

**EXEMPTION FROM BIDDING DUE TO FAILURE IN A PREVIOUS BIDDING PROCESS: THE CASE OF THE NEW LAW ON PUBLIC PROCUREMENT AND ADMINISTRATIVE CONTRACTS**

**A DISPENSA DE LICITAÇÃO ADVINDA DE INSUCESSO EM CERTAME LICITATÓRIO ANTERIOR: O CASO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

**Juliano Eugenio da Silva<sup>1</sup>**

<sup>1</sup>Doutorando em Filosofia pela UFPR. Mestre em História pela UEPG. Bacharel e Licenciado em Filosofia pela UFPR. Bacharel em Teologia pela Fabapar. Pregoeiro e Presidente da Comissão Permanente de Licitações da Fundação Estatal de Atenção à Saúde – Feas Curitiba.  
*eugeniодasilvajuliano@gmail.com*

Recebido/Received: 04.04.2022/ April 4<sup>th</sup>, 2022.  
Aprovado/Approved: 26.01.2023/ January 26<sup>th</sup>, 2023.

**RESUMO**

O presente artigo discute uma possível inconstitucionalidade na lei 14.133/2021, art. 75, inciso III, alínea "a)". Tal dispositivo autoriza a dispensa de licitação sob a motivação de uma licitação anterior infrutífera; especificamente, desobriga o agente público de refazer a licitação reputada por sem sucesso, ainda que possível tal repetição. Tendo como metodologia o cotejo de doutrina e jurisprudência sobre o tema, bem como dos princípios norteadores destes processos, argumenta-se no sentido de que, tendo em vista a celeridade, a eficiência e a desburocratização dos processos de compras públicas ser um alvo a ser seguido no intento do legislador atual, em se redobrando os cuidados para com a total legalidade da licitação anterior infrutífera, tal dispositivo é constitucional.

**Palavras-chave:** Lei de Licitações e Contratos Administrativos; Contratação Direta; Eficiência; Celeridade.

**ABSTRACT**

This article discusses a possible unconstitutionality in law 14.133/2021, art. 75, item III, item "a)". Such device authorizes the waiver of bidding on the grounds of a previous unsuccessful bidding; specifically, it releases the public agent from redoing the tender considered unsuccessful, even if such repetition is possible. Having as a methodology the comparison of doctrine and jurisprudence on the subject, as well as the guiding principles of these processes, it is argued that, in view of the speed, efficiency and reduction of bureaucracy of public procurement processes, being a target to be followed in the attempt of the current legislator, in redoubling the care for the total legality of the previous unsuccessful bidding, such device is constitutional.

**Keywords:** Law of Bidding and Administrative Contracts; Direct Hiring; Efficiency; Celerity.

**SUMÁRIO**

INTRODUÇÃO; 1. JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA PRECEDENTE; 2. A LEI 14.133/2021; 3. UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO; 4. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

A Lei 14.133/2021, promulgada em 1 de abril de 2021, é a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Atualmente, encontra-se em fase de transição e substituirá a Lei 8.666/93. Aquela nova lei traz uma diferença fundamental quanto à possibilidade de dispensa de licitação sob a justificativa de licitação anterior fracassada e/ou deserta. A simples leitura das hipóteses de permissão de dispensa de licitação neste cenário levanta um problema.

A Lei 8.666/93 assim explanava tal questão:

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;

Por sua vez a lei 14.133/2021, em seu artigo 75, inciso III, a), passou a exigir que a contratação direta, decorrente de licitação deserta ou fracassada, mantenha todas as condições do edital do certame e que tenha sido realizado a menos de um ano.

Veja-se que a lei mais antiga trazia a clara menção à licitação deserta que "*justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração*". Esta limitação não aparece na legislação posterior e suscita o problema: não poderia o gestor público realizar dispensa de licitação em situação em que poder-se-ia realizar novamente o certame licitatório? E isso não se configuraria, a priori, fuga à licitação, o que é vedado? Ao fim e ao cabo, tal dispositivo não seria inconstitucional? Sobre esse problema o presente artigo se detém.

Para tanto, basicamente, a metodologia se dará quanto ao cotejo da jurisprudência e doutrina da lei 8.666/93 sobre o tema, principais questões por elas levantadas, para posteriormente voltar-se sobre a nova lei e sua redação, tendo em vista, em especial, os princípios legais norteadores destes processos. Por fim, propor-se-á uma possível solução ao problema, a partir dos princípios constitucionais da eficiência, bem como princípios da nova lei de licitações e contratos administrativos, a saber, eficiência, a eficácia, e a celeridade.

