

Prefeitura de

PALMITAL

Gestão Cidadã I 2013 - 2016

000035

PARECER Nº 550/2014 – LIC

DE: PROCURADORIA JURÍDICA DO MUNICÍPIO DE PALMITAL – PR

PARA: EXECUTIVO MUNICIPAL

PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO Nº 163/2014

DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº 025/2014

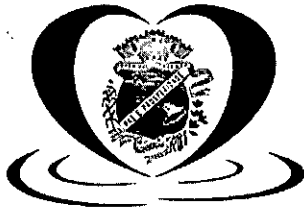
EMENTA: DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA. PROCEDIMENTO DESERTO. URGÊNCIA E NECESSIDADE NA CONTRATAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Trata o presente protocolado de solicitação encaminhada pela Secretaria Municipal de Administração, visando a análise e emissão de Parecer quanto à possibilidade de contratação direta de empresa para a aquisição de fogos de artifício para queima no dia 31 de dezembro de 2014.

Os atos relacionados aos casos específicos de contratações diretas estão amparados pelos incisos I e II, do art. 24, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

É cediço de todos que, no Direito Público Brasileiro, a regra é a obrigatoriedade de licitação, entretanto, como toda regra tem exceção, o texto constitucional em seu artigo 37, inciso XXI, bem como o Estatuto das Licitações permite em situações que sejam necessárias a contratação direta, tornando a licitação dispensável, dispensada ou inexigível, desde que preenchidos os requisitos previstos na lei.

Nesse passo, a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.666/93, reitera-se, estabeleceram a licitação como um dever, constituído em um



Prefeitura de

PALMITAL

Gestão Cidadã I 2013 - 2016

000036

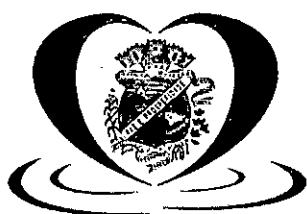
princípio impositivo. Assim, com o objetivo de contratação com particulares, o princípio licitatório impõe que toda Administração realize o procedimento antes de contratar obras e serviços. Como se pode observar, a licitação é regra para a celebração de contratos com particulares.

Por outro lado, o texto constitucional em seu artigo retro citado, inicia-se com uma ressalva. Diz o citado artigo que, ressalvados os casos especificados na legislação, obras, serviços, compras e alienações devem ser contratados por meio de licitação. Assim, em face da obrigatoriedade da licitação, o que o legislador dispensou foi o princípio impositivo da licitação, não os demais com previsão também no artigo 37 da Carta Magna.

Como se vê, a realização de um procedimento licitatório decorre essencialmente do princípio da indisponibilidade dos bens e interesses públicos. É por essa razão que a lei definiu critério objetivo, quando admite a contratação sem licitação, critérios estes que constituem em indicativos dos casos de dispensa e inexigibilidade que podem e devem ser utilizados. Estes limites traçados pelo legislador para a adoção dos procedimentos da dispensa e inexigibilidade decorrem da necessidade de preservar-lhe a legalidade e a licitude.

A contratação direta se submete a um procedimento administrativo, portanto, a ausência de licitação não significa contratação informal realizada com quem a Administração bem aprovar. A contratação direta pressupõe um procedimento formal. Na visão de Marçal Justen Filho (2005, p.344) esse "procedimento formal destina-se a dois objetivos, preliminarmente trata-se de comprovar se estão presentes os requisitos para a contratação direta", por outro busca-se a "melhor proposta possível".

A contratação da proposta mais vantajosa é o objetivo perseguido pela Administração Pública, contudo, a melhor proposta nem sempre é



Prefeitura de
PALMITAL
Gestão Cidadã I 2013 - 2016

conseguida através do procedimento licitatório. Cumpre salientar que o objeto do contrato pelo qual a Administração pretende realizar, nem sempre é passível de ser licitado. Assim, nesse caso, haverá contratação direta daqueles interessados em estabelecer negócio jurídico contratual com a Administração.

