



ESTADO DE ALAGOAS
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO SIQUEIRA CAVALCANTE

PROCESSO TC – 11.347/2019

PROCESSO	TC 11.347/2019
UNIDADE	MUNICÍPIO DE MACEIÓ/AL
RESPONSÁVEL	José Thomaz da Silva Nonô Netto
INTERESSADO	Secretaria Municipal de Saúde
ASSUNTO	Consulta

ACÓRDÃO Nº 031/2020.

CONSULTA. ADMISSIBILIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO DISPENSÁVEL. DÚVIDA QUANTO À CORRETA INTERPRETAÇÃO DO ART. 24, V, LEI 8.666/93. AS HIPÓTESES DE EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LICITAÇÃO DEVEM SER INTERPRETADAS RESTRITIVAMENTE.

1. Os Tribunais de Contas não atuam como órgãos de assessoria jurídica da Administração Pública, mas devem, pedagogicamente, responder às consultas que lhe são formuladas, desde que não se trate de caso concreto, que digam respeito a matéria de sua competência e possuam repercussão financeira, contábil, orçamentária, operacional ou patrimonial, que seja veiculada por autoridade elencada no art. 6º, inciso X, do RI/TCE-AL, e possuam como objeto norma cuja leitura permita extrair mais de uma interpretação, ou possa gerar dúvida fundada;

2. O plenário do TCE-AL, consagrando o princípio do mínimo esforço, consolidou o entendimento de que, ainda que formulada sobre um caso concreto, a consulta deve ser admitida desde que seja possível extrair uma resposta em abstrato;

3. Pela interpretação que se dá ao art. 24, inciso V, da Lei 8.666/93, extrai-se a resposta de que não é possível a contratação direta para a hipótese de licitações fracassadas por inabilitação dos concorrentes ou desclassificação das propostas, somente sendo possível apenas nos casos de licitação deserta, observados os seguintes requisitos: i) não comparecimento de interessados no processo licitatório; ii) impossibilidade, devidamente justificada, de repetição do certame sem prejuízo à Administração Pública; iii) manutenção de todas as condições estabelecidas no edital convocatório.

Vistos, relatados e discutidos, **RESOLVE** o **Pleno** do Tribunal de Contas de Alagoas, por unanimidade, acolher o voto do Conselheiro Relator do feito nos seguintes termos:



ESTADO DE ALAGOAS
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO SIQUEIRA CAVALCANTE

PROCESSO TC – 11.347/2019

- I. **CONHECER** a Consulta, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 1º, inciso XIX da Lei n. 5.604/1994 (LOTCE/AL) c/c art. 6º, inciso X do Regimento Interno;

- II. **RESPONDER** ao consulente no sentido de que a aplicação da norma constante do art. 24, V, da Lei 8.666/93, somente é possível aos casos de **licitação deserta**, observados os seguintes requisitos: i) não comparecimento de interessados no processo licitatório; ii) impossibilidade, devidamente justificada, de repetição do certame sem prejuízo à Administração Pública; iii) manutenção de todas as condições estabelecidas no edital; enquanto que aos casos de **licitação fracassada**, a Administração Pública pode observar o disposto no art. 48, §3º, da mesma lei, que consiste na possibilidade de fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação, ou de propostas escoimadas das causas que deram causa à desclassificação das propostas; facultando, inclusive, a redução deste prazo para três dias úteis nos casos de licitação na modalidade convite;

- III. **DAR CONHECIMENTO** ao Consulente da presente Decisão, em conformidade com os termos do art. 25, inc. II, da Lei n. 5.604/94;

- IV. **PUBLICAR** a presente Decisão para fins de direito.

Sala das Sessões do **TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE ALAGOAS**, em Maceió, 07 de abril de 2020.