### 1. JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA PRECEDENTE

A leitura do texto da Lei 8.666/93, artigo 24, inciso V, não suscita grande controvérsia quanto a questão que aqui tenciona-se abordar. Principalmente porque o ditame legal é claro quanto aos requisitos a serem cumpridos para que a dispensa de licitação se revista da legalidade ali exposta. São eles: i) não acudirem interessados à licitação anterior; ii) esta licitação anterior, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração; e iii) mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas. É certo que há alguma controvérsia quanto aos termos de "não acudirem interessados à licitação anterior", mas este assunto não influi no que aqui

discute-se<sup>1</sup>. O ponto que ora interessa se dá sobre o item ii) acima exposto, a saber, a necessidade de comprovação da não possibilidade de refazimento da licitação outrora infrutífera sem prejuízos à Administração. E neste ponto não há grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência. Antes a clareza é regra.

Quanto ao caso, o Tribunal de Contas da União (TCU) se manifestou diversas vezes. E em todos os cenários vê-se que a justificativa da não possibilidade de refazimento da licitação é *conditio sine qua non* para que a dispensa seja considerada legal. Abaixo alguns exemplos de decisões desta Corte de Contas.

Acórdão 2648/2007-Plenário.

Enunciado: Ausentes os requisitos que caracterizam a licitação deserta e não demonstrado que a repetição do certame traria prejuízos à Administração, é considerada ilegal a contratação direta. [...]

28. Absolutamente, não estavam presentes os requisitos pertinentes à contratação com tal fundamento. Primeiramente, é bastante estranho o contexto em que se caracterizou a licitação deserta. 17 empresas adquiriram o edital e fizeram a caução exigida. Entretanto, elas não teriam adentrado a sala de reuniões, o que caracterizaria seu desinteresse em participar do certame. Inicialmente, é pouco crível que todas essas empresas, apesar de retirarem o edital e apresentarem a caução, de repente tenham desistido de participar, sem razão aparente. Além disso, o fato de alguma empresa não assistir à sessão de julgamento não significa que ela não esteja interessada em participar da licitação, uma vez que não é obrigatória a presença física de representante da empresa para que sua proposta seja considerada no certame.

29. Ainda que se pudesse caracterizar a licitação como deserta, não estaria justificada a contratação com base no art. 24, inciso V, da Lei nº 8.666/93, pois se teria que demonstrar que a repetição do certame traria prejuízos à administração, conforme reza o dispositivo, o que não foi feito. Aliás, entre o dia em que se declarou deserta a licitação [...] e a data em que foi feita a contratação por dispensa de licitação [...], decorreram quase 4 meses, tempo suficiente para realização de nova licitação. Cabe mencionar, também, que não houve motivação para a escolha do consórcio contratado para realizar as obras, conforme exige o art. 26, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

**30. A contratação com dispensa de licitação, portanto, foi ilegal [grifou-se].**

Há precedentes anteriores, entretanto, importa focar naqueles mais recentes, dada a uniformidade do tema e o desenvolvimento da jurisprudência da corte.

<sup>1</sup> Mas para que o leitor fique situado, explique-se. O legislador atual acabou com uma antiga querela em torno da licitação deserta ou fracassada. Alguns comentadores defendiam que tal dispositivo da lei 8.666/93 se aplicaria somente ao caso de licitação "deserta", ou seja, faziam uma leitura mais hermética do texto (por exemplo, Roberto Bazilli e Sandra Miranda: "*Essa é a hipótese da chamada licitação deserta, que não se confunde com a fracassada. [...] Na licitação deserta não ocorrem interessados ao procedimento licitatório, enquanto que na fracassada os interessados comparecem ao certame, mas não preenchem os requisitos para habilitação ou, quando qualificados, suas propostas são desclassificadas, ou então desistem de participar*" (BAZILLI & MIRANDA, 1999, p. 166)). Por outro lado, alguns estudiosos declaravam que esse entendimento não seria o mais adequado, já que o cenário para a administração, ao fim e ao cabo era o mesmo (é o caso de BITTENCOURT, 2016, p. 244; JACOBY FERNANDES, 2005; e Joel Niebuhr, a quem importa citar: "*Em ambas as situações, o resultado para a administração é o mesmo, isto é, ela não consegue obter da licitação o objetivo visado, qual seja, o de selecionar aquele com quem irá celebrar contrato administrativo. Daí que, em obséquio à identidade das consequências, defende-se que o inc. V do art. 24 da Lei 8.666/93 aplica-se tanto em relação às licitações desertas, quanto no tocante às fracassadas*" (NIEBUHR, 2004)).

