



PARECER JURÍDICO

AQUISIÇÃO E LOCAÇÃO DE IMÓVEIS. LICITAÇÃO. DISPENSA. INCISO X DO ART. 24 DA LEI 8.666/93. RESGUARDO DE CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO. POSSIBILIDADE E NECESSIDADE.

1- DO HISTÓRICO DO PEDIDO.

A Comissão Permanente de Licitação indaga a Procuradoria Jurídica a respeito da possibilidade de locação de 01 (um) imóvel para funcionamento do depósito da merenda escolar, atendendo demanda da Secretária Municipal de Educação de Santa Luzia do Pará, localizado na Travessa Getúlio Vargas, nº 02, Bairro Centro, Santa Luzia do Pará, neste Estado, a qual tramita no bojo do Processo Administrativo de nº 7/2017-030203.

1

PREFEITURA DE

2- DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA.

A Constituição Federal estabelece como regra a obrigatoriedade de licitação para obras, compras, serviços e alienações da Administração Pública. Nesse sentido, dispõe o já conhecido art. 37, inc. XXI, do texto constitucional: "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, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Entretanto, em algumas situações previamente estabelecidas pela legislação, a regra de licitar cede espaço ao princípio da economicidade ou outras razões que revelem nítido interesse público em casos em que a licitação é dispensada ou considerada inexigível.

O art. 24 da Lei 8.666/93 traz consigo uma série de incisos que tipificam hipóteses em que o procedimento de licitação prévio à contratação se faz

Francisco de O. L. N.



dispensável. Ao contrário do que disciplina o art. 25, que trata das inexigibilidades, o art. 24 veicula rol exaustivo.

Segundo precisa distinção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável. (Direito Administrativo. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 361.)

Essa distinção, corriqueira na doutrina, é de imprescindível relevo para o caso em apreço.

A aquisição ou locação de imóveis pela Administração Pública, desde que atendidos alguns requisitos, está prevista como caso de licitação dispensável. Na linha do que ensina a doutrina, significa dizer que, quando possível o certame, faculta-se a contratação direta com base no art. 24, X, da Lei 8.666/93. Transcreva-se o dispositivo:

Art. 24. É dispensável a licitação: (...)

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

Note-se que o dispositivo prevê uma série de condições para que se possa fazer uso da escusa do dever de licitar, tais como o "atendimento das finalidades precípuas da administração" (não acessórias) e "o preço compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia". Merece destaque a vinculação do dispositivo aos motivos da dispensa: a escolha de certo e determinado imóvel (motivo) deve estar condicionada às necessidades de instalação e localização.

Joel de Menezes Niebuhr chega a defender expressamente a inconstitucionalidade do dispositivo:

Nesse quadro, é patente que realizar licitação para comprar ou locar imóvel não implica prejuízo ou gravame algum; por isso, o legislador não agrega competência para qualificar como dispensa casos desse naipe, que, se fossem criados, forçosamente ensejariam o reconhecimento de desvio de poder legislativo, que é espécie de inconstitucionalidade. Então, para evitar tachar de inconstitucional o dispositivo em apreço, é imperioso interpretá-lo conforma a Constituição, para o efeito de reconhecer a ele incidência somente nos casos em que o imóvel visado



pela Administração desfrute de características que o singularize, ainda que, para tanto, seja inevitável admitir tratar-se de hipótese de inexigibilidade, não de dispensa. (Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 491)

Note-se que, a despeito da discussão doutrinária sobre a natureza jurídica da técnica denominada interpretação conforme, a tese que sustenta a aplicação do inciso X do art. 24 da Lei 8.666/93 somente quando exista um único imóvel implica declaração transversa de inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que transfere o fundamento da contratação para o art. 25 (inexigibilidade) como se a hipótese de dispensa não pudesse subsistir por ser inconstitucional.

Apesar de reconhecida a competência do TCU para apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público (Súmula nº 347 do STF), quando se utilizar dessa faculdade, deve fazê-lo de modo expresso e em obediência à cláusula de reserva de plenário (Súmula Vinculante nº 10 do STF).

