

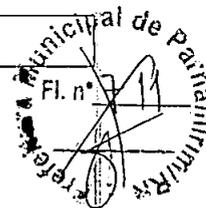
ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARNAMIRIM
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE
ASSESSORIA JURÍDICA

Processo nº. 2018.131201961.

Assunto: Pregão Eletrônico 038/2021 – equipamentos para o Conselho Municipal de Saúde.



PARECER JURÍDICO



I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

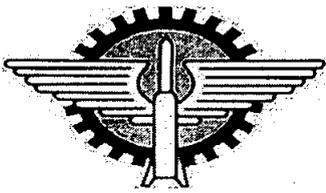
Trata-se o processo de procedimento licitatório a cargo da Comissão Permanente de Licitação da SESAD – Pregão Eletrônico nº. 038/2021, através do Sistema de Registro de Preço, para aquisição de impressoras multiprofissionais, notebooks, HD's externos, câmaras fotográficas, digitais, e demais equipamentos de suporte, para atender às necessidades do Conselho Municipal de Saúde.

Os autos estão devidamente instruídos com Termo de Referencia (fl. 03/10), pesquisa mercadológica (fls. 14/54); Declaração de dotação Orçamentária da ordenadora de despesas (fls. 56), minuta do Edital e seus anexos (fls. 167/224), Parecer Jurídico da Procuradoria Geral do Município (fls. 227/231) e autorização da Secretária para realização do Pregão fl. 233, com a devida publicação no DOM (fls. 299).

Contudo em 13 de abril de 2020, a pregoeira indicou a necessidade de realização de nova pesquisa mercadológica, encaminhando os autos a COP (fls. 300), que após ajustes requerido pela SESAD, apresentou nova Pesquisa Mercadológica (fls.369/374), seguida de nova Declaração de dotação Orçamentária da ordenadora de despesas (fl. 429/430), oportunamente autorizado a realização do pregão nas fls. 432.

Após acostar nos autos nova minuta do edital de convocação e anexos (fls.433/498), foi encaminhado novamente a PROGE que manifestou favorável ao certame (503/508), com a devida publicação no DOM (fls. 582/584).

O mencionado Pregão Eletrônico 038/2021, teve sua sessão de disputa fracassada, conforme documentos comprobatórios (694/701), com recomendação da CPL para que a Administração avaliasse os motivos que levaram ao fracasso da disputa, revendo atos eventualmente praticados, refazendo orçamentos, ou melhorando as adequações técnicas, se for o caso, no intuito de evitar que o certame seja novamente infrutífero (fls. 706/707).



ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARNAMIRIM
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE
ASSESSORIA JURÍDICA

Embora as sugestões da CPL tenham sido pertinente a resolução da problemática, nada foi acostada nos autos que comprove a revisão dos termos do edital, mesmo da pesquisa mercadológica, sendo posteriormente inserida, tão somente ratificação da solicitação do conselho (fl. 709), e encaminhado a esta assessoria (fl.710).

Em vista do proposto, cumpre debruçar-se sobre as possibilidades legais para aquisição imediata do item fracassado com vistas a atender necessidade dos autos.

É o que importa relatar.

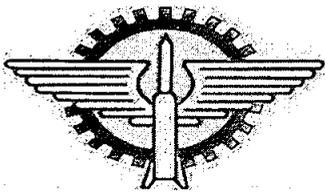
I. DA NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DAS EMPRESAS DESCLASSIFICADAS PARA REGULARIZAR A DOCUMENTAÇÃO E APRESENTAR NOVA PROPOSTA COMPATÍVEL COM O PREÇO ORÇADO.

Já a Licitação Fracassada Ocorre quando nenhum proponente é selecionado em decorrência de inabilitação ou de desclassificação das propostas. Nos processos de licitações que apresentarem estas situações, aplica-se o disposto no artigo 48, § 3º, da lei 8.666/93: "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".

No caso dos autos, conforme relatório do Pregoeiro (fl. 318) as empresas foram desclassificadas por apresentarem propostas superiores aos preços orçados, além de não ter apresentado documentos de habilitação e propostas junto a sistema licitações-e do banco do Brasil desobedecendo aos subitens 8.2 e 8.12 do instrumento convocatório.