Conselheiro **RODRIGO SIQUEIRA CAVALCANTE** – Relator



ESTADO DE ALAGOAS
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO SIQUEIRA CAVALCANTE

PROCESSO TC – 11.347/2019

PROCESSO	TC 11.347/2019
UNIDADE	MUNICÍPIO DE MACEIÓ/AL
RESPONSÁVEL	José Thomaz da Silva Nonô Netto
INTERESSADO	Secretaria Municipal de Saúde
ASSUNTO	Consulta

CONSULTA. ADMISSIBILIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO DISPENSÁVEL. DÚVIDA QUANTO À CORRETA INTERPRETAÇÃO DO ART. 24, V, LEI 8.666/93. AS HIPÓTESES DE EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LICITAÇÃO DEVEM SER INTERPRETADAS RESTRITIVAMENTE.

1. Os Tribunais de Contas não atuam como órgãos de assessoria jurídica da Administração Pública, mas devem, pedagogicamente, responder às consultas que lhe são formuladas, desde que não se trate de caso concreto, que digam respeito a matéria de sua competência e possuam repercussão financeira, contábil, orçamentária, operacional ou patrimonial, que seja veiculada por autoridade elencada no art. 6º, inciso X, do RI/TCE-AL, e possuam como objeto norma cuja leitura permita extrair mais de uma interpretação, ou possa gerar dúvida fundada;

2. O plenário do TCE-AL, consagrando o princípio do mínimo esforço, consolidou o entendimento de que, ainda que formulada sobre um caso concreto, a consulta deve ser admitida desde que seja possível extrair uma resposta em abstrato;

3. Pela interpretação que se dá ao art. 24, inciso V, da Lei 8.666/93, extrai-se a resposta de que não é possível a contratação direta para a hipótese de licitações fracassadas por inabilitação dos concorrentes ou desclassificação das propostas, somente sendo possível apenas nos casos de licitação deserta, observados os seguintes requisitos: i) não comparecimento de interessados no processo licitatório; ii) impossibilidade, devidamente justificada, de repetição do certame sem prejuízo à Administração Pública; iii) manutenção de todas as condições estabelecidas no edital convocatório.



ESTADO DE ALAGOAS
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO SIQUEIRA CAVALCANTE

PROCESSO TC – 11.347/2019

RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada perante esta Corte de Contas pelo Secretário de Saúde do município de Maceió, Sr. José Thomaz da Silva Nonô Netto, nos seguintes termos:

Questiona-se ao TCE/AL, por meio da presente consulta, acerca da natureza da licitude na conduta de a administração pública municipal de Maceió vir a adquirir **medicamentos** com vistas a evitar iminente **desabastecimento**, em via de contratação direta por dispensa de licitação (art. 24, V da Lei Federal n. 8.666/93) após comprovada ocorrência de licitação deserta ou fracassada pela municipalidade.

O processo tramitou regularmente, em atenção ao art. 187 do Regimento Interno do TCE-AL, possibilitando a manifestação dos órgãos competentes.

O Ministério Público de Contas, por meio do Parecer n. 1227/2020/PG/GS, entendeu que a demanda trazida à apreciação não preencheu os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno do TCE-AL, pois se caracteriza como “[...] caso concreto no qual é pedida a manifestação do Tribunal de Contas sobre a licitude de determinada conduta que pode ser perfeitamente individualizada a ser praticada pela Administração Pública [...]”.

Em seguida, aportaram os autos ao Gabinete deste Relator, para julgamento.

Em síntese, é o relatório.

VOTO

DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS

Diante do contexto posto, resta clara a jurisdição para a atuação desta Corte de Contas no intuito de dirimir dúvidas acerca de aplicação de normas que versem sobre matéria de sua competência, conforme permissivo contido no art. 1º, inciso XIX da Lei Estadual nº 5.604/94 – Lei Orgânica do TCE/AL c/c art. 6º, inciso X da Resolução nº 003/2001 – Regimento Interno do TCE/AL.



