

O Advogado-Geral Adjunto do Estado, Dr. Marco Antônio Rebelo Romanelli, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:
“Aprovo. Em 08/04/2009”

Procedência: Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - IPSEMG

Interessado: Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - IPSEMG

Número: 14.912

Data: 8 de abril de 2009

Ementa: IPSEMG. Locação de imóveis para instalação de unidades do Instituto. Licitação. Art. 24, X, Lei 8.666/93. Hipótese de dispensa ou inexigibilidade. Análise do cabimento e viabilidade da contratação direta.

RELATÓRIO

O Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - IPSEMG encaminha a esta Advocacia Geral do Estado consulta a fim de dirimir dúvida a respeito da aplicabilidade do art. 24, X, da Lei 8.666/93, nas hipóteses em que o IPSEMG necessita locar imóveis para instalação de regionais no interior do Estado, para facilitar o acesso dos beneficiários ao serviço.

Informa que existe divergência jurídica dentro da Procuradoria do IPSEMG a respeito de a hipótese prevista no art. 24, X, da Lei 8.666/93 se caracterizar como dispensa ou inexigibilidade de licitação, uma vez que a doutrina diverge a respeito da interpretação de tal norma legal. Informa, ainda, que a mesma divergência aparece no âmbito desta própria Advocacia Geral do Estado, cuja Consultoria Jurídica teria editado entendimento ora num sentido ora noutro.

Com isso, formulam-se, na consulta, as seguintes indagações a serem examinadas por esta Advocacia Geral do Estado:

- “1. O art. 24, X, da Lei 8.666/93, abriga hipótese de dispensa de licitação ou trata de caso de inexigibilidade?”*
- 2. Pode a Administração locar imóvel de particular, com base no art. 24, X, quando houver dois ou mais imóveis que atendam à sua necessidade de localização e instalação?”*
- 3. Em caso afirmativo à pergunta anterior, o critério de seleção do imóvel será auferido pelo menor preço (dentro os imóveis) ou poderá ser escolhido aquele imóvel que melhor atenda às*

necessidades da Administração, ainda que de maior preço, embora compatível com o preço de mercado?”.

PARECER

O cerne da consulta gira em torno da interpretação do art. 24, X, da Lei 8.666/93, que dispõe ser hipótese de dispensa de licitação

“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”.

De fato, como apontado na consulta do IPSEMG, o enquadramento jurídico da hipótese do art. 24, X, da Lei 8.666/93, tem gerado divergência doutrina: uns afirmam tratar-se de caso de inexigibilidade de licitação, deslocada em dispositivo que trata da dispensa de licitação, enquanto outros entenderiam tratar-se mesmo de caso de dispensa de licitação,¹ de modo que teria acertado o legislador ao lançar a situação no art. 24 da Lei 8.666/93.

Assim, para ilustrar, conferir, por exemplo, os dois doutrinadores citados na consulta do IPSEMG: Marçal Justen Filho entende tratar-se de inexigibilidade de licitação,² enquanto Jessé Torres Pereira Júnior afirma que o caso é mesmo de dispensa de licitação.³

Registre-se, entretanto, que a maioria da doutrina tende para a

¹ A diferença teórica entre os tipos de dispensa de licitação e inexigibilidade de licitação é assente na doutrina como se extrai, v.g., das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello: *“Certamente em atenção à diversidade de hipóteses em que é cabível a adjudicação direta, isto é, a eleição da contraparte independentemente de licitação, a Lei 8.666 tanto prevê casos de dispensa de licitação (art. 24) quanto de sua inexigibilidade (art. 25). Em tese, a dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto, razões de tomo justificam que se deixe de efetuar-la em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida. Já, a inexigibilidade resultaria de inviabilidade da competição, dada a singularidade do objeto ou do ofertante, ou mesmo - deve-se acrescentar - por falta dos pressupostos jurídicos ou fáticos da licitação não tomadas em conta no arrolamento dos casos de licitação dispensável”.*

² Marçal Justen Filho: *“A ausência de licitação deriva da impossibilidade de o interesse sob tutela estatal ser satisfeito através de outro imóvel, que não aquele selecionado. (...) A aquisição ou locação de imóvel destinado a utilização específica ou em localização determinada acarreta inviabilidade de competição. Trata-se de hipótese de inexigibilidade de licitação e o caso sujeita-se ao disposto no art. 25”* (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 12ª ed., 2008, p. 308).

³ Jessé Torres Pereira Júnior: *“O preceito discrepa, com acerto, da legislação anterior, ao deslocar a hipótese, que ilustrava inexigibilidade de licitação, para o rol das dispensabilidades”* (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar, 5ª ed., 2002, p. 277).

posição defendida por Marçal Justen Filho, ou seja, que a hipótese do art. 24, X, da Lei 8.666/93, configura mesmo caso de inexigibilidade.⁴

Essa divergência, como também destacado na consulta do IPSEMG, tem gerado dissidência não só na sua Procuradoria como também na Consultoria Jurídica desta Advocacia Geral do Estado, conforme pareceres colacionados no expediente administrativo.