No caso de utilização do art. 24, X, da Lei 8.666/93 não pode o gestor afastasse, por exemplo, do cumprimento do art. 26, parágrafo único, que exige expressamente "a razão da escolha do fornecedor ou executante" (inciso II). O atendimento a este requisito legal garante que, havendo mais de um imóvel, ainda que se faça a contratação direta, estará devidamente motivada a dispensa do certame.

A casuística pode oferecer motivos vários. Cite-se o exemplo de imóveis vizinhos, com a mesma planta, sendo uma edificação com mais de 20 anos de uso e outra entregue há pouco tempo, com instalações e equipamentos bem mais modernos. Decerto ambos atenderiam às necessidades de instalação e localização. Numa licitação do tipo menor preço, muito provavelmente o imóvel mais velho sairia vencedor, contudo, quando avaliados os custos com adaptação, manutenção ordinária, adequação etc, a escolha militar em favor do mais recente, desde, obviamente, que o preço fosse compatível com o de mercado, com imóvel de condições semelhantes.

Do laudo emitido pelo Engenheiro Civil, Dr. Antônio Osvaldo dos Santos (CREA-PA: 26818-D/PA), constata-se que o imóvel escolhido: a) não está localizado em área de risco; b) não está localizado em Áreas de Proteção Ambiental, várzeas ou áreas de preservação permanente (APP); c) apresenta preço compatível com a realidade mercadológica do município e região; d) apresenta boas condições de segurança, habitabilidade e higiene; e) está localizado em loteamento regular ou regularizado e liberado para construção; f) não é objeto de construção ou ampliação para efeitos da Lei Complementar nº 572/2015; g) a atividade desenvolvida no local está de acordo com a lei de uso e ocupação do solo



vigente; h) não se trata de área pública; i) não se trata de área situada em faixas “non aedificandi”, em conformidade com a lei de uso e ocupação do solo vigente.

Assim, satisfazendo devidamente as exigências supras, não vislumbramos nenhum óbice à contratação do imóvel supra identificado por meio do procedimento de Dispensa de Licitação, considerando que os demais requisitos legais foram satisfeitos para o presente procedimento.

O que não parece adequado nem juridicamente sustentável é tolher, de antemão, a possibilidade de o gestor fazer uso da dispensa que faculta o inciso X do art. 24 da Lei 8.666/93. Diante do caso concreto, ser-lhe-á lícito decidir entre a realização de uma licitação e a contratação direta por dispensa com fundamento no dispositivo ora em apreço.

Considere-se ainda que o §2º do art. 39 do Decreto 7.689/2012 vedou a restrição de bairro ou região na pesquisa por imóveis para locação e aquisição, a não ser no caso de o órgão prestar atendimento ao público. Com isso, obriga-se a ampliação do universo de pesquisa, de modo a permitir ao gestor um maior número de opções, permanecendo, no caso de dispensa de licitação, a obrigação de justificar a razão da escolha do fornecedor e a compatibilidade com o preço de mercado.

Não se deve deixar de registrar que o regime jurídico anterior à Lei 8.666/93 para a locação de imóveis pela Administração, este sim, previa a locação de imóvel como hipótese de inexigibilidade, fazendo-se necessária, por óbvio, a inviabilidade de competição (art. 23, IV, do Decreto-lei 2.300/86). A mudança de regime, ou seja, o arrolamento na atual legislação como hipótese de dispensa, não pode ser ignorado pelo intérprete. Em outras palavras, não parece lícito dar à legislação atual o mesmo tratamento previsto no regime jurídico passado quando distintos. A alteração há de ser tida como opção legislativa, a ser obedecida até que sobrevenha declaração de inconstitucionalidade.

Por fim, cumpre registrar que a tese aqui defendida já teve a oportunidade de ser analisada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial no bojo de uma ação de improbidade. Alguns trechos da ementa convém sejam reproduzidos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. DISPENSA DE LICITAÇÃO. COMPRA E VENDA E DOAÇÃO DE IMÓVEIS REALIZADOS PELO MUNICÍPIO, AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO AGENTE PÚBLICO. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. NÃO COMPROVADOS. DANO EFETIVO. AUSÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA

Francisco de O. L. Neto

OAB/PA 19.709



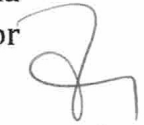
FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. A compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia, não carece de licitação, ante a ratio do art. 24 da Lei 8666/93. (...)