No que diz respeito à lei 14.133/2021, ambos os cenários estão abarcados, ou seja, o legislador tendo em mente essa querela, resolveu-a tomando partido de uma interpretação mais abrangente, e referindo-se tanto à licitação deserta (a que não acudem interessados) quanto a fracassada (aquela em que todos os participantes são aliados).

Neste acórdão de 2007 vemos claramente a questão: "*teria[-se] que demonstrar que a repetição do certame traria prejuízos à administração*" e como grifou-se "*a contratação com dispensa de licitação, portanto, foi ilegal*". Ou seja, não houve a comprovação de que não seria possível realizar novamente a licitação inicialmente deserta e mesmo assim foi realizada dispensa de licitação com base no citado ditame legal. Portanto, em falta do requisito ii) acima exposto, a dispensa de licitação foi declarada ilegal.

Outro precedente nesse sentido explana:

Acórdão 6440/2011-Primeira Câmara

Enunciado: A licitação deserta deve ser repetida ou justificada a inviabilidade de sua repetição. [...]

14. De outro lado, o fundamento invocado para a contratação direta da referida empresa – art. 24, inciso V, da Lei 8.666/1993, somente poderia ser empregado no caso de não acudirem interessados à licitação anterior e se o certame, justificadamente, não pudesse ser repetido sem prejuízo para a Administração, não se vislumbrando dos autos evidências de que os requisitos pertinentes à contratação direta foram observados, sobretudo porque não restou demonstrada a inviabilidade da repetição do certame nem a potencialidade de eventual prejuízo à Administração se ocorresse nova licitação, situação essa que se mostra agravada pelo fato de que a publicidade exigida para a concorrência, modalidade mais adequada, permitiria ampliar o escopo de potenciais licitantes e, muito provavelmente, não resultaria deserta [...].

Novamente a questão é primordial: há que se comprovar a inviabilidade de se repetir a licitação bem como os prejuízos que tal repetição causariam à Administração, sob pena de ilegalidade na dispensa de licitação. Por fim:

Acórdão 342/2011-Primeira Câmara

Enunciado: O art. 24, inciso V, da Lei 8.666/1993 (licitação deserta) só pode ser utilizado como fundamento para a contratação direta caso o certame não possa, justificadamente, ser repetido sem prejuízo para a Administração. [...]

13. O fundamento invocado para a contratação direta da referida empresa – art. 24, inciso V, da Lei n. 8.666/1993 – somente pode ser empregado no caso de não acudirem interessados à licitação anterior e se o certame, justificadamente, não puder ser repetido sem prejuízo para a Administração.

14. Não se vislumbram dos autos evidências de que os requisitos pertinentes à contratação direta foram observados, sobretudo **porque não restou demonstrada a inviabilidade da repetição do certame nem a potencialidade de eventual prejuízo à Administração se ocorresse nova licitação. [grifou-se].**

Em todos os casos, o TCU é taxativo: em não sendo comprovada a impossibilidade de refazimento da licitação e os prejuízos à Administração daí advindos, a contratação direta sempre foi reputada como ilegal. Da mesma forma há uniformidade na doutrina sobre o tema. Justen Filho elenca semelhantemente ao acima exposto os requisitos para a devida ancoragem da dispensa:

O primeiro requisito é a realização de licitação anterior, concluída infrutiferamente. [...] O segundo requisito é a ausência de interessados em participar da licitação anterior. [...] O terceiro requisito 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. (JUSTEN FILHO, 2019, p. 502-503).

Seria insistir num mesmo ponto a reiteração dos argumentos de comentaristas. Somente na presença destes três requisitos é que há legalidade na aplicação do artigo 24, V da Lei 8.666/93. Tal questão levanta a reflexão acerca dos intentos do legislador quando estipulou tais requisitos, em especial o segundo deles, novamente, a necessidade de comprovação da não possibilidade de refazimentos da licitação sem prejuízos à Administração.

E a resposta parece simples, a saber, há o dever constitucional de licitar. Assim lê-se na Carta Magna:

Art. 37, [...] 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.