Todavia, como o IPSEMG busca uma solução ou orientação para nortear sua conduta jurídica, diante da divergência que grassa no tema, buscase, aqui, a orientação que oferece maior segurança e tranquilidade jurídica e que, de certa forma, como se passa a demonstrar, fica à margem da discussão a respeito do enquadramento jurídico do art. 24, X, da Lei 8.666/93.

E nessa linha, uma coisa é certa: a contratação direta, sem licitação, para compra/locação de bem imóvel, só pode ocorrer se as qualidades do imóvel, bem como sua localização, forem determinantes para a escolha de um imóvel específico.

Com efeito, o art. 24, X, da Lei 8.666/93, é expresso em admitir a contratação direta para locação/compra de imóvel quando as “*necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha*”. Noutras palavras, se houver possibilidade de competição, porque a localização ou as necessidades da Administração não apontam para um único imóvel, impõe-se a realização da licitação.

Esse é o entendimento não só daqueles doutrinadores que proclamam ser a hipótese do art. 24, X, da Lei 8.666/93, não de dispensa, mas de inexigibilidade de licitação por impossibilidade de concorrência, mas também daqueles que afirmam tratar-se propriamente de dispensa de licitação.

Nessa linha, o próprio Jessé Torres Pereira Júnior, não obstante entender que a hipótese é de dispensa, destaca a necessidade de as especificidades do imóvel a ser locado/comprado ditarem a contratação direta:

“Em princípio, a Administração compra ou loca mediante licitação (...), tais e tantas podem ser as contingências do mercado, variáveis no tempo e no espaço, a viabilizarem a competição. Mas se a operação tiver por alvo imóvel que atenda

⁴ Cf., por exemplo, Marcelo Palavéri, *Municípios e Licitações Públicas*, editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 134; e João Menezes Niebuhr, *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*, Dialética, 2003, p. 303/304.

a necessidades específicas cumuladas de instalação e localização do serviço, a área de competição pode estreitar-se de modo a ensejar a dispensa, desde que o valor do alugue situa-se na média do mercado. Nestas circunstâncias, e somente nelas, a Administração comprará ou locará diretamente, inclusive para que não se frustre a finalidade a acudir” (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar, 5ª ed., 2002, p. 277).

Precisa, também, a orientação de João Menezes Niebuhr:

“Note-se que só é lícito comprar ou local imóvel cujas necessidades de instalação e de localização condicionarem a sua escolha. Portanto, se a Administração quiser comprar ou local imóveis em região central de determinado Município e existirem vários imóveis que podem atender aos seus propósitos, é inevitável proceder à licitação pública.

(...) se houvesse vários imóveis, todos prestantes aos propósitos da Administração, não há a mínima justificativa para contratar diretamente. Como visto, o legislador não recebeu do Constituinte espécie de carta branca para dispensar de licitação o que bem ou mal lhe aprouvesse. Antes disso, só é lícito criar hipótese de dispensa em face de situações em que a realização de licitação importaria prejuízo ou gravame ao interesse público” (Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública, Dialética, 2003, p. 303/304).

A orientação do Tribunal de Contas da União seguia essa mesma trilha, quando determinou ao ente público *“observar as disposições da Lei nº 8.666/93, no que concerne à dispensa de licitação para aquisição de imóveis, observando que o enquadramento no art. 24, inciso X, somente é possível quando a localização do imóvel for fator condicionante para a escolha”* (Decisão 337/1998 - Primeira Câmara, Proc. 625.362/1995-0, Rel. Min. Carlos Átila Álvares da Silva, DOU 19.11.998).

Também o Superior Tribunal de Justiça, manifestando-se sobre o tema, encampou entendimento de que a aplicação do art. 24, X, da Lei 8.666/93, só pode ocorrer quando demonstrada a necessidade de um determinado bem imóvel e a inexistência de similar na região:

“É que bem concluiu a Corte a quo que: ‘Não se divisa qualquer ilegalidade, restando harmônica com os dizeres do art. 24 da Lei nº. 8.666/93, que reza em seu inciso X: ‘é indispensável a

*licitação: X - para compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua 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' (Redação dada pela Lei nº. 8.883/94). **ORA, havia necessidade do imóvel, consoante se demonstrou. Inexiste outro similar na região, dado seu tamanho.** O preço da locação mensal, R\$ 1.000,00 (mil reais), foi aquém do valor indicado por três laudos de avaliação de Corretores profissionais (fls. 23, 24 e 27). Além disso, só foram pagos dois meses dos oito utilizados nas atividades escolares, devidas as demais, aliás. Não comprovou, pois, a existência de qualquer ato ilegal, ou lesivo ao Município” (REsp 685.046/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 31/05/2007 p. 331).*

A questão, portanto, a respeito da divergência teórica quanto ao enquadramento da contratação direta prevista no art. 24, X, da Lei 8.666/93, como hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação, pode ser deixada de lado, devendo ser dado especial destaque à base fática, ou seja: qual a hipótese fática que enseja a contratação direta, de acordo com as normas lançadas no art. 24, X, da Lei 8.666/93?