Como adverte Dallari (1991, p. 120) "quando houver algum problema relativo à exigibilidade ou dispensa de licitação, é preciso não esquecer que a regra geral é a exigibilidade, e que a exceção é a dispensa".

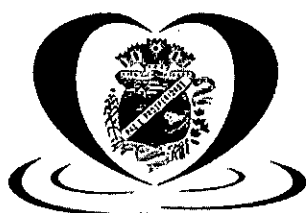
E ainda é opinião do mesmo autor, que "nem sempre a licitação leva a uma contratação mais vantajosa". Não pode ocorrer em razão da realização ou não do certame, o afastamento dos princípios consagrados no ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, serão essas hipóteses admitidas tão-somente quando não se puserem em confronto com os princípios que informam o instituto. Com efeito, o dever de licitar torna-se relativo, pois a licitação deixa de ser obrigatória a depender da natureza do contrato.

Nessas situações em que demanda a dispensa e inexigibilidade, ou seja, em que a Administração tem permissão para contratar sem licitar surgem em razão de ser o procedimento licitatório dotado de complexidade e formalismo, tornando-se inviável ou inconveniente ao interesse visado pela Administração.

Acerca do assunto, completa Gasparini:

A regra, como vimos mais de uma vez, é a obrigatoriedade da licitação para as entidades da Administração Pública direta (União, Estados, Distrito Federal, Municípios) e para as da Administração Indireta



Prefeitura de
PALMITAL
Gestão Cidadã | 2013 - 2016

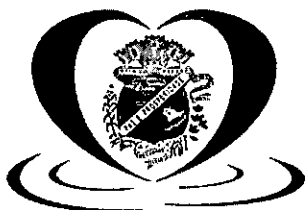
(autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações)
(GASPARINI, 2004, p. 439).

É importante esclarecer que a licitação surgiu, tendo em vista o fato de que o Estado não possui a liberdade de escolher quem vai com ele contratar, assim justifica-se a necessidade da realização de prévio processo licitatório por parte da Administração Pública quando esta for comprar, vender, locar, contratar com terceiros.

Ao examinarmos a Lei de Licitações e Contratos, observamos que, não obstante ser regra licitar, esta mesma lei permite, desde que preenchidos alguns requisitos essenciais, hipóteses em que a Administração possa dispensar ou até mesmo considerar inexigível a licitação. Desta feita, os artigos 17, 24 e 25 contemplam os casos em que a licitação é dispensável (hipóteses previstas nos dois primeiros artigos) ou inexigível (hipóteses elencadas no último artigo).

Porém, as dispensas com fulcro no artigo 17, referentes a alguns casos específicos de alienação de bens públicos, bem como os casos de inexigibilidade de licitação previstos no artigo 25, que envolvem a exclusividade, singularidade e notória especialização, ou seja, que envolvem a inviabilidade de competição, não são objeto de estudo deste trabalho.

Antes de iniciar uma análise dos casos em que o processo de licitação é indispensável, cabe, neste passo, fazer um esclarecimento acerca da diferença entre a dispensa e a inexigibilidade, visto que ambas são espécies de contratação direta. Na dispensa, a licitação é possivelmente viável, e apenas não se realiza por conveniência administrativa, na medida em que a lei faculta a sua realização. Enquanto na inexigibilidade, o certame torna-se impossível a competição porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da administração pública.



Prefeitura de
PALMITAL
Gestão Cidadã | 2013 - 2016

Outra distinção reside no fato de que os casos de dispensa são exaustivos, enquanto as hipóteses de inexigibilidade são meramente exemplificativas, bastando que reste configurada a inviabilidade de competição, verificada no caso concreto, mas sempre com o amparo na lei. Por outro turno, nas palavras de Adilson Abreu Dallari (2000, p. 49) "as exigibilidades de licitação deve ser interpretada extensivamente, ao passo que a dispensa exige interpretação restritiva".

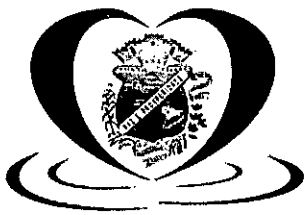
Assim, as contratações pro dispensa e inexigibilidade não caracteriza um ato de mera discricionariedade, mas vinculado e motivado, o que torna o poder do administrador por demais limitado.