Veja-se, a licitação é dever do agente público. A legislação infraconstitucional previu casos em que as licitações poderiam ser dispensadas. Isso não afasta o dever constitucional da licitação, mas simplesmente elenca casos em que é possível que esta não se realize. Ou seja, a licitação é a regra e as contratações diretas, casos excepcionais (NOHARA, 2022, p. 288).

É neste cenário que se entende a previsão da lei 8.666/93: se é possível refazer a licitação sem causar prejuízos ao interesse público, é dever do agente público refazê-la e não dispensá-la. É neste diapasão que são totalmente compreensíveis as decisões do TCU acima expostas: nas situações em que a Administração Pública não comprovou a impossibilidade de refazimento da licitação sem causar prejuízos, mas antes, dispensou o certame com base no dispositivo acima exposto, tal prática se revestiu de ilegalidade.

Pois bem, se há certa unanimidade na interpretação da lei 8.666/93, importa progredir à análise da lei 14.133/2021, regramento este que está em vias de substituir completamente o anterior.

## 2. A LEI 14.133/2021

Promulgada em primeiro de abril de 2021, a lei 14.113/2021 substituirá, num interregno cabal de 2 anos, a Lei 8.666/93, como regulamento geral de licitações e contratos. Fruto de intensa discussão no Congresso Nacional, buscou inovar e

modernizar a legislação nacional no campo das contratações públicas. No que diz respeito ao tema que aqui tratamos esta nova lei assim se pronunciou:

Art. 75. É dispensável a licitação: [...]

III - para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação: a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas;

Em suma, o dispositivo legal sofreu uma importante alteração: a obrigatoriedade do refazimento da licitação foi retirada. O legislador, tendo em vista os princípios elencados no início do diploma legal<sup>2</sup>, buscou, sem dúvida, aprimorar e modernizar a maneira como a questão deve ser tratada. Importa que se detalhe a questão.

Em uma palavra: há uma simplificação do caso aplicável à dispensa de licitação que aqui trata-se: a licitação anterior infrutífera. Isso pode ser interpretado da seguinte forma: já houve licitação prévia que restou infrutífera<sup>3</sup>, por que então insistir em um processo que tende a novo insucesso? Neste sentido, seria um atentado contra a eficiência e eficácia, um desperdício de recursos públicos, despender novos esforços para refazimento da licitação. Justen Filho argumenta nessa direção ao afirmar que:

O problema não é realizar uma nova licitação, mas *repetir* uma licitação que já foi processada regularmente. Há uma presunção de inutilidade de repetir a licitação. Haveria desperdício não apenas de tempo, mas também de recursos públicos. (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1014.)

Se esta foi a intenção do legislador, fica fácil entender a tentativa de simplificação do caso. Eis as condições para aplicação do dispositivo:

É dispensável a licitação para contratação que i) mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano; quando naquela licitação ii) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas. Em suma, não houve grande número de alterações, mas sim, retirou-se a obrigatoriedade de refazimento da licitação, considerado por si só como prejuízo à Administração quanto a este refazimento.

A primeira imposição diz respeito a condições estabelecidas em edital que deverão ser mantidas quando da dispensa de licitação. Em suma, tal dispositivo visa

<sup>2</sup> "Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)".

Veja-se que já nos princípios, há importantes alterações. Entre outros destaca-se, a eficiência, o planejamento, a eficácia, a razoabilidade, a proporcionalidade, e celeridade, etc. Tais princípios não constavam da Lei 8.666/93 (que assim se manifestava:

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

Vê-se que o legislador atual julgou importante que houvesse disposições no sentido de otimizar as ações públicas e desburocratizá-las, visando a eficiência e a agilidade da administração pública perante suas obrigações. Esse é um ponto importante a ter-se em mente. Repita-se: vê-se claramente um foco na agilidade, na eficiência, e no desvelo de uma burocracia desarrazoada na administração pública.

<sup>3</sup> E nesta licitação prévia, já deveriam, em tese, ter sido cumpridos todos os requisitos para uma licitação adequada, quais sejam, entre outros, o planejamento adequado, o estabelecimento de preços condizentes com o mercado, a devida publicidade ao certame, etc.

garantir a identidade de objetos da contratação. Não pode o agente público licitar determinado bem ou serviço e dispensar a licitação de algo diverso disso, quando ancorar sua decisão no trecho legal acima disposto. A segunda condição é a de que a licitação anterior tenha sido infrutífera (deserta ou fracassada). Feito: se estas condições forem satisfeitas a licitação poderá ser dispensada; e, claro, há ainda a questão do prazo de até um ano.

