

**REUNIÃO ORDINÁRIA DA DIRETORIA  
RESOLUÇÃO DE DIRETORIA**

**Número:** A/115/03/566ª  
**Data:** 07/11/2014  
**Relator:** Paulo Roberto Fares  
**Assunto:** Ratificação da Inexigibilidade de Licitação nº ASL/AAP/6501/2014 e adjudicação à Aveiro Incorporações Ltda.

Com base na exposição de motivos contida no Relatório A/115/2014, apresentado pelo Senhor Diretor Administrativo, Financeiro e de Relações com Investidores, a Diretoria resolve:

- Ratificar o processo de Inexigibilidade de Licitação nº ASL/AAP/6501/2014, com fulcro no Artigo 25, "caput" da Lei 8.666/93, nos termos do relatório e adjudicar a venda de 4.980,31m<sup>2</sup>, área remanescente da "gleba 1", transcrição nº 14.822, localizada na Usina Elevatória de Traição, à Aveiro Incorporações Ltda., pelo valor total de R\$8.260.000,00 (oito milhões, duzentos e sessenta mil reais) para pagamento a prazo, com sinal no ato da assinatura do contrato, no valor de R\$1.652.000,00 (um milhão, seiscentos e cinquenta e dois mil reais) e o saldo remanescente em até 11 (onze) parcelas mensais e sucessivas, mais 12% (doze por cento) de juros ao ano (Tabela Price), a partir da data de assinatura do contrato e demais condições estabelecidas na minuta de instrumento particular de venda e compra de imóvel.

**CERTIFICO a aprovação da  
Presente Resolução de Diretoria**



.....  
**Pedro Eduardo Fernandes Brito**  
Secretário das Reuniões de Diretoria  
07/11/2014

## RELATÓRIO À DIRETORIA

**Número:** A/115/2014  
**Data:** 07/11/2014  
**Relator:** Paulo Roberto Fares  
**Assunto:** Ratificação da Inexigibilidade de Licitação nº ASL/AAP/6501/2014 e adjudicação à Aveiro Incorporações Ltda.

### I HISTÓRICO

Mediante carta, sem número, recebida em 17/03/14, a Aveiro Incorporações Ltda. manifestou interesse na compra de 4.901,10m<sup>2</sup> área que é componente da mesma gleba e matrícula do imóvel, localizado na Usina Elevatória de Traição, composto de terreno e edificações, com área de 15.354,90m<sup>2</sup>, vendido pela EMAE através do contrato nº ASE/AP/0011/01/2010, conforme apurado no processo administrativo, para regularização da área, na esfera judicial, de retificação de registro do imóvel perante a 1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo, sob Processo nº 0055052-55.2012.8.260100, em que se constatou que a área remanescente da "gleba 1" é de 20.256,00 m<sup>2</sup>.

Motivado por este fato foram providenciados, pelo Departamento Administrativo, os documentos necessários à alienação dessa área remanescente e conforme RD-A-079/03/554ª de 14/08/2014 foi autorizada sua venda pelo valor mínimo de R\$8.260.000,00 (oito milhões, duzentos e sessenta mil reais) com pagamento a vista ou a prazo com entrada, no ato da assinatura do contrato, de no mínimo R\$1.652.000,00 (um milhão, seiscentos e cinquenta e dois mil reais) e o saldo remanescente em até 12 parcelas mensais e sucessivas, mais 12% (doze por cento) de juros ao ano (Tabela Price), a partir da data de assinatura do contrato.

Após o Parecer Jurídico PJ 293/14 (anexo) foi solicitado à Aveiro Incorporações Ltda. o envio de Proposta formal a qual foi recebida em 29/10/2014, tendo sido apresentada em conformidade com os valores e prazos limites aprovados na RD-A/079/03/554ª de 14/08/14.

Nos termos da Lei Federal nº 8.666/1993 e alterações, foi instaurado o processo de Inexigibilidade de Licitação nº ASL/AAP/6501/2014, com fulcro no Artigo 25, "caput" da Lei 8.666/93.

A publicação do aviso de Inexigibilidade de Licitação ocorreu no jornal Diário Oficial do Estado de São Paulo, no dia 04 /11/2014.