6. Ad argumentandum tantum, ainda que ultrapassado o óbice erigido pela Súmula 07/STJ, no mérito, melhor sorte não assiste ao recorrente, mormente porque a abalizada doutrina sobre o thema decidendum, especialmente no que pertine à dispensa de licitação, assenta que: "(...) As diferenças entre inexigibilidade e dispensa de licitação são evidentes. Não se trata de questão irrelevante ou meramente retórica, mas de alternativas distintas em sua própria natureza, com regime jurídico diverso. A inexigibilidade é um conceito logicamente anterior ao da dispensa. Naquela, a licitação não é instaurada por inviabilidade de competição. Vale dizer, instaurar a licitação em caso de dispensa significaria deixar de obter uma proposta ou obter uma proposta inadequada. Na dispensa, a competição é viável e, teoricamente, a licitação poderia ser promovida. Não o é, diante das circunstâncias, a lei reputa que a licitação poderia conduzir à seleção de solução que não seria a melhor, tendo em vista circunstância peculiares. Em suma a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa. Como decorrência direta, o elenco de causas de inexigibilidade contido na Lei tem cunho meramente exemplificativo. Já os casos de dispensa são exaustivos, o que não significa afirmar que todos se encontram na Lei nº 8.666. Outras leis existem, prevendo casos de dispensa de licitação. Como decorrência, a conclusão acerca da caracterização da inexigibilidade faz-se em momento logicamente anterior ao do reconhecimento da dispensa. Num primeiro momento, avalia-se se a competição é ou não é viável. Se não for, caracteriza-se a inexigibilidade. Se houver viabilidade de competição, passasse à verificação da existência de alguma hipótese de dispensa "Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, São Paulo, 2005) (...) (REsp 797.671/MG, Rei. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2008, DJe 16/06/2008).

Denota-se do julgado a clara percepção de que a hipótese de dispensa do inciso X do art. 24 da Lei 8.666/93 distingue-se, em essência, das causas de inexigibilidade.

Destarte, uma vez realizados estudos e, ainda que encontrado mais de um imóvel, decidindo-se pela melhor adequação de um em específico (razão da escolha do fornecedor), torna-se lícita a utilização da contratação direta por dispensa ora em apreço.


Francisco de O. L. J.



Verifica-se, portanto, a possibilidade da contratação ora pretendida, com fulcro no inciso X, do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações posteriores, sendo imperativo à Administração praticar os atos necessários ao objetivo pretendido, em conformidade com os princípios insertos no “caput” do art. 37, da Constituição Federal de 1988, bem como na legislação pertinente à matéria.

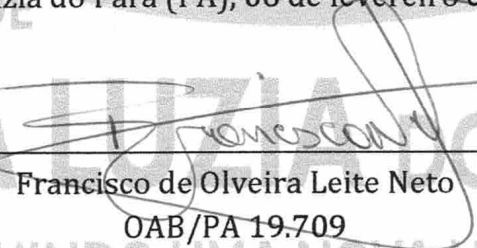
3- DA CONCLUSÃO.

Assim sendo, o parecer desta Procuradoria Jurídica **é pela possibilidade de dispensa de licitação** desde que comprovado que o imóvel para funcionamento do depósito da merenda escolar, atendendo demanda da Secretaria Municipal de Educação de Santa Luzia do Pará, atenda, efetivamente, às necessidades da Administração Pública, levando em consideração a localização, o acesso, valor do aluguel e demais requisitos exigidos para atender a finalidade precípua da contratação.

É o parecer. S.M.J.

6

Santa Luzia do Pará (PA), 06 de fevereiro de 2017.


Francisco de Oliveira Leite Neto
OAB/PA 19.709

PREFEITURA DE
SANTA LUZIA DO PARÁ
CONSTRUINDO UMA NOVA HISTÓRIA