ESTADO DE ALAGOAS
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO SIQUEIRA CAVALCANTE

PROCESSO TC – 11.347/2019

DA ADMISSIBILIDADE

A análise da admissibilidade das Consultas formuladas a esta Corte de Contas deve ser feita sob dois aspectos especificados no art. 6º, X, da Resolução nº. 003/2001 (RITCE/AL). O primeiro refere-se ao fato de que o tema deve ter **repercussão financeira, contábil, orçamentária, operacional e patrimonial e não pode tratar sobre fato concreto**, enquanto o segundo trata do rol taxativo de legitimados hábeis a formular consulta perante o Tribunal de Contas.

Apesar de ser o então secretário de saúde de Maceió parte legítima para formular consulta perante este Tribunal, conforme se observa no Rol taxativo do art. 6º, inciso X, alínea “d” da Resolução nº 002/2001 (RITCE/AL), deve ser avaliado se a consulta atende aos requisitos materiais de admissibilidade, que são referentes ao seu objeto, e que sempre devem ser relativos a dúvidas acerca de dispositivos legais, cuja matéria tenha repercussão financeira, contábil, orçamentária, operacional patrimonial, não devendo versar sobre caso concreto, conforme estabelece o disposto no art. 1º, XIX da Lei Estadual nº 5.604/94 (LOTCE/AL) c/c o art. 6º, X da Resolução Normativa 003/2001 (RITCE/AL). Vejamos:

Art. 6º – Nos termos da Constituição Federal, art. 75, da Lei Complementar nº 101/2000, da Constituição Estadual, art. 97 e a Lei nº 5.604, COMPETE ao TRIBUNAL DE CONTAS:

(...)

X – emitir parecer, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, em consulta sobre matéria que tenha repercussão financeira, contábil, orçamentária, operacional e patrimonial, **e que não verse sobre caso concreto**, sobre o qual o Tribunal deva se pronunciar, por força de suas atribuições, desde que formulada pelas seguintes autoridades: (GRIFO NOSSO)

Conforme o opinativo do *Parquet* de Contas,

A rigor, a consulta é meio pelo qual o Tribunal esclarece aos jurisdicionados qual seu entendimento sobre comandos legais abstratos, cuidando, em sua maioria, de divergências interpretativas possíveis, reduzindo a insegurança jurídica e tornando previsíveis as futuras manifestações do Tribunal, de forma que o jurisdicionado possa, com antecedência, evitar que incorra em ilícito [...].

No presente caso, vislumbra-se, no entanto, a possibilidade de resposta ao gestor, de modo a fixar prejulgamento de tese. De fato, da maneira como formulada, a questão posta não aventa a possibilidade de ser respondida de acordo com seus exatos termos. Explico.



ESTADO DE ALAGOAS
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO SIQUEIRA CAVALCANTE

PROCESSO TC – 11.347/2019

O gestor menciona a hipótese de **aquisição de medicamentos com vistas a evitar iminente desabastecimento à época**, o que, realmente, induz a formulação de um julgamento de caso concreto, pois a norma que versa sobre os casos de dispensa de licitação para contratações emergenciais encontra-se no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93, que não foi invocada na exordial.

Dessa forma, não sendo o caso de julgamento de caso concreto por este Tribunal de Contas, importa ressaltar que gestor também trouxe à baila norma de caráter geral, sobre a qual existe divergência interpretativa, apta a atrair a competência desta Corte para se pronunciar sobre a matéria, firmando seu entendimento quanto à possibilidade de contratação direta por dispensa de licitação diante das hipóteses de licitação deserta e fracassada, independente do objeto a ser licitado ou de situação emergencial.

Assim, a indagação constante na presente consulta deve ser conhecida, a fim de se responder se a Administração pode amparar-se no art. 24, V, da Lei 8.666/93, diante de licitação **deserta ou fracassada**, para realizar contratação direta. Nesse sentido, a norma a ser construída a partir da atividade hermenêutica torna-se aplicável aos casos que se subsumam à hipótese.