## II RELATÓRIO

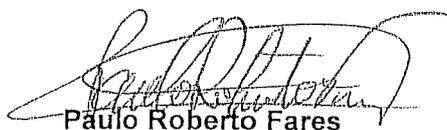
A Alienação da área de 4.980,31 m<sup>2</sup>, localizada na Usina Elevatória de Traição, remanescente de uma mesma gleba e matrícula de imóvel, à Aveiro Incorporações Ltda. constitui vantagem financeira à EMAE, em virtude da regularização de uma área maior (15.354,90 m<sup>2</sup> + 4.980,31 m<sup>2</sup>), com depreciação menor de seu valor. Além disso, essa área remanescente de 4.980,31 m<sup>2</sup> não tem utilidade isoladamente, pois está situada entre o Rio Pinheiros e área de 15.354,90m<sup>2</sup>, denominada "gleba 1" e matrícula nº 14.822 já adquirida pela Aveiro Incorporações Ltda., com quem compartilha uma saída única para a "Marginal Pinheiros".

A Aveiro Incorporações Ltda. apresentou proposta para compra da área remanescente, no valor de R\$8.260.000,00 (oito milhões, duzentos e sessenta mil reais) para pagamento a prazo, com sinal no ato da assinatura do contrato, no valor de R\$1.652.000,00 (um milhão, seiscentos e cinquenta e dois mil reais) e o saldo remanescente em até 11 (onze) parcelas mensais e sucessivas, mais 12% (doze por cento) de juros ao ano (Tabela Price), a partir da data de assinatura do contrato, o que está em conformidade com os valores e prazos aprovados na RD-A/079/03/554<sup>a</sup> de 14/08/14.

## III CONCLUSÃO

Face ao exposto, propõe-se à Diretoria:

- A ratificação do processo de Inexigibilidade de Licitação nº ASL/AAP/6501/2014, com fulcro no Artigo 25, "caput" da Lei 8.666/93, nos termos deste relatório e a adjudicação da venda de 4.980,31m<sup>2</sup>, área remanescente da "gleba 1", matrícula nº 14.822, localizada na Usina Elevatória de Traição, à Aveiro Incorporações Ltda., pelo valor total de R\$8.260.000,00 (oito milhões, duzentos e sessenta mil reais) para pagamento a prazo, com sinal no ato da assinatura do contrato, no valor de R\$1.652.000,00 (um milhão, seiscentos e cinquenta e dois mil reais) e o saldo remanescente em até 11 (onze) parcelas mensais e sucessivas, mais 12% (doze por cento) de juros ao ano (Tabela Price), a partir da data de assinatura do contrato e demais condições estabelecidas na minuta de instrumento particular de venda e compra de imóvel.



Paulo Roberto Fares

Diretor Administrativo, Financeiro e de Relações com Investidores

São Paulo, 17 de outubro de 2014.

**Ao Gerente do Departamento Administrativo**  
**Sr. José Braz de Araújo**

Ref.: Alienação de área remanescente

Parecer nº PJ 293/14

Prezados Senhores,

Consultam-nos V.S<sup>as</sup>. acerca da possibilidade de alienação direta de área remanescente com 4.901,10m<sup>2</sup> (quatro mil, novecentos e um metros e dez décimos quadrados), da porção da Gleba nº 01, Transcrição nº 14.822, SP.

Esclarece o Departamento Administrativo que:

*Considerando que:*

- 1) A área mencionada acima faz parte da gleba 1 e integra a matrícula nº 14.822, cuja porção maior de 15.354,90m<sup>2</sup> foi alienada por meio de processo licitatório em 05/01/2011, formalizado pelo instrumento particular de contrato de venda e compra nº ASE/AP/0011/01/2010, de 20/01/2011;*
- 2) A regularização deste imóvel, após sua alienação, implica na cessão de grande parte dele para uso público, conforme a legislação vigente, o que deprecia seu valor de venda;*
- 3) O adquirente do imóvel lindeiro, de 15.354,90m<sup>2</sup> possui interesse em adquirir este imóvel;*
- 4) A alienação para o adquirente do imóvel lindeiro constitui vantagem financeira à EMAE, em virtude da regularização de uma área maior (15.354,90m<sup>2</sup> + 4.980,31m<sup>2</sup>), com depreciação menor de seu valor.*

DEPTO. DE SUPRIMENTOS

Recebido em 23/10/14

Por V. M. M. M. M. M.