Nesse mesmo sentido, afirma MARÇAL JUSTEN FILHO:

É inexigível a licitação quando a disputa for inviável. Havendo viabilidade de disputa é obrigatória a licitação, excetuando-se os casos de dispensa imposta por lei. Sob esse ângulo, a dispensa é produto da vontade do legislador. Esse é o motivo pelo qual as hipóteses de inexigibilidade indicadas em lei são exemplificativas, enquanto as de dispensa são exaustivas (JUSTEN FILHO, 2000, p. 233).

A Lei nº. 8.666/93 concede certa discricionariedade à Administração Pública para adotar outros procedimentos na realização de suas contratações, são os procedimentos da dispensa e inexigibilidade. No entanto, a chamada contratação direta, em que não seja precedida por um processo formal de licitação se consubstancia em um procedimento administrativo em que as formalidades são fixadas segundo a competência discricionária da Administração.

Embora a Lei nº. 8.666/93 traga algumas características da dispensa e da inexigibilidade, não trouxe conceito definitivo para nenhum dos institutos. Assim, Maria Sylvia Di Pietro assinala:



Prefeitura de
PALMITAL
Gestão Cidadã I 2013 - 2016

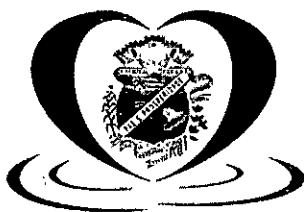
A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidades de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração, a licitação é, portanto, inviável (DI PIETRO, 1999 p. 302).

É imprescindível destacar que a Administração tem a liberdade de dizer da conveniência e oportunidade ou não da realização da licitação, porém vinculada aos procedimentos formais ditados pela lei. A lei é clara e não permitem equívocos, apontando as hipóteses de contratar sem licitar deve ser admitida, não permitindo interpretações ampliadas para se eximirem da obrigatoriedade de licitar.

É neste sentido Carvalho Filho destaca dois aspectos a serem considerados no âmbito das contratações diretas:

O primeiro diz respeito à excepcionalidade, no sentido de que as hipóteses de dispensa e inexigência traduzem situações que fogem à regra geral. O outro se refere à taxatividade das hipóteses. Daí a advertência para o fato de que os casos de enumerados pelo legislador são taxativos, não podendo, via de consequência ser ampliados pelo legislador (CARVALHO FILHO, 2007, p. 224).

Não obstante ser dever da Administração Pública proceder à realização de um processo de seleção para a efetivar contratações, a lei prevê hipóteses em que a administração possa dispensar ou considerar inexigível o certame, desde que preenchidos determinados requisitos.



Esses dois casos são revestidos de peculiaridades. Desta feita passa-se à análise dos casos mais usuais de cada um dos institutos da dispensa e inexigibilidade de licitação conforme previsão legal.

DISPENSA DE LICITAÇÃO

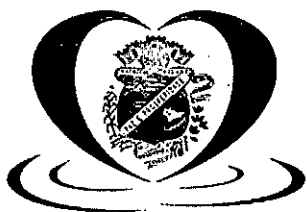
A dispensa de licitação ocorre quando, embora exista a viabilidade de realização do certame, este não é realizado por ser inoportuno e inconveniente para a o a Administração tendo em vista o interesse público. Assim, na dispensa, a Administração não é obrigada a realizar licitação para suas obras, serviços, compras e alienações. O procedimento licitatório é, a regra a ser seguida sendo a dispensa, por sua vez, uma exceção.

Há a possibilidade de competição, todavia, algumas razões justificam a não realização da competição em nome do interesse público. Em verdade, a dispensa é uma faculdade que a lei atribui à Administração.