Não obstante as divergências teóricas que grassam em torno da matéria, tem-se que o consenso doutrinário e jurisprudencial caminham para o entendimento de que a contratação direta, baseada no art. 24, X, da Lei 8.666/93, só pode ocorrer quando as características do imóvel e sua localização são condicionantes inarredáveis para sua locação/compra, conforme a devida justificação técnica apresentada pela Administração.

A orientação jurídica, portanto, deve tentar resolver a perspectiva sob um ângulo maior, de segurança jurídica, a fim de evitar maiores indagações a respeito dos atos da administração, principalmente envolvendo a questão da licitação, em que a regra é a necessidade de licitação e a exceção a contratação direta, seja por inexigibilidade, seja por dispensa (art. 37, XXI, CF, e art. 2º, Lei 8.666/93).

Nesse sentido, Adilson Abreu Dallari, proclama que “*a exigibilidade da licitação deve ser interpretada extensivamente, ao passo que a dispensa exige interpretação restritiva*” (Aspectos Jurídicos da Licitação, Saraiva, 6ª ed., 2003, p. 49).

Aliás, a perspectiva da interpretação restritiva das regras de exceção (contratação direta), em face da regra geral (realização da licitação),

é decorrente de antiga regra de hermenêutica, no sentido de que as disposições especiais interpretam-se restritivamente (*exceptiones sunt strictissimae interpretationes*) como anuncia o clássico Carlos Maximiliano, citando, inclusive, as hipóteses legais que prevêm dispensa do cumprimento de obrigação geral:

“Quando um ato dispensa de praticar o estabelecido em lei, regulamento, ou ordem geral, assume o caráter de exceção, interpreta-se em tom limitativo, aplica-se às pessoas e aos casos e tempos expressos, exclusivamente” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, 13^a ed., 1993, p. 234).

Dentro desse campo, para contratação direta, sem licitação, de compra ou locação de imóvel para o IPSEMG, impõe-se que haja um único imóvel que atenda a Administração: se houver mais de um que atenda razoavelmente às necessidades da Administração, tem de se realizar a licitação, com a busca da contratação pelo menor preço, em ambiente de igualdade entre os interessados em contratar com o Poder Público.

E tudo isso, repita-se, independentemente da discussão a respeito do enquadramento jurídico da situação prevista no art. 24, X, da Lei 8.666/93, em hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação, já que a perspectiva deve ser encarada sob um ângulo mais amplo da exigibilidade de licitação e da contratação direta, esta última só podendo ocorrer em hipóteses excepcionais, previstas em lei, cujas normas não comportam interpretação ampliativa.

Diante de tal contexto, e da redação do art. 24, X, da Lei 8.666/93, tem-se que, para se viabilizar a contratação direta, imprescindível que a Administração justifique e demonstre que suas necessidades só podem ser atendidas em razão da conjugação dos elementos localização e características do imóvel, em cotejo com as necessidades que ocasionaram a compra/locação do bem. Não há aqui nenhuma discricionariedade para a Administração optar entre licitar e não licitar: ou cabe ou não cabe a licitação.

CONCLUSÃO

Em conclusão, podem-se responder aos quesitos apresentados na consulta do IPSEMG nos seguintes termos:

1. O art. 24, X, da Lei 8.666/93, abriga hipótese de dispensa de licitação ou trata de caso de inexigibilidade?

Como exposto, desnecessário entrar no âmbito da controvérsia doutrinária em torno do enquadramento jurídico da hipótese normativa em questão - se dispensa ou inexigibilidade de licitação -, pois esta deve ser examinada sob perspectiva mais ampla de exigibilidade de licitação ou possibilidade de contratação direta (= sem licitação), para os casos de locação/compra de imóvel. Com isso, analisa-se mais a base fática do caso, a fim de verificar se se trata de caso de licitação ou não. A licitação só pode ser deixada de lado quando as características do imóvel e sua localização, em cotejo com as razões técnicas arroladas pela Administração a respeito das suas necessidades, mostrem a inviabilidade do certame.

2. Pode a Administração locar imóvel de particular, com base no art. 24, X, quando houver dois ou mais imóveis que atendam à sua necessidade de localização e instalação?

Não, não é possível a contratação direta na hipótese. Se existem dois ou mais imóveis em condições de atender a Administração, impõe-se a competição, de modo que a Administração não tem, aqui, opção discricionária entre licitar e não licitar.

3. Em caso afirmativo à pergunta anterior, o critério de seleção do imóvel será auferido pelo menor preço (dentro os imóveis) ou poderá ser escolhido aquele imóvel que melhor atenda às necessidades da Administração, ainda que de maior preço, embora compatível com o preço de mercado?

Prejudicada a resposta, já que o caso exige a licitação.

Belo Horizonte, 7 de abril de 2009

Érico Andrade
Procurador do Estado
OAB-MG 64.102/Masp 1050975-0

“APROVADO EM 8/04/2009”:
SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO
Consultor Jurídico Chefe
Masp 598.222-8 - OAB/MG 62.597