*Diante do exposto, solicitamos análise jurídica quanto a melhor modalidade para alienação desta parcela menor para o atual proprietário do imóvel lindeiro, uma vez que este possui interesse nesta aquisição.*

Constam, ainda, outras informações relevantes a subsidiar a análise, conforme veremos a seguir.

Em 05/01/2011, a EMAE promoveu processo de licitação, na modalidade Concorrência, sob o nº ASE/AP/0011/2010, para alienar um imóvel urbano, composto de terreno e edificações, localizado próximo à Avenida Alcides Sangirardi, s/nº, Cidade Jardim, com área de 15.354,90m<sup>2</sup> (quinze mil, trezentos e cinquenta e quatro metros e noventa decímetros quadrados)

A empresa Aveiro Incorporações S.A. sagrou-se vencedora do referido certame, na medida em que apresentou a melhor oferta, no valor de R\$ 16.100.000,00 (dezesesseis milhões e cem mil reais). Em 20/01/11, o contrato particular de venda e compra entre a Aveiro Incorporações Limitada e a EMAE foi assinado.

Conforme estabelecido em edital e contrato, a venda foi realizada *ad corpus*, ficando sob a exclusiva responsabilidade e expensas do Comprador as eventuais retificações de registro do imóvel que se fizessem necessárias.

De fato, a empresa Aveiro Incorporações providenciou a retificação do registro do imóvel em referência perante a 1ª Vara de Registros Públicos do Estado de São Paulo, nos termos do Processo nº 0055052-55.2012.8.26.0100.

Conforme consta da sentença proferida nos autos do referido processo, a área correspondente à porção da Gleba nº 01 é de 20.256,00m<sup>2</sup> (vinte mil, duzentos e cinquenta e seis metros quadrados), restando, portanto, uma área remanescente de





4.901,10m<sup>2</sup> (quatro mil, novecentos e um metros e dez decímetros quadrados), considerando as dimensões daquela que foi alienada na aludida concorrência.

Entretantes, a empresa Aveiro Incorporações manifestou interesse em adquirir a área remanescente, componente da mesma gleba e matrícula daquela que fora alienada.

Segundo informações das áreas técnicas, a área remanescente tornou-se inaproveitável isoladamente, tanto que fora desafetada pela área patrimonial da EMAE com a intenção de buscar-se a melhor destinação para esse bem, inclusive por meio de alienação.

Esses os fatos, passo a opinar.

A regra matriz que rege as alienações dos entes públicos, inclusive das empresas controladas pelo Estado, caso da EMAE, é a do artigo 37, inciso XXI, da nossa Carta Magna. Segundo essa regra, ressalvados os casos especificados na legislação, as alienações e demais contratos celebrados pela Administração Pública Direta e Indireta deverão ser realizados mediante licitação.

O referido dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei Federal nº 8.666/93, que disciplinou a matéria, *verbis*:

*Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*

**Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.**

*Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. (...) **(g.n.)***

Diante do disposto no mencionado artigo, denota-se que, ressalvadas as hipóteses previstas na própria Lei Federal nº 8.666/93, as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública com terceiros deve ser realizada por meio de procedimento licitatório.

As ressalvas tratadas no dispositivo em questão são aquelas dispostas nos artigos 17, 24 e 25 dessa lei, as quais indicam, expressamente, as hipóteses em que o procedimento licitatório é dispensado, dispensável e inexigível, respectivamente.

Especificamente sobre a questão posta, o artigo 17 da lei de referência dispõe que:

*Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:*

*I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:*

*(...)*

*d) investidura;*

*(...)*

*§ 3º Entende-se por investidura, para os fins desta lei:*

*I - a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por*

cento) do valor constante da alínea "a" do inciso II do art. 23 desta lei; (g.n.)

O dispositivo acima permite a alienação direta por investidora, dispensando a licitação. As condições cumulativas para a alienação nessa modalidade são as seguintes: (i) que os compradores sejam proprietários lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, (ii) que a referida área se torne inaproveitável isoladamente, (iii) que o preço nunca seja inferior ao da avaliação, e (iv) que não ultrapasse a 50% do valor constante da alínea "a", do inciso II, do artigo 23, da Lei Federal nº 8.666/93<sup>1</sup>.

De acordo com os documentos que instruem a consulta, a empresa interessada é proprietária lindeira de área remanescente, que perfaz cerca de 4.901,10m<sup>2</sup> (quatro mil, novecentos e um metros e dez décimos quadrados).

