



SAD Nº 7178112

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA NO MINISTÉRIO DA CULTURA
COORDENAÇÃO-GERAL DE ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS E JUDICIAIS

PARECER Nº 151/2013-CONJUR/MINC/CGU/AGU (1.5)

PROCESSO Nº 01400.039499/2011-66

INTERESSADO: Secretaria-Executiva/Ministério da Cultura

ASSUNTO: Contratação direta (art. 24, inciso V, da Lei nº 8.666/93)

Ementa: Contratação direta. Dispensa de licitação com fulcro no art. 24, inciso V, da Lei nº 8.666/1993, visando fornecimento de combustível. Possibilidade, desde que observadas as recomendações contidas neste parecer, bem como os preceitos contidos na Lei nº 8.666/93.

Sr. Coordenador-Geral,

I. Relatório

1. Trata-se de processo encaminhado a esta Consultoria Jurídica para análise e emissão de parecer acerca da contratação de empresa especializada no fornecimento de combustível, por meio de dispensa de licitação com fulcro no art. 24, inciso V, da Lei nº 8.666/1993, conforme justificativas apresentadas às fls.207/207v e documentação acostada às fls.209/227.
2. À fl. 229, consta despacho da Divisão de Compras e Contratações deste Ministério, em que, após tecer considerações sobre o procedimento, sugeriu o envio dos autos a esta Consultoria Jurídica para análise e manifestação, no que foi acompanhado pelo despacho do Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração (fl.231).
3. É, em síntese, o breve relato. Passo a manifestar.

II. Fundamentação Jurídica

4. Permite a Lei nº 8.666/93, como exceção à regra geral da exigência do procedimento licitatório (CF, art. 37, inciso XXI, e art. 2º, da Lei nº 8.666/93), que seja contratada, diretamente pela Administração, a realização de obras, serviços, compras e alienações, nas hipóteses previstas nos arts. 17, 24 e 25, todos da aludida Lei.

5. A contratação direta tanto pode se dar através da dispensa de licitação, cujas hipóteses se encontram elencadas nos incisos I a XXXII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, como através da inexigibilidade, cujos fatos autorizadores de incidência se encontram inseridos no art. 25, *caput*, e incisos do citado preceptivo legal.

6. No primeiro caso, existe a viabilidade de competição, contudo, o legislador faculta à Administração Pública valorar, mediante o juízo de oportunidade e conveniência, se deve realizar ou não a licitação. Porém, como o rol consignado no citado art. 24 é taxativo, a dispensabilidade só será válida se os fatos se encaixarem perfeitamente numa das hipóteses legais. Ademais, embora a Administração esteja liberada de licitar, deve ela observar os princípios da moralidade administrativa e da economicidade quanto ao preço contratado.

7. No caso em comento, nos interessa, mais especificamente, a hipótese prevista no inciso V do art. 24 da Lei supracitada, que determina ser dispensável a licitação no seguinte caso, *ipsis litteris*:

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;

8. Ao tecer comentários sobre o mencionado inciso V, o Professor Marçal Justen Filho¹ leciona que:

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.

¹ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Editora Dialética, 9ª ed., págs. 243/244.



O terceiro é o risco de prejuízos se a licitação vier a ser repetida. (...).

Por fim, a contratação tem de ser efetivada em condições idênticas àquelas da licitação anterior.

9. *In casu*, constata-se, conforme se verifica da documentação existente às fls. 129/199, a realização de dois certames licitatórios, na modalidade pregão eletrônico, que restaram infrutíferos, ante a configuração de desinteresse em razão de nenhum particular ter apresentado propostas para o objeto da contratação pretendida pelo Ministério, consistente no fornecimento de combustível (gasolina), para atendimento da frota de veículos oficiais do Ministério da Cultura.

10. Nesse sentido, informou a área técnica, à fl. 207, que, "considerando o fato de terem sido realizados 2 (dois) certames licitatórios para a contratação do objeto, e em ambos nenhuma empresa ter manifestado interesse de participação, o pregão foi considerado Deserto, e uma nova publicação de edital causaria prejuízo para a Administração Pública, considerando a grande chance de novamente não aparecerem interessados".

11. Quanto a este terceiro requisito, ressalta José dos Santos Carvalho Filho² que, *verbis*:

Antes de mais nada, convém observar que a repetição da licitação dificilmente deixa de causar prejuízo à Administração, já que acarreta demora na contratação e alteração de preço de bens e serviços.

12. No mesmo sentido, leciona Marçal Justen Filho, para quem a "previsão do inc. V retrata, em grande medida, dispositivo fundado no princípio da economicidade. O problema não é realizar a licitação, mas repetir uma licitação que já foi processada regularmente, sem que despertasse interesse dos particulares. Há uma presunção de inutilidade de repetir licitação: se ninguém ocorreu à anterior, por que viria a participar da nova? Haveria desperdício não apenas de tempo, mas também de recursos públicos" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, Dialética, p.243).