Mas disso surge a questão: tendo em vista o dever constitucional de licitar, e em um hipotético cenário, em que poder-se-ia repetir a licitação – outrora infrutífera –, não seria este artigo passível de legitimar a fuga à licitação? Não seria um tensionamento do texto constitucional? Nas decisões da Corte de Contas acima expostas, é clara a vedação: é ilegal a dispensa de licitação, embasada em certame anterior infrutífero, sem a justificativa da impossibilidade de refazimento da licitação. Mas isto dizia respeito à lei 8.666/93. E não parece ser o caso desta nova lei 14.113/21.

Por outro lado, é importante que se note que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos é mais detalhista quanto ao procedimento da contratação direta em si do que a lei anterior. Há um redobramento de cuidados para com a instrução do processo e, em especial, sua motivação e publicidade. Irene Nohara detalha a questão:

O processo de contratação direta da Lei nº 14.133/2021 incrementou mudanças em relação à lei anterior. Há mais exigências de documentos e justificativas para motivar o procedimento; sua divulgação deverá ser feita pela via eletrônica; e também houve inserção de dispositivo desdobrando a responsabilidade entre Administração e contratado. De acordo com o art. 72 da Lei nº 14.133/2021, o processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos: (I) documento de formalização da demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo; (II) estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 da lei; (III) parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos; (IV) demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido; (V) comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária; (VI) razão de escolha do contratado; (VII) justificativa do preço; e (VIII) autorização da autoridade competente. A lei anterior apenas exigia os seguintes elementos do processo, dispostos no parágrafo único do art. 26 (Lei nº 8.666/93): (I) caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (II) razão de escolha do fornecedor ou executante; (III) justificativa do preço; e (IV) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (NOHARA, 2022, p. 297).

Outro ponto fundamental é de que uma importante novidade na Lei 14.133/2021 referente a expressa menção a dolo, fraude ou erro grosseiro quando da contratação direta indevida. O artigo 73, *caput*, assim se impõe:

Art. 73. Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável

responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Em suma, o legislador requer mais formalidades que instruem o processo detalhada e adequadamente, bem como prevê sanção conjunta ao agente público e ao contratado na hipótese de contratação direta indevida<sup>4</sup>. Entretanto, a despeito disso, a principal questão acima permanece: em se podendo realizar novamente a licitação infrutífera, uma contratação direta com base no trecho legal em discussão, não se caracterizaria em fuga à licitação e, em última análise, na inconstitucionalidade do trecho legal? Veja-se que **não há** nesta nova lei o trecho que constava na anterior: "*quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração*".

Ora, então atualmente não há a necessidade de se repetir a licitação, mesmo se isso fosse possível sem trazer prejuízos à Administração. Repita-se: realizada a licitação e seu resultado sendo como um insucesso, mesmo que fosse possível repeti-la sem prejuízo, a lei 14.133/2021 desobriga o agente público a tal.

### 3. UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO

Aparenta-se que a intenção do legislador não foi outra senão a de racionalizar o processo de contratação pública. Em outras palavras, poder-se-ia traduzir sua intenção no seguinte sentido: por que repetir o que já se provou infrutífero? Por que dispendar tempo e recursos públicos em um processo que por alguma razão não atingiu os fins a que se destina, a saber, a contratação pela administração pública de entidade que satisfará uma determinada necessidade? Não faz sentido a repetição. Tendo em vista os princípios elencados na legislação mais recente<sup>5</sup> – repetimos, em especial, a razoabilidade, a proporcionalidade e a celeridade – priorizou-se a otimização dos processos.

A tensão resulta justamente da imposição constitucional do dever de licitar. O fiel da balança está justamente na dicotomia eficiência, eficácia e agilidade nas respostas da administração pública às necessidades da sociedade. É minimamente razoável realizar novamente a licitação infrutífera? É pertinente dispendar recursos públicos – sem olvidar dos consideráveis prazos para conclusão dos certames – em processos licitatórios infrutíferos?