Conforme mencionado alhures, tal área, considerando o todo da porção da gleba apurada no aludido processo judicial, não tem utilidade isoladamente, pois está situada entre o Rio Pinheiros e o imóvel da Aveiro, com quem compartilha uma saída única para a Marginal Pinheiros.

Ademais, o desmembramento implicaria a destinação de 20% (vinte por cento) da respectiva área para o Município para melhoramentos públicos, consoante Lei Municipal nº 9.413/81, com suas alterações posteriores. Ou seja, para uma futura venda, a EMAE perderia aproximadamente 4.051,20m<sup>2</sup> (quatro mil, cinquenta e um metros e dez décimos quadrados) da porção total da Gleba para melhoramentos públicos, aviltando o valor do terreno e tornando, por essa razão, inviável uma alienação, por manter as mesmas características, agora pioradas, do conjunto maior, também inaproveitável isoladamente.

---

<sup>1</sup> Atualmente, esse valor corresponde a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Sobre o assunto, esclarece o ilustre jurista MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>2</sup>:

*A investidura consiste numa alienação de bem público em favor de uma particular, em situações específicas e diferenciadas.*

(...)

**A redação do § 3º, parte final, é confusa. Não se proíbe a alienação quando a avaliação ultrapassar a 50% do limite do art. 23, II, alínea “a”. O que se determina, se o valor for superior ao referido limite, é a obrigatoriedade de licitação. (g.n.)**

Depreende-se do excerto que o legislador permitiu a alienação por investidura, dispensando a licitação apenas quando o valor da avaliação não ultrapassar o limite de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), vedada a alienação para valores superiores a esse limite, obrigando desta forma a licitação.

Portanto, há uma restrição à conformação da investidura, vez que há limite de valor do imóvel a ser alienado, imposto pelo artigo 17, inciso I, §3º, da Lei de Licitações. Nada obstante, o caso tratado no presente parecer apresenta peculiaridades que permitem analisar a alienação direta sob o prisma da inexigibilidade de licitação, como veremos a seguir.

O instituto da inexigibilidade, estampada no artigo 25 da Lei Federal nº 8.666/93 possui um rol exemplificativo de possibilidades para que se proceda à contratação direta, permitindo que a licitação seja inexigível. Como vimos de ver, a Lei Federal nº 8.666/963 veio regulamentar a norma do artigo 37, da Constituição Federal, sendo a lei geral de licitações, portanto, deve-se averiguar se há especificidades locais a reclamar um tratamento diferenciado da questão, inclusive de seus institutos.

---

<sup>2</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 14ª Edição, São Paulo, p. 236 e 237.

O artigo 25, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/93, assim dispõe:

*Art. 25.*

**É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:**

*(...) (g.n.)*

De acordo com a disposição acima transcrita, cuja enumeração é exemplificativa, denota-se que o pressuposto fático da inexigibilidade é, indubitavelmente, a **inviabilidade de competição**, elencando apenas 03 (três) hipóteses exemplificativas dessa inexigibilidade.

Assim, não há um rol taxativo para os casos de inexigibilidade de licitação, sendo que todas as situações aptas a ensejar a inviabilidade de competição, verificadas caso a caso, é que poderão ser incluídas nesta hipótese.

Nesse sentido, nos orienta o ilustre professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>3</sup>:

**Cumpre salientar que a relação dos casos de inexigibilidade não é exaustiva. Com efeito, o art. 25 refere que a licitação é inexigível quando inviável a competição. E apenas destaca algumas hipóteses. Por isto disse, em seguida: “em especial (...)”. Em suma: o que os incisos I a III do art. 25 estabelecem é, simplesmente, uma prévia e já resolvida indicação de hipóteses nas quais ficam antecipadas situações características de inviabilidade, nos termos ali enumerados, sem exclusão de casos não catalogados, mas igualmente possíveis. (g.n.)**

<sup>3</sup>DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros, 28ª Edição, p. 354.

No tocante à caracterização da hipótese fática conformadora da inviabilidade de competição, leciona o saudoso HELY LOPES MEIRELLES<sup>4</sup>:

Ocorre que a inexigibilidade de licitação quando há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração. (g.n.)