13. Sobre o tema, também vale registrar o pensamento de Ivan Barbosa Rigolin, segundo o qual:

"é dispensável a licitação quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas as condições prévias, de toda natureza. Ninguém precisa repetir licitação alguma, neste caso, para poder se valer deste inc. V, bastando resultar deserta a licitação. Quando isso ocorre, ou seja quando não compareceu ninguém à licitação,

² Manual de Direito Administrativo. Editora Lumen Juris, 11ª ed., pág. 220.

ET

A handwritten signature or mark, possibly a stylized letter 'A' or a similar symbol.

declara-se isso no processo - licitação deserta - e já se pode comprar ou contratar o objeto de quem se quiser, até mesmo daquele que foi convidado e não compareceu porque não se interessou em ser licitante. Nessa hipótese precisam ser mantidas as condições pré-estabelecidas, como quantidade, qualidade, preço, prazo. Ninguém, entretanto, precisa repetir uma licitação deserta para, se de novo for deserta, então valer-se do permissivo do inc. V, do art. 24; basta que a primeira licitação resulte deserta para que se abra a possibilidade de contratação direta com este fundamento. Também é de registrar a inutilidade da dicção do inciso segundo a qual apenas pode ser utilizado o inciso se a repetição prejudicar a Administração, porque é evidente que toda repetição de licitação a prejudica, tanto em tempo quanto em dinheiro, trabalho, e todo o desgaste inerente a qualquer procedimento licitatório. Não existe repetição de licitação que não seja prejudicial, e o próprio TCU já concordou expressamente com essa idéia" (RIGOLIN, Ivan Barbosa. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. Belo Horizonte, n. 34, ano 3 Outubro 2004 Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=9391>>. Acesso em: 20 janeiro 2010.).

14. No caso em análise, considerando que nos dois certames licitatórios realizados pela Administração, nenhuma empresa compareceu para apresentação de propostas, conforme atesta a documentação constante dos autos, entende-se pela possibilidade de contratação direta, mediante dispensa de licitação, com fundamento no inciso V, do art.24, da Lei nº 8.666/93, desde que mantidas as condições estabelecidas no ato convocatório anterior, sob pena de ofensa aos princípios da isonomia e da legalidade, tal como deliberou o TCU em acórdão, assim ementado:

- Assunto: DISPENSA DE LICITAÇÃO. DOU de 23.04.2010, S. 1, p. 151.

Ementa: determinação à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Amapá (STRE/AP) para que, quando utilizar-se da dispensa de licitação prevista no inc. V do art. 24 da Lei nº 8.666/1993 ("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"), mantenha inalteradas todas as condições preestabelecidas no certame licitatório anteriormente realizado (alínea "b. 3", TC-001.681/2010-9, Acórdão nº 1.634/2010-2ª Câmara).

15. A propósito, tratando especificamente sobre compra de combustível, orientou o TCU no sentido de que *"...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"* (Acórdão nº 142/1996-2ª Câmara).

16. Além disso, deve a Administração se certificar de que os certames licitatórios anteriores se deram de forma válida e regular. Nesse sentido, a advertência da doutrina,

A





segundo a qual o inciso V do art. 24 da Lei 8.666/93 deve ser aplicado com o cuidado de examinar se a causa da ausência de interessados na licitação anterior residia na fixação de regras inadequadas à satisfação do interesse sob tutela estatal, a exemplo do estabelecimento de condições draconianas no edital do certame, exigências ilegais, ou mesmo falhas existentes na condução do procedimento licitatório que levaram ao não comparecimento dos interessados para formulação das propostas.

17. Saliente-se que o processo administrativo de contratação direta, por dispensa de licitação, deve ser instruído com os elementos previstos no art. 26, *caput*, e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, notadamente **as razões da escolha do fornecedor e as justificativas do preço a ser contratado, elementos que não constam dos autos, o que deve ser providenciado pela Administração.**

18. Por outro lado, é preciso que conste autorização do ordenador de despesa, bem como a emissão da respectiva nota de empenho ou documento equivalente para que se realize a referida despesa, o que se verifica às fls. 226/227.

19. Ademais, consoante deliberação proveniente da Corte de Contas da União (Acórdão 260/2002 - Plenário), deve ser observada a exigência legal (art. 29, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993) e constitucional (art. 195, § 3º, da CF) de que nas licitações públicas, **mesmo em casos de dispensa ou inexigibilidade**, é obrigatória a comprovação por parte da empresa contratada de: Certidão Negativa de Débito (INSS - art. 47, inciso I, alínea a, da Lei nº 8.212, de 1991); Certidão Negativa de Débitos de Tributos e Contribuições Federais (SRF-IN nº 80, de 1997); Certificado de Regularidade do FGTS (CEF) (art. 27 da Lei nº 8.036, de 1990); e em cumprimento da Lei nº 12.440, de 2011, a CNDT - Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do art.29, V, da Lei 8.666/93.

20. Em observância ao **Relatório de Correição Ordinária nº 46/2011-CGAU/AGU**, devem ser consultados o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, bem como o Cadastro Integrado de Condenações por Ilícitos Administrativos (CADICON), que contém informações publicadas pelo Tribunal de Contas da União e pelos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios, integrantes da Rede de Controle da Gestão Pública, a respeito de eventuais penalidades aplicadas, cujos efeitos podem tornar a parte contratada proibida de participar de licitações e contratar com o Poder Público.