4 Sidney Bittencourt ressalta quanto a este ponto do art. 72 que: "*Comparando-se com a lei anterior, verifica-se um aumento do rol de documentos, retratando tipicamente a atividade de controle*" (BITTENCOURT, 2021, p. 95) e ainda quanto ao art. 73: "*Conforme observa José Calasans, este dispositivo encerra uma regra importante: a advertência da responsabilidade solidária do agente público e do beneficiário da contratação, se dela resultar dano à Administração Pública, quando tiverem agido com dolo, fraude ou erro grosseiro. Nesse ponto, a lei adota o entendimento que se consolidou na jurisprudência dos tribunais, especialmente quando se pretende a responsabilização criminal pela contratação direta (cf. o novo art. 337-E, inserido no Código Penal, pela nova Lei de Licitações)*" (BITTENCOURT, 2021, p. 113).

5 Sem olvidar a Constituição em seu artigo 37, caput, que explana: "*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*" (grifou-se).

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos explana em seu artigo 5º, caput: "*Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).*"



Sidney Bittencourt assevera quanto ao ponto que:

A regra tem razão de ser: o custo de realização de nova licitação poderá trazer prejuízos para a Administração, o que, é claro, deverá ser ponderado pelo agente público responsável de modo a sopesar se deverá ou não utilizar o mecanismo de dispensa (BITTENCOURT, 2021, p. 177).

Joel Niebuhr no mesmo sentido:

O legislador criou hipóteses de dispensa relacionadas a casos em que a licitação pública não foi bem-sucedida e que, em razão disso, a repetição do procedimento pode ser danosa ao interesse público. (NIEBUHR, 2021, *apud* BITTENCOURT, 2021, p. 177).

Não afigura-se que o legislador tenha se atentado tanto a essa tensão entre eficiência e agilidade versus dever constitucional de licitar. Ao passo que, como comungado pelos comentadores acima, o que foi levado em conta foi o refazimento do certame licitatório possivelmente trazendo algum tipo de dano à Administração, em especial, quanto à eficácia e à eficiência nas respostas quanto às obrigações da Administração Pública, em especial conforme exarado por Justen Filho: "*Há uma presunção de inutilidade de repetir a licitação*" (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1014), ou seja, a repetição de algo infrutífero é tida, em si, como danosa ao interesse público. Assim, vislumbra-se um cenário que resolve, pelo menos à primeira vista, a questão.

A solução, portanto, encontra-se no processo licitatório anterior, aquele infrutífero. Nessa licitação há, obrigatoriamente, que se ter havido o correto planejamento, a devida pesquisa de preços de mercado para que os preços praticados de fatos refletissem a realidade comercial, observância ao devido procedimento legal, em especial a publicidade e interregno entre lançamento da licitação e dia para recebimento e abertura de propostas.

Esses aspectos parecem os mínimos para que a dispensa de licitação ancorada na lei 14.133/2021, Art. 75. III, "a" seja aplicada corretamente sem afronta ao texto constitucional. Em outras palavras, a lisura da licitação anterior deve ser reiterada para que se prove que repeti-la é inútil. Os preços praticados naquela licitação devem ter sido aferidos de maneira adequada<sup>6</sup>; tal questão é importantíssima, pois uma licitação com preços demasiadamente baixos, por exemplo, afasta possíveis interessados e "força" um insucesso. O planejamento da licitação também deve ter sido adequado. A própria lei 14.133/2021 alçou o planejamento a caráter de princípio. Por fim, a publicidade deve ter sido a adequada, afinal, a falta de publicidade à licitação pode afastar possíveis interessados, e novamente "forçar" o insucesso do certame.

<sup>6</sup> O Tribunal de Contas do Estado de Paraná possui avançado entendimento sobre o caso. Por exemplo o acórdão nº 1108/20 - Tribunal Pleno, que em sua ementa traz: "[...] Ao gestor compete, motivadamente, escolher as fontes disponíveis que melhor captem a realidade do mercado. Possibilidade de utilização de editais de licitação, contratos e atas de registros de preços de outros entes da federação (Municípios e/ou Estados e/ou União), desde que similares em relação ao objeto e à quantidade licitada, devendo-se observar ainda a inexistência de condições diferenciadas na contratação que possam interferir nos valores ofertados. Inexistência de conceito legal de publicações e sites especializados, cabendo ao gestor justificar a escolha das fontes". Tal acórdão uniformiza a interpretação acerca das decisões dessa corte sobre o caso. Importante salientar a questão da efetiva realidade do mercado. Lemos no mesmo acórdão: "A pesquisa de preços deverá buscar captar ao máximo possível os preços efetivamente praticados no mercado". Veja-se, os preços realizados na licitação devem ser condizentes, ao máximo possível, com o mercado. Afinal, preços desarrazoados alijam competidores.