Nas palavras do ilustre jurista MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>5</sup>:

É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição. A dificuldade é causada pela complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível de ser delimitada através de regras legais. Sobre esse tema, voltar-se-á adiante. As causas de inviabilidade de competição podem ser reunidas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado. (g.n.)

Por oportuno, cabe ressaltar os ensinamentos do saudoso professor HELY LOPES MEIRELLES<sup>6</sup>, *in verbis*:

(...) a licitação é inexigível em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecimento capaz de

<sup>4</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. “Direito Administrativo Brasileiro”. Malheiros, 35ª Edição, p. 286.

<sup>5</sup>Idem<sup>1</sup>, p. 357.

<sup>6</sup>Idem<sup>4</sup>, p. 287.

atender às exigências da Administração no que concerne à  
realização do objeto em contrato. (...) (g.n.)

Noutros termos, os pressupostos fáticos da inviabilidade de competição irão justificar a inexigibilidade do procedimento licitatório, sendo decorrente da inviabilidade de competição.

Nesse caso específico, vale ser analisado se haveria futuros interessados em adquirir uma área remanescente encravada, correspondente a 20% (vinte por cento) de uma gleba com matrícula única, sabendo-se que perderia parte da área a título de doação para melhoramentos públicos. A licitação, nesse caso, seria um exercício de mero apego à forma ou um veículo de especulação que não atenderia aos seus objetivos.

Nesse contexto, há de se considerar o princípio da razoabilidade e da economicidade, eis que a EMAE poderia vender o remanescente diretamente para a empresa Aveiro, sem os custos normais do processo, pelo valor da avaliação compreendendo o total da área remanescente, sem que partilhasse das perdas (patrimoniais e financeiras) para melhoramentos públicos.

Sendo assim, como, aparentemente não há possibilidade jurídica de se instaurar um procedimento competitivo entre eventuais interessados, o que permitiria alcançar um valor maior do que o da avaliação, a venda direta por inexigibilidade de licitação pode ser uma possibilidade. Aliás, esse parecer ser o melhor negócio à EMAE, senão o único possível.

Portanto, as próprias características do imóvel conduzem à situação de inexigibilidade de licitação, o que torna inviável a competição, seja em razão das restrições impostas ao imóvel em favor do proprietário vizinho, ou pelo melhor aproveitamento econômico quando explorado com a área em sua totalidade.



Diante dessa realidade, a licitação se tornaria inócua, uma vez que não há a existência de igualdade de condições entre eventuais interessados, restando uma situação típica de inexigibilidade de licitação.

Corroborando deste entendimento, o ilustre Professor <sup>7</sup> de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Doutor FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO manifestou-se favoravelmente à inexigibilidade de licitação, nos seguintes termos:

*As características do imóvel, segundo relatado na Consulta, induzem à situação típica de inexigibilidade de licitação, uma das exceções admitidas em lei à regra geral que obriga a Administração a licitar seus contratos. A inexigibilidade ocorre, nos termos da lei, em todas as hipóteses em que a competição é inviável, o que não pressupõe, necessariamente, a ausência de potenciais competidores, mas, sim, quando o objeto a ser contratado, por suas características, implica a impossibilidade de promoção do certame em igualdade de condições e por critérios objetivos. No caso em apreço, as restrições impostas ao imóvel em favor do proprietário de imóvel vizinho e, além disso, o fato do seu aproveitamento econômico ser majorado quando explorado em conjunto com este último, impedem a promoção de competição objetiva e isonômica, o que torna a licitação inócua e, por conseguinte, inexigível.*

---

<sup>7</sup> Graduação em Direito em 1990, Doutorado em Direito em 1999, e Livre-Docência em Direito em 2008, todos pela Universidade de São Paulo. Atualmente é professor associado da Universidade de São Paulo. Tem grande experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Estado.

Nesse sentido, assevera o ilustre doutrinador DIÓGENES GASPARINI<sup>8</sup>:

*Embora cuidada no art. 17, fora do elenco das hipóteses do art. 25 do mencionado Estatuto, é certo que a alienação direta (sem concorrência) de bens públicos imóveis, mediante dação em pagamento (Município dando em pagamento um terreno de seu patrimônio para saldar dívidas para com o INSS), constitui caso de inexigibilidade de concorrência, não de dispensa, conforme está mencionado. **Com efeito, a contratação, nesses casos, ocorrerá com pessoa certa, e isso, é evidente, torna inviável a competição e, por conseguinte, inexigível o certame.** (g.n.)*

Sobre o assunto, importante trazer à consulta a decisão proferida nos autos da ADI nº 2.990, na qual a Excelsa Corte reconheceu que em casos específicos, pode haver a impossibilidade de competição, torna-se inexigível a licitação, *verbis*:

(...)

