segundo é a **ausência de interessados em participar da licitação anterior**, o que provocou a frustração da disputa.

O terceiro é o **risco de prejuízos se a licitação vier a ser repetida**. A Administração estaria obrigada a renovar o processo licitatório, na sua etapa externa. No entanto, verifica que a repetição dos atos acarretaria prejuízos ao interesse buscado pelo Estado (...).

Por fim, a **contratação tem de ser efetivada em condições idênticas àquelas da licitação anterior**. A contratação direta é autorizada no pressuposto de inexistirem outros interessados em realizar a contratação nas condições estabelecidas no ato convocatório anterior. Portanto, a alteração das condições importaria ofensa ao princípio da isonomia. (grifei)

Desse modo, a contratação direta com base no art. 24, inc. V, não está norteadada pelo

critério da vantajosidade econômica, mas pela ausência de benefício derivada de um procedimento licitatório, haja que, embora possam existir outras opções, sabe-se que nenhuma delas será mais vantajosa.

Para não se ter dúvidas, de se trazer a didática lição de JOEL DE MENEZES NIEBUHR (Licitação Pública e Contrato Administrativo, Curitiba: Zênite, 2008, págs. 83/84) a qual reputa-se 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 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. (grifei)

Na viseira prática, a 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União adotou raciocínio em sentido similar no Acórdão nº 4.748/2009:

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. (TCU, Acórdão nº 4.780/2009, 1ª Câmara, Rel. Min. Weder de Oliveira, DOU de 19.06.2012.) (grifei)

O Supremo Tribunal Federal - STF ao decidir caso análogo, em relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, define:

Decisão: 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto em demanda visando à adjudicação de imóvel alienado pela Caixa Econômica Federal (CEF) por meio de venda direta. (.....) O Superior Tribunal de Justiça decidiu a controvérsia nos seguintes termos: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VENDA DIRETA DE IMÓVEL. **PRÉVIAS LICITAÇÕES DESERTAS. POSSIBILIDADE. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS. PROPOSTA MAIS VANTAJOSA APRESENTADA POSTERIORMENTE À CONSOLIDAÇÃO DA VENDA. ANULAÇÃO.IMPOSSIBILIDADE. 1. Tendo a venda direta sido realizada de acordo com o que dispõe o artigo 24, V, da Lei 8.666/93, o exame de sua legalidade não se subsume ao regramento específico da licitação invocado pela recorrente, relativamente à proposta mais vantajosa (art. 45), sendo, dessa forma, desimportante que, após sua efetivação, tenha sido ofertada proposta aparentemente "mais vantajosa", mormente porque, em se tratando de venda direta, não subsiste a concorrência entre participantes. (...) Com efeito, se a aquisição do imóvel pela Perugia perante a Caixa Econômica Federal foi realizada mediante o procedimento da venda direta, com respaldo no artigo 24, V, da Lei 8.666/93, em razão da incontroversa deserção de duas licitações anteriores, não poderia a Alcastle pretender a adjudicação do imóvel em seu favor com base na apresentação de proposta supostamente mais vantajosa para a Administração Pública. Isso porque a venda direta é procedimento posterior à licitação que com ela não se confunde, sujeita à liberdade de contratar do ente público vendedor, desde que preenchidos os requisitos legais que a autorizam, os quais podem ser depreendidos do dispositivo acima mencionado, a saber: (i) deserção da licitação anterior; (ii) impossibilidade de**

repetição do procedimento licitatório e (iii) respeito às condições previamente estabelecidas. No caso concreto, conforme registrado pelas instâncias de origem, a Caixa Econômica Federal aceitou a proposta apresentada pela Perugia, nas mesmas condições previstas pelos editais das licitações anteriormente realizadas e desertas, (...) Diante do exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Intime-se. Brasília, 19 de fevereiro de 2015. Ministro Teori Zavascki Relator Documento assinado digitalmente. (STF - RE: 861239 DF, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 19/02/2015, Data de Publicação: DJe-036 DIVULG 24/02/2015 PUBLIC 25/02/2015) (grifei)

Assim, a rigor, os **elementos comprobatórios dos requisitos acima citados**, pode-se afirmar, com **segurança jurídica**, que **estão presentes no processo**, em observância ao que determina a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 24, V, sendo que **em relação ao requisito da manutenção das condições ofertadas no ato convocatório anterior deverá se ter estrita obediência ao mesmo. Quanto aos demais requisitos, entendo-os cumpridos.**

FORMALIDADES LEGAIS RELATIVAS À DISPENSA DE LICITAÇÃO

No mais, cabe apontar que a configuração da dispensa de licitação implica a observância das formalidades legais aplicáveis do art. 26 da Lei n. 8.666/93 e seu parágrafo único.