Em suma, a resposta a ser proferida por esta Corte de Contas aplicar-se-á a qualquer caso em que restem preenchidos os requisitos que se explicarão neste voto, limitando-se a responder o questionamento sobre a possibilidade de dispensa para licitação deserta e fracassada, posto que sobre esse situação existem diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

MÉRITO

Inicialmente é importante mencionar que o Poder Público dispõe, nos dias atuais, da **Lei nº 13.979/2020**, modificada pela Medida Provisória n. 928, de 23 de março de 2020, como norma jurídica nacional mais específica voltada para as contratações, por dispensa de licitação, necessárias ao enfrentamento de casos de emergência de saúde pública de importância internacional decorrentes do coronavírus (COVID-19). O referido diploma trouxe a seguinte autorização, com suas respectivas condicionantes, *in verbis*:

Art. 4º É **dispensável** a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

§ 1º A dispensa de licitação a que se refere o **caput** deste artigo é **temporária** e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.



ESTADO DE ALAGOAS
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO SIQUEIRA CAVALCANTE

PROCESSO TC – 11.347/2019

§ 2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

§ 3º **Excepcionalmente**, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido (grifos nossos).

Contudo, observa-se pela leitura da consulta formulada que a dúvida apresentada pelo titular da pasta refere-se à hipótese normativa contida no art. 24, inciso V, da Lei n. 8.666/93, que vem a ser utilizada como norma geral de licitação e contrato, e deve ser aplicada para as hipóteses fáticas que não versem sobre o referido enfrentamento.

De modo que, caso o consulente possua dúvida quanto a qualquer preceito normativo que venha a apresentar mais de um significado, ou que sua interpretação gere dúvida fundada, poderá fazer uso desse mesmo instrumento processual a fim de obter um entendimento do TCE-AL que lhe permita manusear os instrumentos jurídicos com a devida segurança.

Assim, voltando ao objeto da presente demanda, faz-se necessário, primeiramente, explicitar a **distinção** existente entre **licitação deserta** e **licitação fracassada**. Pois bem. A primeira consiste no caso em que o certame licitatório não atraiu qualquer interessado em licitar, enquanto que a segunda diz respeito àquele em que, apesar de haverem comparecido interessados, estes deixaram de preencher os requisitos de habilitação ou tiveram suas propostas desclassificadas e, por isso, ficaram impossibilitados de prosseguir no certame.

Dito isso, cabe afirmar que a previsão legal, em sua interpretação puramente literal, deixa clara a possibilidade de abarcar os casos de **licitação deserta**, pois estabelece, *in verbis*:

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 [...] (grifos nossos).



ESTADO DE ALAGOAS
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO SIQUEIRA CAVALCANTE

PROCESSO TC – 11.347/2019

A dúvida fundada do gestor que surge, então, refere-se à aplicação do mesmo dispositivo às situações que se enquadram como de licitação fracassada, uma vez que, em ambos os casos, o efeito prático seria o mesmo: a não consumação do objetivo do procedimento, isto é, a seleção da melhor proposta a ser contratada pela Administração Pública¹.

Nesse contexto, a pesquisa de jurisprudência realizada por este gabinete encontrou entendimentos decorrentes de uma interpretação ampliativa da norma legal de exceção, segundo os quais o preceito normativo contido no art. 24, inc. V, da Lei n. 8.666/93 poderia ser aplicado para justificar a contratação direta tanto na hipótese de certame deserto quanto na de fracassado, consoante pode ser observado da **Decisão n. 533/2001**, proferida pelo Tribunal de Contas da União no ano de 2001, e cujo trecho principal segue abaixo transcrito e destacado²:

“A ausência de comparecimento abrange, inclusive, as hipóteses onde houve comparecimento fático de licitante, mas que não preenche requisitos jurídicos de habilitação ou de formulação de propostas. [...] **legítimo concluir que em tese seria possível a invocação do inciso V do art. 24 da Lei 8.666/93 para respaldar a contratação direta também nas hipóteses de licitação fracassada**”.