Uma insistência neste último ponto é necessária: tal contratação direta deve revestir-se de motivação no sentido de provar que a licitação anterior cobriu-se de todos os cuidados legais, de modo que uma licitação mal planejada ou mal realizada, não seja ensejo para futuras contratações diretas; e este cenário, sem sombra de dúvidas, é passível de sanções e tal contratação estaria às raias da ilegalidade.

Por fim, o Tribunal de Contas da União, nas próprias decisões acima expostas, já tem se atentado para o caso concreto em si das licitações reputadas por infrutíferas. Na legislação atual, isso deve reforçar-se

#### 4. CONCLUSÃO

Conforme verificou-se, houve uma importante mudança na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no que diz respeito a dispensa de licitação ancorada na possibilidade legal advinda de licitação anterior infrutífera. A lei anterior (8.666/93) trazia a necessidade de justificativa para a não possibilidade de refazimento da licitação infrutífera e os prejuízos à Administração daí advindos. Ou seja, tinha-se em mente o dever constitucional de licitar. Já a nova lei (14.133/2021) não traz tal requisição de refazimento da licitação. Assim surgiria uma tensão entre dever constitucional de licitar e eficiência e eficácia administrativa. E isso, se dá pelo fato de, justamente, o legislador atual ter privilegiado a eficiência e eficácia nos atos da Administração, em especial nas contratações públicas. Uma simples questão ilustra bem este argumento, afinal: por que repetir uma licitação que já se provou infrutífera? Para responder a tal tensão, argumentou-se no sentido de frisar que tal hipótese de liberação da licitação não é absoluta. Antes, há que se provar que esta licitação prévia – outrora infrutífera – obedeceu aos ditames legais – em especial, que refletiu fielmente os preços de mercado e que a devida publicidade foi dada ao certame – e que, portanto, é límpido que não teria sentido em repetir-se um procedimento que, como dito, obedecendo estritamente à lei, restou sem sucesso. Ademais, a administração deverá discorrer sobre as razões de fato e de direito que levaram à escolha da contratação direta, com um procedimento muito mais detalhado. Neste cenário, então, torna-se aplicável a dispensa de licitação ancorada no artigo 75, III, a) da Lei 14.133/2021, bem como sua constitucionalidade.

#### REFERÊNCIAS

- BAZILLI, R. R.; MIRANDA, S. J. **Licitação à luz do direito positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BITTENCOURT, S. **Licitação passo a passo**: Comentando todos os artigos da lei nº 8.666/93, totalmente atualizada. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2016.
- BITTENCOURT, S. **Contratando sem Licitação**: Contratação Direta por Dispensa ou Inexigibilidade - Lei Nº 14.133, De 1º De Abril De 2021 – Nova Lei De Licitações - Lei Nº 13.303, De 30 De Junho De 2016 – Lei Das Estatais. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2648/2007-Plenário**. Enunciado: Ausentes os requisitos que caracterizam a licitação deserta e não demonstrado que a repetição do certame traria prejuízos à Administração, é considerada ilegal a contratação direta. 5 de dezembro de 2007. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-35147/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-35147/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse). Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 6440/2011-Primeira Câmara**. Enunciado: A licitação deserta deve ser repetida ou justificada a inviabilidade de sua repetição. [...]. 16 de agosto de 2011. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1194566/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1194566/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse). Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 342/2011-Primeira Câmara**. Enunciado: O art. 24, inciso V, da Lei 8.666/1993 (licitação deserta) só pode ser utilizado como fundamento para a contratação direta caso o certame não possa, justificadamente, ser repetido sem prejuízo para a Administração. 25 de janeiro de 2011. Disponível em [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1169364/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1169364/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse). Acesso em: 02 ago. 2021.

JACOBY FERNANDES, J. U. **Licitação deserta/fracassada que não pode ser repetida**. Fórum de Contratação Pública - FCGP. Belo Horizonte, ano 4, n. 48, dez. 2005.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 8.666/93. 18º ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

NIEBUHR, J. M. **Certame deserto e a dispensa de licitação**. ILC - Informativo de licitações e contratos, Curitiba, n. 319, abr. 2004.

NOHARA, I. P. D. **Direito Administrativo**. Barueri: Grupo GEN, 2022.