A justificativa para a dispensa de licitação já foi objeto de amplas considerações no presente parecer e deverá ser complementada de forma objetiva, quanto aos aspectos específicos já expostos, notadamente, em relação a **estrita obediência ao requisito da manutenção das condições ofertadas no ato convocatório anterior**.

A **ratificação pela autoridade superior e publicação na imprensa oficial** trata-se de providência a ser tomada oportunamente, nos prazos estipulados no *caput* do art. 26 da Lei n. 8.666/93.

De o órgão assessorado justificar a razão de escolha do fornecedor ou executante.

DEMAIS FORMALIDADES LEGAIS RELATIVAS À CONTRATAÇÃO

Quanto à Regularidade fiscal e trabalhista, bem como referente aos demais documentos pertinentes a regular habilitação, cumpre demonstrar, por ocasião da celebração da contratação.

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, em virtude do que ora alinhavado, esta Advocacia-Geral, pelo que consta nos autos, **OPINA** favoravelmente pela **viabilidade da contratação direta mediante dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, V, da Lei 8.666/93** para a prestação de serviços de abastecimento de gás liquefeito de petróleo - GLP 190 kg (gás de cozinha), de forma parcelada (sob demanda), em razão do Pregão Eletrônico nº 017/2023, restar deserto, **desde que mantidas todas as condições preestabelecidas e sejam seguidas todas as recomendações exaradas no presente Parecer, em especial, a estrita obediência ao requisito da manutenção das condições ofertadas no ato convocatório anterior.**

Por cautela, acresce ponderar que, para a contratação por dispensa de licitação deve ser observado o procedimento contido na norma de regência, com atenção à devida instrução processual, em idênticas condições e regramentos àqueles estabelecidos no certame licitatório deserto.

Por fim, **pessoalmente** entende-se que não há óbice para a sua realização (da dispensa de licitação) nos mesmos autos do certame licitatório (após procedidas, é claro, as adequações necessárias, a exemplo da correta designação do processo), no entanto, é facultada (quicá, mais indicada) a abertura de processo próprio (de dispensa), fazendo instruir o processo com as peças relevantes do pregão deserto (edital e anexos; cópia da ata de realização de pregão; justificativa pela não repetição, etc) e demais (documentos) próprios da dispensa (propostas de preços; justificativa do preço e da escolha; documentos comprobatórios de atendimentos às exigências de habilitação; etc.).

Repise-se que este Órgão Consultivo se restringiu aos aspectos jurídicos envolvidos no procedimento, não cabendo exame da matéria quanto aos aspectos econômicos, técnicos, contábeis, nem da conveniência e oportunidade da decisão administrativa, bem assim, de situações fáticas cuja competência de avaliação/valoração é do órgão consulente.

Sendo assim, é o presente parecer, **submetendo-o à deliberação do Secretário-Geral** quanto aos termos em que expostos acima.

(assinado eletronicamente)
MIQUEIAS JOSÉ TELES FIGUEIREDO
Advogado-Geral Adjunto - ALE/RO



Documento assinado eletronicamente por **Miqueias José Teles Figueiredo, Advogado Geral - Adjunto**, em 05/07/2023, às 12:09, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://sei.al.ro.leg.br/validar>, informando o código verificador **0040702** e o código CRC **6DD32F17**.

Referência: Processo nº 100.017.000012/2023-02

SEI nº 0040702

Av. Farquar, 2562 - Bairro Arigolândia - CEP 76801-189 - Porto Velho/RO
Site www.al.ro.leg.br