Entretanto, insta esclarecer que este posicionamento, além de não se revelar dominante inclusive no âmbito do TCU, como será visto mais adiante, não possui consonância, *data máxima vênia*, com a melhor técnica de hermenêutica que possa ser aplicada à interpretação da **norma regra** que nos é posta para apreciação.

Ainda nesse contexto, deve ser ressaltado também que o uso dos métodos adequados de hermenêutica (pode até parecer) mas não se constitui em tecnicismo desnecessário, posto que sua finalidade precípua consiste em conferir ampla transparência à forma como o julgador realiza o silogismo jurídico necessário à construção da norma para o caso concreto, conferindo previsibilidade ao seu raciocínio jurídico e, conseqüentemente, a segurança que o jurisdicionado precisa para tomar suas decisões.

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 243

2 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 533/2001 – Plenário**. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC05333201P.pdf>. Acesso em: 01 abr 2020.



ESTADO DE ALAGOAS
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO SIQUEIRA CAVALCANTE

PROCESSO TC – 11.347/2019

Como cediço, o Constituinte originário consagrou como cláusula geral³ o **princípio da obrigatoriedade da licitação** quando preconizou em seu art. 37, inciso XXI, que as contratações a serem realizadas pelo poder público deverão se submeter a um processo licitatório que assegure a igualdade de condições de todos os concorrentes, somente sendo permitida exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Além disso, o constituinte originário permitiu também que legislador ordinário pudesse estabelecer exceções a esta cláusula geral.⁴

Ou seja. A partir do texto constitucional nos é conferido extrair, de forma simples, que o licitar é a regra, enquanto que a contratação direta, seja qual for a hipótese jurídica legitimadora (dispensa ou inexigibilidade), será sempre uma exceção, e como sabemos, as regras de exceção devem ser interpretadas restritivamente. Nesse sentido, coube à norma infraconstitucional preencher o conteúdo semântico da expressão jurídica licitação, assim como especificar as hipóteses de exceção, que, conforme estabelecido pelo texto maior acima mencionado, devem obrigatoriamente estar previstas em lei.

Segundo definição de Marçal Justen Filho,

A licitação é um procedimento administrativo **disciplinado por lei** e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando à seleção da proposta mais vantajosa e à promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica ⁵ (grifos nossos).

Dessa maneira, a Lei nº 8.666/93, que disciplina a matéria, assim estabelece em seu art. 3º:

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 sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da **legalidade**, da **impessoalidade**, da **moralidade**, da

3 SOARES, Ricardo Maurício Freire – **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**, 4ª ed., São Paulo, Saraiva Jur, 2019, pp. 127-129.

4 Art. 37. *Omissis*
[...]

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 (grifamos).

5 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 441.



ESTADO DE ALAGOAS
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO SIQUEIRA CAVALCANTE

PROCESSO TC – 11.347/2019

igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Nesse contexto, insta salientar a observância ao **princípio da legalidade**, que preconiza, segundo lição de Hely Lopes Meirelles⁶: **o administrador público somente pode fazer o que a lei autoriza**, ao contrário do particular, que pode fazer tudo o que a lei não veda.

Portanto, no caso em exame, com a devida vênia ao entendimento contrário, não há espaço para interpretação ampliada das exceções previstas na lei, uma vez que o referido princípio impõe que essas devem ser interpretadas restritivamente.

Outrossim, Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁷ ensina: “[...] uma exceção é, por si, uma restrição que só deve valer para os casos excepcionais. Ir além é contrariar sua natureza”. Por isso, “[...] deve sofrer interpretação restritiva”.

Dito isso, cabe enfatizar a excepcionalidade e taxatividade das hipóteses de dispensa, que é destacada por José dos Santos Carvalho Filho⁸ da seguinte forma:

A **dispensa** de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório.