A licitação é dispensada pela própria lei, repita-se, que apesar de ser possível a competição, esta se torna inconveniente à satisfação do interesse público. No art. 24 da Lei nº. 8.666/93, com redação alterada pela Lei nº. 8.883/94, foram estabelecidas vinte hipóteses em que é dispensável a licitação. A Lei nº. 9.648/98 acresceu ao extenso rol, mais quatro casos.

Pretendemos neste capítulo tratar dos casos mais utilizados da dispensa quais sejam, os incisos I, II, IV, X e XII. Existem, no entanto, algumas hipóteses que são de rara ocorrência, tais como as elencadas nos incisos III, V, VI, VII, IX, XI, XIV, XV, XX e XXI, todos previstos no artigo 24, da Lei de Licitações, vez que, é o artigo que trata dos casos de dispensa.

Observa-se que a lei enumerou expressamente as hipóteses de dispensa de licitação, sendo este rol taxativo. Desta feita, as hipóteses



Prefeitura de

PALMITAL**Gestão Cidadã I 2013 - 2016**

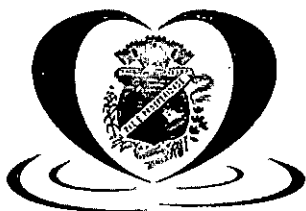
de dispensabilidade do art. 24 constituem rol taxativo, isto é, a Administração somente poderá dispensar-se de realizar a competição se ocorrer uma das situações previstas na lei federal. Lei estadual, municipal ou distrital, bem assim regulamento interno da entidade vinculada não poderá criar hipótese de dispensabilidade.

Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2000) para que a situação possa implicar em dispensa de licitação, deve o fato concreto enquadrar-se no dispositivo legal, preenchendo todos os requisitos. Não é permitido qualquer exercício de criatividade ao administrador, encontrando-se as hipóteses de licitação dispensável, previstas expressamente em lei, *numerus clausus*, no jargão jurídico, querendo significar que são apenas aquelas hipóteses que o legislador expressamente indicou que comportam dispensa de licitação.

Ao realizar a contratação direta com base na dispensa de licitação, a Administração Pública em respeito ao princípio da motivação dos atos administrativos deve justificar a dispensa. Certamente, o legislador ao permitir a Administração optar pela dispensa de licitação, esta escolha só tem validade se conveniente e oportuno ao interesse público.

O rigor para a justificativa encontra fundamento no artigo 26 do Estatuto das Licitações, conforme transcrito:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incisos III a XXIV do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º, deverão ser comunicados dentro de três dias a autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos.



Prefeitura de

PALMITAL

Gestão Cidadã I 2013 - 2016

000043

Nas palavras de Alcoforado (2000, p. 134) "é evidente que a contratação direta dependerá da presença de um dos fatos autorizativos da dispensa e mesmo diante de uma das hipóteses legais, poderá a Administração realizar a licitação devendo sempre levar em conta o interesse público".

Dispensa de licitação é a possibilidade de celebração direta de contrato entre a Administração e o particular, nos casos estabelecidos pela lei, ou em razão do valor (incisos I e II do art. 24 da Lei nº. 8.666/93), ou em razão da natureza do negócio pretendido (demais incisos do referido preceito legal).

Justen Filho (2004, p. 235) comentando sobre o assunto, divide as hipóteses de dispensa em quatro categorias, segundo a razão pela qual se fundamenta. A saber: "em razão do pequeno valor; em razão de situações excepcionais; em razão do objeto a ser contratado; em razão da pessoa a ser contratada.

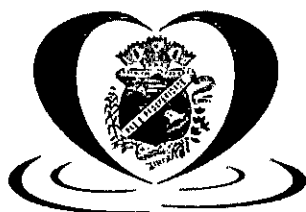
Assim é que prevê expressamente o artigo 24:

Art.24. É dispensável a Licitação:

I – para obras e serviços de engenharia de valor até 10% do limite previsto na alínea 'a' do inciso I, do artigo anterior;

II – para outros serviços e compras de valor de até 10% do limite;

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública;



Prefeitura de
PALMITAL
Gestão Cidadã | 2013 - 2016

X – para a compra de locação de imóvel destinado a atendimento das finalidades precípuas da Administração;