Desta forma, em atendimento ao regramento do art. artigo 48, § 3º, da lei 8.666/93, recomendamos a convocação das empresas desclassificadas para regularizar a documentação e apresentação de nova proposta.

II. A PREVISÃO CONTIDA NO INCISO VII DO ARTIGO 24 DA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS COMO ESPÉCIE DE LICITAÇÃO FRACASSADA E OS REQUISITOS PARA SE REALIZAR UMA CONTRATAÇÃO DIRETA NOS CASOS EM QUE ELA OCORRER.



ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARNAMIRIM
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE
ASSESSORIA JURÍDICA

Considerando que a hipótese do art. 24, VII, da Lei de Licitações, estabelece que a contratação poderá ser dispensável, quando num certame licitatório a Administração verifica que as propostas de todos os disputantes foram apresentadas com preços acima do estimado para a contratação, autoriza a realização de uma dispensa de licitação, nos seguintes moldes que assim dispõe. Vejamos:

“art. 24 - É dispensável a licitação:

(...)

VIII - *quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços”.*

Para Joel de Menezes Niebuhr, esta hipótese regulada pelo inciso VII do artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos também se caracteriza como uma espécie de “licitação fracassada” (embora diferente da que é referida no inciso V da Lei 8.666) conforme podemos ver abaixo *in verbis*:

“Note-se que essa hipótese de dispensa também incide sobre licitações fracassadas, na mesma linha do inciso V do mesmo artigo 24. Ou seja, procede-se à licitação, que não logra os resultados esperados, em razão do que se contrata diretamente, por meio de dispensa. A diferença entre os incisos V e VII reside nisto: este se refere à situação específica de licitação fracassada, pertinente aos casos em que os preços ofertados são manifestamente superiores aos praticados no mercado; enquanto aquele abrange todas as demais hipóteses de licitação fracassada, quais sejam, repita-se: a) ninguém participa da licitação, b) todos os participantes são inabilitados, c) ou todas as propostas dos participantes habilitados são desclassificadas porque incompatíveis com o edital ou porque consignam preços inexeqüíveis. Em síntese, o inciso VII focaliza hipótese específica de licitação fracassada, cujo preço ofertado é manifestamente superior ao praticado no mercado; já o inciso V disciplina os demais casos.” (Joel de Menezes Niebuhr in *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*, São Paulo: Dialética, 2003, págs. 292/293)

Já sobre os pressupostos para se implementar uma dispensa de licitação com fulcro no inciso VII do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, eis a lição de Marçal Justen Filho:



ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARNAMIRIM
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE
ASSESSORIA JURÍDICA

Prefeitura Municipal de Parnamirim/RN
Fl. n.º 213
Licitação 714
14323

"A dispensa de licitação se admite desde que a Administração localize alguém disposto a contratar por valor inferior àquele que foi obtido na licitação anterior. (...)"

O dispositivo se reporta ao art. 48, § 3º, que faculta a concessão aos licitantes de nova oportunidade para formular propostas, quando todas tiverem sido desclassificadas. No prazo de oito dias, os licitantes deverão formular novas propostas que não apresentem os defeitos das anteriores. Se, concedidas duas oportunidades, os interessados insistirem com ofertas superiores ao admissível, caracteriza-se a inutilidade da competição. (...)

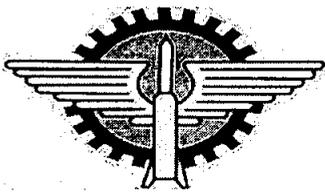
A contratação sem licitação autorizada no inc. VII pressupõe a verificação de três condições. A primeira reside na apresentação de propostas inadmissíveis; a segunda reside no insucesso da providência do art. 48, § 3º (SE REPUTAR-SE CABÍVEL SUA APLICAÇÃO); a terceira, na existência de particular disposto a contratar pelo preço adequado.