[...] Há, porém, dois aspectos preliminares que merecem ser considerados. O primeiro diz respeito à **excepcionalidade**, no sentido de que as hipóteses previstas no art. 24 traduzem situações que fogem à regra geral, e só por essa razão se abriu a fenda no princípio da obrigatoriedade.

O outro diz respeito à **taxatividade** das hipóteses. Daí a justa advertência de **que os casos enumerados pelo legislador são taxativos, não podendo, via de consequência, ser ampliados pelo administrador** (grifos nossos).

Conforme o mesmo autor⁹, o próprio dispositivo legal estabelece: a licitação é **dispensável**. Isso porque se trata de uma **faculdade** conferida pela lei ao administrador, tendo em vista que a norma não inviabiliza a realização do procedimento licitatório, que, mesmo assim, pode ser realizado se for mais conveniente à Administração.

6 *Apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17.

7 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 291

8 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. pp. 224 – 225.

9 *Idem. Ibidem*. pp. 225 – 226.



ESTADO DE ALAGOAS
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO SIQUEIRA CAVALCANTE

PROCESSO TC – 11.347/2019

Nessa senda, ao tratar sobre a matéria objeto desta Consulta, o Tribunal de Contas da União,¹⁰ em julgamento proferido no ano de 2016:

[...] é preciso esclarecer que há diferença entre licitação deserta e licitação fracassada. No primeiro caso, não ocorrem interessados ao certame, justificando a contratação por dispensa de licitação nos termos do art. 24, inciso V, da Lei de Licitações. Na segunda hipótese, apesar de ocorrerem interessados, estes são inabilitados ou desclassificados. **A ocorrência de licitação fracassada não torna possível a dispensa de licitação.**

Outrossim, na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹,

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.**

Logo, considerando os argumentos acima destacados, o art. 24, V, da Lei de Licitações e Contratos somente se aplica às hipóteses de licitação deserta, quando se devem observar, ainda, os seguintes **requisitos**:

[...] a realização de licitação em que nenhum interessado tenha apresentado a documentação exigida na proposta; que a realização de novo procedimento seja prejudicial à Administração; que sejam mantidas, na contratação direta, todas as condições constantes do instrumento convocatório. Note-se que o dispositivo, atendendo ao princípio da motivação, exige que seja **justificada a impossibilidade de repetir a licitação sem prejuízo para a Administração**¹² (grifos nossos).

Assim, torna-se imprescindível a demonstração de que a realização de novo certame trará prejuízos à Administração Pública, posto que o espírito da norma objetiva evitá-los. O caso de licitação frustrada, por sua vez, enseja, em tese, o saneamento de suas causas.

10 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACÓRDÃO 2742/2016 - SEGUNDA CÂMARA**. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/%2522LICITA%25C3%2587%25C3%2583O%2520FRACASSADA%2522%2520DISPENSA%2520ART.%252024%252C%2520V/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/6/%2520?uuid=dc6377c0-67b1-11ea-94b1-255c398ee212>>. Acesso em: 01 abr 2020.

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *apud* FONSECA, Marcelo Morais. **Inteligência do art. 24, inciso v, da Lei nº 8.666/93**: licitação deserta x licitação fracassada. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37753/inteligencia-do-art-24-inciso-v-da-lei-no-8-666-93-licitacao-deserta-x-licitacao-fracassada>>. Acesso em: 01 abr 2020.

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *apud* FONSECA, Marcelo Morais. **Inteligência do art. 24, inciso v, da Lei nº 8.666/93**: licitação deserta x licitação fracassada. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37753/inteligencia-do-art-24-inciso-v-da-lei-no-8-666-93-licitacao-deserta-x-licitacao-fracassada>>. Acesso em: 01 abr 2020.