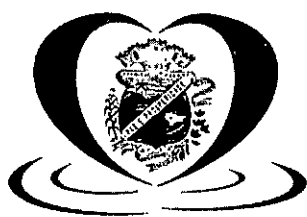
XIII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa ou do ensino e desenvolvimento institucional;

Ressalte-se que para as hipóteses previstas no artigo 24 existe a possibilidade de competição entre os concorrentes, o que levaria à obrigatoriedade de realizar a licitação. Entretanto a lei faculta a administração acerca da necessidade ou não da realização do certame. Entretanto este ato discricionário deva ser motivado e estar em consonância com vários princípios constitucionais (impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade, supremacia do interesse público).

Dispensa de licitação em razão de situações excepcionais

A urgência referida com fulcro no art. 24 IV deve ser interpretada de forma cautelosa. Contudo, não se podem considerar como urgência aquelas situações que não demande realmente atendimento urgente, quando já se tinha conhecimento da situação há muito tempo.

Em verdade, a demora no procedimento licitatório normal causaria prejuízos, pela demanda de tempo, impediria uma ação imediata para solução de problemas irreparáveis, podendo comprometer a segurança das pessoas e bens, justificando-se a dispensa do certame.



Prefeitura de
PALMITAL
Gestão Cidadã | 2013 - 2016

000045

O Tribunal de Contas da União, através da decisão nº. 347/94, concluiu sobre a adoção da dispensa de licitação com fulcro no inciso IV, que:

[...] além da adoção das formalidades previstas no art. 26, caput e parágrafo único, da Lei nº. 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa, preconizado no art. 24, IV, da mesma lei:

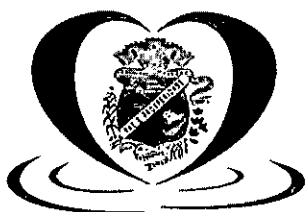
[...] que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação;

[...] que exista urgência concreta e efetiva do atendimento à situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar o risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas;

[...] que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso;

[...] que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantidades tecnicamente apuradas, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado.

A dispensa de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, o procedimento poderia ser realizado, mas pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório. Como condição dos atos administrativos, que a sua decisão pela dispensa ou realização do certame seja



Prefeitura de
PALMITAL
Gestão Cidadã I 2013 - 2016

devidamente justificada e fundamentada. As inexigibilidades se caracterizam pela inviabilidade de procedimento licitatório.

De plano e sem dificuldades, um esclarecimento tornou-se necessário, pois nos casos acima estudados, existe a possibilidade de realização do processo licitatório, mas por expressa autorização legal, à Administração é facultado a dispensa.

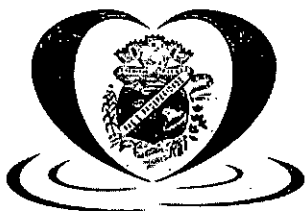
É evidente que os processos de dispensa de licitação não exigem o cumprimento de etapas formais imprescindíveis num processo de licitação, entretanto devem obediência aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade e probidade administrativa impostos à Administração Pública.

Tendo em vista que, no caso concreto, o procedimento fora realizado, mas em virtude da falta de interessados, foi declarado deserto, a Administração não vê outra alternativa, senão a contratação direta, mediante dispensa de licitação.

Vale frisar que os fogos do "Ano Novo" compreendem parte de um evento aguardado pelos Munícipes, se tornando tradição, razão pela qual não seria justo, nem razoável, abrir mão do evento em questão, muito menos haveria a possibilidade de realização de novo certame, em razão do exíguo prazo.

Diante disso, essa Procuradoria opina favoravelmente à contratação mediante dispensa de licitação, pelos fatos e argumentos acima expedidos.

É o parecer que submeto a Vossa apreciação.



Prefeitura de

PALMITAL

Gestão Cidadã I 2013 - 2016

000947

Palmital-PR, 22 de dezembro de 2014.

FERNANDO FERREIRA SOARES

Procurador Geral do Município

OAB/PR 45.292