*A dispensa de licitação em geral é definida no artigo 24, da Lei nº 8.666/93; especificamente – nos casos de alienação, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social, por órgãos ou entidades da administração pública – no seu artigo 17, inciso I, alínea “f”. Há, no caso dos autos, inviabilidade de competição, do que decorre a inexigibilidade de licitação (art. 25 da lei). **O loteamento há de ser regularizado mediante a venda do lote àquele que o estiver ocupando.***

---

<sup>8</sup>GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. Editora Saraiva, p. 324.

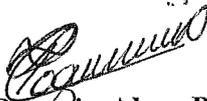


Consubstanciada hipótese de inexigibilidade, artigo 25. (STF,  
Relator Joaquim Barbosa, de 18/04/07)

Sendo assim, como vimos de ver, s.m.j., a inexigibilidade de licitação, nos termos do *caput*, do artigo 25, da Lei Federal nº 8.666/93, pode ser uma possibilidade de venda direta, pois as características do imóvel induzem a situação de inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição entre eventuais interessados.

É o parecer.

Atenciosamente,

  
**Rogério Alves Pereira**  
OAB/SP 293.221

De acordo.

  
**Pedro Eduardo Fernandes Brito**  
Gerente do Departamento Jurídico

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**  
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

*José Roberto Manesco, Eduardo Augusto de Oliveira Ramires, Marcos Augusto Perez, Floriano de Azevedo Marques Neto, Ane Elisa Perez, Tatiana Matiello Gymbalista, Fábio Barbalho Leite, Luís Justiniano Haick Fernandes, Wladimir Antonio Ribeiro, Adriana Roldan Pinto de Lima, Adalberto Pimentel Diniz de Souza, Evane Bejuehman Kramer, Fernando Herren Aguillar, Helga Araruna Ferraz de Alvarenga, Lucas Cherem de Camargo Rodrigues, Milene Louise Renée Coscione, José Alexandre Ferreira Sanches, Claudimir Daniel Rosa Salomoni, Carolina de Fátima Silvério, Caio de Souza Loureiro, Raul Felipe Borelli, Douglas Fernandes de Moura, Ana Luíza Simoni Paganini, Carlos Eduardo Bergamini Cunha, Maira Elbel Simão, Carlos Renato Lonel Alva Santos, Flávia Cardoso Campos Guth, Daniel Stein, Monica Salles Lanna, Bruno Moreira Kowalski, Marina Fontão Zago, Eduardo Stenio Silva Sousa, Adriana de Moraes Vojvodic, Mais Moreno, Rafael Roque Garafano, Izabel Maria Teixeira de Almeida, Diego Gonçalves Fernandes, Eduardo Rodrigues Lopes, Fernanda Esbizaro Rodrigues, Marina Cardoso de Freitas, Elisa Martinez Giannella, Fabrício Abdo Nakad, Marcus Vinicius Siqueira Dezem, Mariana Magalhães Avelar, Nara Carolina Merlotto, Marcela de Oliveira Santos, Caio Crivellaro Gomes, Guilherme Vinseiro Martins, Paula Gentil Faria Pereira, Pedro Gabriel Lopes*

## PARECER

*Alienação de bem público. Área resultante de desmembramento de terreno já alienado. Possibilidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação tendo em vista o benefício advindo para a Administração com a alienação para o adquirente do primeiro imóvel. Características e condições do bem que se pretende alienar que mitigam seu aproveitamento econômico por terceiros. Irrelevância da análise das hipóteses de dispensa previstas no artigo 17 da Lei nº 8.666/93, pela prevalência da inexigibilidade.*