ESTADO DE ALAGOAS
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO SIQUEIRA CAVALCANTE

PROCESSO TC – 11.347/2019

Nessa linha, José dos Santos Carvalho Filho entende: “Sendo o fato contornável, deve a Administração realizar nova licitação”¹³.

Desse modo, a **licitação frustrada** não possibilita a contratação direta por dispensa de licitação com fundamento no dispositivo legal objeto da presente consulta. Todavia, o legislador ordinário permitiu que nestes casos, a Administração Pública poderia fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação, ou de propostas escoimadas das causas que deram causa à desclassificação das propostas; facultando, inclusive, a redução deste prazo para três dias úteis nos casos de licitação da modalidade convite¹⁴.

Nessa senda, conforme esclarece José dos Santos Carvalho Filho: “[...] a Administração tem a **faculdade** de dar aos competidores o prazo [...] para apresentação de outras (propostas) sem vícios [...]”¹⁵ (grifo nosso). Essa foi a solução encontrada pelo legislador como forma de evitar possível prejuízo decorrente da instauração de novo certame licitatório.

Isso porque, de acordo com Marçal Justen Filho¹⁶: “Trata-se de faculdade outorgada à Administração, que deve avaliar, **no caso concreto**, a conveniência de sua utilização” (grifos nossos), pois,

Uma vez verificada a existência de defeitos na documentação ou na proposta de todos os licitantes [...] **Em princípio, a Administração deverá renovar a licitação**, reavaliando inclusive os termos do instrumento convocatório (que, por excessiva, sumariiedade ou complexidade, pode ter sido fator relevante para desclassificação)¹⁷.

Logo, consagrado o princípio da obrigatoriedade de licitação, a referida hipótese de dispensa somente se aplica aos casos de licitação deserta, observados e devidamente

13 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 243

14 Art. 48. *Omissis*

[...]

§ 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.

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 279.

16 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15.ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 767.

17 *Idem. Ibidem*. p. 766.



ESTADO DE ALAGOAS
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO SIQUEIRA CAVALCANTE

PROCESSO TC – 11.347/2019

fundamentados os requisitos legais acima expostos, quais sejam: i) não comparecimento de interessados no processo licitatório; ii) impossibilidade, devidamente justificada, de repetição do certame sem prejuízo à Administração Pública; iii) manutenção de todas as condições estabelecidas no edital.

Por todo o exposto, apresento o meu voto para que o Pleno do Tribunal de Contas do Estado de Alagoas, no uso de suas atribuições legais e regimentais, com fundamento nas razões expostas, **DECIDA**:

V. CONHECER a Consulta, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 1º, inciso XIX da Lei n. 5.604/1994 (LOTCE/AL) c/c art. 6º, inciso X do Regimento Interno;

VI. RESPONDER ao consulente no sentido de que a aplicação da norma constante do art. 24, V, da Lei 8.666/93, somente é possível aos casos de **licitação deserta**, observados os seguintes requisitos: i) não comparecimento de interessados no processo licitatório; ii) impossibilidade, devidamente justificada, de repetição do certame sem prejuízo à Administração Pública; iii) manutenção de todas as condições estabelecidas no edital; enquanto que aos casos de **licitação fracassada**, a Administração Pública pode observar o disposto no art. 48, §3º, da mesma lei, que consiste na possibilidade de fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação, ou de propostas escoimadas das causas que deram causa à desclassificação das propostas; facultando, inclusive, a redução deste prazo para três dias úteis nos casos de licitação na modalidade convite;

VII. DAR CONHECIMENTO ao Consulente da presente Decisão, em conformidade com os termos do art. 25, inc. II, da Lei n. 5.604/94;

VIII. PUBLICAR a presente Decisão para fins de direito.



ESTADO DE ALAGOAS
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO SIQUEIRA CAVALCANTE
PROCESSO TC – 11.347/2019

É como voto.

Sala das Sessões do **TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE ALAGOAS**,

Em Maceió, 07 de abril de 2020.