21. No caso, não houve atendimento das recomendações acima, **devendo a área técnica providenciar a instrução dos autos com a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista da empresa a ser contratada, anexando ao processo a consulta aos demais cadastros.**

22. Igualmente, **os documentos correspondentes à habilitação (arts. 27 e 28, da Lei nº 8.666/1993) devem ser acostados aos autos.**

A

23. Ressalte-se o que termo de dispensa deverá estar rubricado e aprovado pela autoridade competente. De mais a mais, é imprescindível que haja comunicação à autoridade superior, no prazo de três dias, da dispensa de licitação, bem como ratificação e publicação da dispensa na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, a contar do recebimento do processo pela autoridade superior.

24. Concluídos os procedimentos da dispensa da licitação, a Administração deverá adotar as providências para emissão da nota de empenho e a celebração do respectivo termo de contrato, em harmonia com o disposto no artigo 62, da Lei nº 8.666/93.

25. Por último, alerta-se a área técnica para a necessidade de autorização da Ministra de Estado, ou eventual autoridade revestida de delegação de competência para, no caso vertente, formalizar a contratação em exame, nos termos do art. 2º do Decreto nº 7.689/2012³, o qual, no âmbito desta Pasta, encontra-se regulamentado pela Portaria MINC nº 23, de 16 de março de 2012.

III. Conclusão

26. Em face do exposto, manifesta-se esta Consultoria Jurídica, abstendo-se de se imiscuir nos aspectos de natureza técnica, administrativa e de conveniência e

3Art. 2º A celebração de novos contratos administrativos ou a prorrogação dos contratos em vigor relativos a atividades de custeio devem ser autorizadas expressamente pelo respectivo ministro de Estado.

§ 1º Para os contratos com valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) é vedada a delegação de competência.

§ 2º Para os contratos com valores inferiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada ou subdelegada, exclusivamente:

I - ao secretário-executivo, ou autoridade equivalente, aos dirigentes máximos das unidades diretamente subordinados aos respectivos ministros de Estado e aos dirigentes máximos das entidades vinculadas, ficando vedada a subdelegação para os contratos com valor igual ou superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

II - aos subsecretários de planejamento, orçamento e administração ou autoridade equivalente, vedada a subdelegação, para os contratos com valores inferiores a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), e iguais ou superiores a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais); e

III - aos coordenadores ou chefes das unidades administrativas dos respectivos órgãos ou entidades para os contratos com valores inferiores a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).





oportunidade⁴, pela possibilidade da pretensa contratação direta, por dispensa de licitação, com fulcro no artigo 24, inciso V, da Lei nº 8.666/1993, desde que supridas as omissões apontadas e observadas as orientações supra, em especial os itens 14/25, os quais podem ser assim resumidos:

I- Manter inalteradas todas as condições preestabelecidas nos certames licitatórios anteriormente realizados;

II- Se certificar de que os certames licitatórios anteriores se deram de forma válida e regular;

III- Instruir os autos com os elementos previstos no art. 26, *caput*, e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, notadamente as razões da escolha do fornecedor e as justificativas do preço a ser contratado;

IV- providenciar a instrução dos autos com a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista da empresa a ser contratada, anexando ao processo a consulta ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, bem como o Cadastro Integrado de Condenações por Ilícitos Administrativos (CADICON), além dos documentos correspondentes à habilitação;

V- Comunicação à autoridade superior, no prazo de três dias, da dispensa de licitação, bem como ratificação e publicação da dispensa na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, a contar do recebimento do processo pela autoridade superior; e

VI- Necessidade de autorização da Ministra de Estado para, no momento oportuno, formalizar a contratação dos serviços pretendidos, nos termos do art. 2º do Decreto nº 7.689/2012.

27.
Substituto.

É o parecer, salvo melhor juízo. À consideração do Coordenador-Geral-

Brasília, 01 de março de 2013.


André Navarro Fernandes
Advogado da União

⁴ Segundo o enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União de 2011, "O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade."



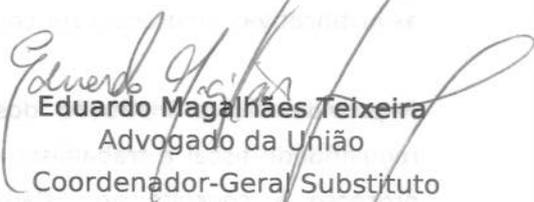


DESPACHO Nº 228/2013-CONJUR/MINC/CGU/AGU (25.3)

De acordo com o Parecer nº 151/2013-CONJUR/MINC/CGU/AGU, adotando-o por seus concisos e jurídicos fundamentos.

Nos termos das Portarias CONJUR/MINC nº 1/2009 e nº 2/2011, encaminhem-se os presentes autos diretamente à **Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração** deste Ministério, para conhecimento e adoção das providências cabíveis.

Brasília/DF, 1º de março de 2013.


Eduardo Magalhães Teixeira
Advogado da União
Coordenador-Geral/ Substituto