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

**SUMÁRIO**

<b>A CONSULTA</b>	<b>3</b>
<b>O PARECER</b>	<b>7</b>
<b>I. A CONTRATAÇÃO DIRETA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b>	<b>12</b>
I.1 AS HIPÓTESES DE CONTRATAÇÃO DIRETA PREVISTAS NA LEI Nº 8.666/93	15
I.1.1. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO	19
I.2 AS CONDIÇÕES DE INEXIGIBILIDADE NO CASO CONCRETO	24
I.3 A IRRELEVÂNCIA DO ARTIGO 17 DA LEI Nº 8.666/93	29
I.4 O PROCEDIMENTO PRÉVIO À CONTRATAÇÃO	33
I.5 A OBRIGATORIEDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA	34
<b>II. A INVESTIDURA</b>	<b>37</b>
II.1 ANÁLISE DO CABIMENTO DA INVESTIDURA NO CASO CONCRETO	39
II.1.1. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO CONCEITO DE OBRA PÚBLICA	39
II.1.2. O LIMITE IMPOSTO PELO VALOR DE VENDA	42
<b>III. RESPOSTA AOS QUESITOS OBJETIVOS</b>	<b>47</b>



## A CONSULTA

Cuido aqui de situação bastante peculiar que me foi trazida em consulta acerca da alienação de bem público, cercada de detalhes bem característicos, que demandam a análise mais detida dos seus contornos jurídicos.

Segundo me é relatado, foi promovida por empresa pública estadual a alienação de bem imóvel da sua propriedade, mediante regular procedimento licitatório. Ocorre que o imóvel em questão possuía à época da sua alienação características bem específicas., comparativamente, àquelas que foram identificadas após o devido processamento de ação de retificação de registro.

Inicialmente, o bem alienado constitua desmembramento de imóvel maior que não foi originalmente licitado em sua totalidade por ter parte da sua área afetada à finalidade específica. Além disso, o imóvel original – em sua área total – já houvera sido objeto de sucessivas transferências de titularidade entre entidades públicas que, como sói ocorrer, não se encontrava com seus registros devidamente atualizados. Disso decorria a obrigação do adquirente em regularizar o registro do imóvel para *(i)* conformar sua situação

atual e, ato contínuo, (ii) promover o desmembramento da parcela objeto da alienação para a promoção da transferência de titularidade.

No cumprimento dessa obrigação foi verificado que servidões – de fato e, não de direito - de trânsito limitavam a utilização plena da área alienada. Por essa razão, há a intenção de transferir ao adquirente, em compensação, uma parte da área que foi desmembrada (originalmente afetada) e que ainda permaneceria sob titularidade pública de modo a suprir a necessidade de doação de área para a Municipalidade.

E é justamente essa área que agora se intenta alienar, tendo em vista que não mais persiste a sua afetação original. De acordo com as informações que me foram encaminhadas, as estruturas originalmente existentes na área já foram transferidas e, atualmente, o bem não se encontra mais afetado ao serviço público, o que permitiria sua alienação pela empresa pública que detém sua propriedade.

Ainda de acordo com o que me foi informado, as características atuais do imóvel remanescente fazem com que seu aproveitamento seja mais efetivo pelo proprietário do imóvel lindeiro (já alienado). Apontam-me que avaliações econômicas do imóvel remanescente indicam que seu valor é maior quando aproveitado em conjunto com a parcela já alienada do terreno. Não apenas pelo ganho de escala no aproveitamento de um terreno único, em dimensões maiores, mas, também, pelas obrigações que ainda recaem sobre o imóvel remanescente.

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

A questão que surge, a partir daí, é se a alienação que se pretende promover precisa se submeter à licitação prévia, tal qual a parcela do terreno que já foi alienada ao particular. Indaga-se, pois, se as circunstâncias do imóvel permitem sua alienação ao particular que já adquiriu o imóvel lindeiro em regular processo licitatório.

Manifesta-se especial preocupação em relação à obrigação estampada no artigo 17 da Lei nº 8.666/93, ao determinar que a alienação de bens imóveis da Administração seja precedida – salvo nas exceções do próprio dispositivo – de licitação.

Em termos práticos, a Consulta que me é formulada pode ser sintetizada nos seguintes quesitos:

*1 – É possível realizar a alienação direta ao adquirente, hoje proprietário lindeiro, daquela parcela disponível do imóvel, considerando as peculiaridades do imóvel, que se tornou inaproveitável isoladamente, e os custos que adviriam da promoção de um novo processo licitatório?*

*2 – Em caso de resposta positiva à questão anterior, a obrigação imposta pelo artigo 17 da Lei nº 8.666/93 não seria um impeditivo à pretensão de alienação sem prévia licitação, eis que enumera as hipóteses em que se admite a dispensa do procedimento licitatório para alienação de bens imóveis da Administração?*



*3. Há como considerar que a alienação em apreço se caracterize como uma investidura, na forma prevista pelo artigo 17 da Lei nº 8.666/93?*

Relatada a Consulta, passo ao parecer.