De qualquer modo, o excesso dos preços somente autorizará contratação direta se existir viabilidade de contratação que observe os limites de preços. Aplicam-se, aqui, as razões expostas a propósito do inc. V. A Administração não poderia invalidar a licitação sob fundamento de os preços serem abusivos e efetivar contratação por preços superiores aos limites indicados na Lei." (Marçal Justen Filho in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª edição, São Paulo: Dialética, 2008, págs. 300/301)

Atente-se que, na lição de Marçal Justen Filho, sendo TODAS as propostas dos disputantes do certame apresentadas num patamar SUPERIOR aos preços praticados no mercado, a Administração PODE (vez que não está obrigada) aplicar o § 3º do artigo 48 da Lei 8.666. Mas, aplicando ou não o excogitado § 3º do artigo 48, a dispensa de licitação autorizada no inciso VII do Estatuto de Licitações e Contratos Públicos SÓ PODERÁ SER EFETIVADA JUNTO A UM PARTICULAR QUE ACEITE CONTRATAR POR PREÇO ADEQUADO AO MERCADO.

Joel de Menezes Niebuhr, diverge de Marçal Justen Filho apenas no que toca à aplicação do disposto no art. 48, § 3º da Lei 8.666 antes da contratação direta autorizada pelo inciso VII do artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, para ele, tal aplicação não é uma faculdade e sim obrigatória antes da promoção da dispensa da licitação:

"Constatado que os preços propostos em licitação pública consigam valores acima dos praticados no mercado, antes de se proceder à dispensa, é obrigatório dar cumprimento ao § 3º do artigo 48 da Lei nº 8.666/93, isto é, conceder aos licitantes o prazo de 8 (oito) dias úteis – que pode ser reduzido para 3 (três) dias



ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARNAMIRIM
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE
ASSESSORIA JURÍDICA

úteis nos casos de licitações realizadas sob a modalidade convite – para que apresentem novas propostas, evidentemente, dessa vez, com preços compatíveis com os praticados no mercado. Se, ao final dos 8 (oito) dias úteis, os licitantes não apresentarem novos preços ou se apresentarem novos preços mas ainda acima dos praticados no mercado, todos eles devem ser desclassificados, declarando-se fracassada a licitação.

Se a situação chegar a esse ponto, será dada à Administração a faculdade de dispensar a licitação. Veja-se que, mesmo diante desse quadro, a dispensa não é obrigatória, pois incerta no inciso VII do artigo 24, cujo caput apregoa que a licitação é dispensável e não dispensada. Portanto, encerrada a licitação, a autoridade competente deve decidir se procede a nova licitação ou se firma de uma vez o contrato, valendo-se da dispensa prevista no inciso VII do artigo 24.” (Joel de Menezes Niebuhr in Licitação Pública e Contrato Administrativo, Curitiba: Zênite, 2008, pág. 85)

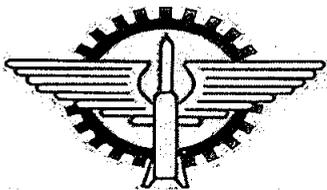
Elucidando a questão, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes envergando posicionamento do TCU esclarece que é inevitável que se aplique o art. 48, § 3º da Lei 8.666 antes da contratação direta autorizada pelo inciso VII do artigo 24 da mesma lei, sendo um “verdadeiro dever para o Administrador” adotar tal providência:

“A Lei nº 8.666/93 inovou apenas uma expressão no texto legal do Decreto-Lei nº 2.300/86, para incluir, entre vírgulas, ‘persistindo a situação’, querendo com isso erigir em condição a obrigatoriedade de a Administração, em qualquer caso, exigir a reapresentação das propostas como condição de validade para a contratação direta.” (Jorge Ulisses Jacoby Fernandes in Contratação Direta sem Licitação, 7ª edição, 2ª tiragem, Belo Horizonte: Fórum, 2008, pág. 363)

Em sucessivo, eis o posicionamento do Tribunal de Contas da União referido pelo autor:

“Ementa. Representação formulada por licitante. Possíveis irregularidades praticadas no âmbito do Banco do Brasil SA. Contratação de empresa com dispensa de licitação. Conhecimento. Procedência parcial. Determinação. Juntada dos autos às contas anuais. Remessa de cópia à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

44.6 Desta forma, a única alegação aceitável pela Administração seria a apresentação de propostas de preços menores e compatíveis com o mercado nacional, atitude esta que não encontrou amparo em nenhuma das empresas concorrentes, que, ao contrário, fizeram-se representar por ofertas ainda maiores. (...)



ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARNAMIRIM
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE
ASSESSORIA JURÍDICA



ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente Representação, com fundamento no art. 237, inciso VII, do Regimento Interno, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. determinar ao Banco do Brasil S/A, no âmbito das licitações e contratações vindouras, que exija da empresa contratada por meio de dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso VII, da Lei nº 8.666/93, a comprovação das condições de habilitação e da proposta estipuladas no edital da licitação precedentes à qual a contratação direta se vincula, salvo motivo devidamente comprovado;

Assim sendo, considerando que as propostas estão superiores aos valores orçados pelo Comissão Orçamentista Permanente da SESAD, seria o caso de dispensa pelo art. 24, VII, da Lei de Licitações, desde que a contratação mantenha as condições previstas no edital convocatório do Pregão eletrônico nº. 038/2020 e que o preço seja compatível com Preço já Registrado oficialmente, que não deve ser considerado aquele apresentado como resultado da cotação Mercadológica.

Não sendo possível a manutenção dos Preços já registrados oficialmente, recomenda a revisão do Edital de Convocação e realização de um novo pregão eletrônico, atentando para necessidade da Comissão Orçamentista Permanente - COP, dentro dos requisitos legais que lhe compete, buscar mecanismos de cotação que contemple a realidade do mercado, o que não se verificou nos últimos certames realizados, de nº 011/2020 e 038/2020.

III. CONCLUSÃO.

Primeiramente, em atendimento ao regramento do art. artigo 48, § 3º, da lei 8.666/93, recomendamos a convocação das empresas desclassificadas para regularizar a documentação e apresentação de nova proposta no prazo de 8 (oito) dias.

Com essas considerações, conclui-se que, em consonância com o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a hipótese de dispensa prevista no art. 24, inciso V, da Lei nº 8.666/93 alberga, tão somente, a situação de licitação anterior caracterizada como deserta, não sendo aplicável àquela licitação conceituada como fracassada.



ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARNAMIRIM
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE
ASSESSORIA JURÍDICA

Assim, entendo que a situação adequada ao caso dos autos é a Dispensa de Licitação com fulcro no art. 24, VII, da citada norma, desde que a contratação direta **MANTENHA TODAS** as condições ofertadas na licitação que restou fracassada e, Também seja mantido os **PREÇOS** registrados anteriormente, ou mesmo registrados em bancos de preços oficiais, de modo a garantir a adequação ao valor de mercado do produto.

Não sendo o caso, que seja realizada a revisão do Edital de Convocação e realização de um novo pregão eletrônico, atentando para necessidade da Comissão Orçamentista Permanente - COP, dentro dos requisitos legais que lhe compete, buscar mecanismos de cotação que contemple a realidade do mercado.

Por fim, diante da matéria em apreço e da ausência de regulamentação desta Assessoria Jurídica, atentamos para a necessidade da Remessa dos autos a Procuradoria Geral do Município.

Este é o parecer, salvo melhor juízo, o que submeto à apreciação da Sra. Secretária Municipal de Saúde.

Parnamirim/RN, 21 de setembro de 2021.

THALES DE LIMA GOES FILHO

Assessor Jurídico da SESAD

Mat.14.224

[1] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Editora Malheiros, 25ª Edição, 2008, p.516

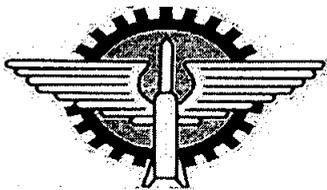
[2] Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 350.

[3] Brasil. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU - Tribunal de Contas da União. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 600.

[4] Brasil. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos ... p. 890

[5] Entendem que o inciso V, do art. 24, da Lei nº 8.666/1993, abrange a hipótese de licitação fracassada alguns doutrinadores tais como: Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta sem licitação. 6. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 394.; Meirelles, Hely Lopes Meirelles. Licitação e Contrato Administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et. al. p. 148.; etc.

[6] Di Pietro, Maria Sílvia Zanella. Direito Administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 370.



ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARNAMIRIM
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE
ASSESSORIA JURÍDICA

- [7] Carvalho Filho, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 275.
- [8] Gasparini, Diógenes. **Direito Administrativo**. 15. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 580-581.
- [9] Furtado, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 445/447.
- [10] Brasil. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU - Tribunal de Contas da União**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 600.
- [11] Carvalho Filho, José dos Santos. *ob. cit.* p. 275.
- [12] Niebuhr, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 467.
- [13] Pereira Júnior, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 303.

Prefeitura Municipal de Parnamirim
Fl. n. 717
432