## O PARECER

Os termos da Consulta versam precipuamente sobre a discussão das hipóteses de contratação direta pela Administração Pública, isto é, daqueles casos em que é possível prescindir da regra constitucional que submete à licitação prévia a contratação realizada pelo Poder Público.

Tema já bastante rumoroso e objeto de calorosas discussões no estudo do Direito Administrativo, a contratação direta usualmente provoca desconfiança, sendo, de resto, bastante combatida no âmbito dos órgãos de controle da Administração. De fato, o uso indiscriminado do permissivo constitucional para que se prescinda de procedimento licitatório pode levar a distorções no sistema de contratação pública, em afronta ao interesse coletivo.

Contudo, há razões de relevo a justificar a possibilidade aventada pela Constituição para a contratação direta. E é no estudo dessas razões que o Parecer se iniciou, ocupando-se de apresentar o que valida a contratação direta pela Administração Pública. Ainda neste aspecto, dediquei especial atenção – por oportunas ao caso concreto – às causas de inexigibilidade de licitação *vis-à-vis* as hipóteses de dispensa de licitação para a alienação de bens imóveis, conforme sua regulamentação pela Lei nº 8.666/93.

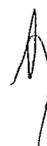
**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Em seguida, apreciei o tema da investidura, conforme regulamentado na legislação federal e estadual. Aqui, ocupei-me de averiguar ser possível enquadrar a situação da Consulta como uma investidura. Para tanto, tendo em conta distinção significativa na regulamentação de cada ente federativo, permite-me um breve adendo para ressaltar a prevalência da legislação do ente titular do bem para regulamentar a gestão do seu patrimônio, inclusive quanto à alienação de imóveis da sua propriedade.

Enfim, pude, então, responder aos quesitos objetivos feitos na Consulta, o que fiz com amparo nas seguintes conclusões, que me permito antecipar já aqui, para melhor compreensão do Parecer:

- (i) A Constituição Federal estabelece, como regra geral, a adoção de prévia licitação para as contratações realizadas pela Administração Pública;
- (ii) O próprio texto constitucional assevera, no entanto, que em determinadas situações, definidas em lei, possa se prescindir da licitação, o que autoriza a Administração a promover contratação direta;
- (iii) Ao regulamentar o dispositivo constitucional, a Lei nº 8.666/93 estabeleceu duas ordens de situações que ensejam a contratação direta: a dispensa, quando a licitação é possível, mas dela se prescinde em prol de algum outro



interesse relevante; e a inexigibilidade, quando inviável a competição em condições objetivas intrínsecas à licitação:

a. ao contrário da dispensa, em que o rol de situações previstos em lei é taxativo, a inexigibilidade se pressupõe em quaisquer situações contrárias à competitividade, sendo defeso ao legislador especificá-las, todas elas, em lei;

(iv) O conceito de inviabilidade de competição, conforme reconhecido na aplicação do permissivo legal para a contratação por inexigibilidade, não pressupõe a ausência de competidores como única causa, mas, também, aquelas situações em que a competição não possa ocorrer em parâmetros isonômicos e objetivos, ainda que existam competidores que poderiam, em tese, atender à licitação:

a. a licitação tem um duplo objetivo central, qual seja: assegurar a isonomia entre participantes para permitir a contratação da melhor proposta;

b. a partir do momento em que as condições do objeto a ser contratado impedem que a concorrência ocorra em parâmetros isonômicos ou quando a melhor proposta se vincula subjetivamente à figura do contratado, a licitação se torna inócua e, por conseguinte, inexigível;

(v) No caso concreto, a inexigibilidade se justifica pelas características do imóvel que se pretende alienar, as quais induzem ao melhor aproveitamento econômico pelo proprietário de imóvel vizinho, já alienado pela Administração:

a. A imposição de restrições à utilização plena do imóvel a ser alienado, justamente em virtude do direito do proprietário do imóvel vizinho à parte da sua área é um significativo indutor do desinteresse do mercado, em prejuízo do valor de mercado do imóvel;

b. As informações dão conta de que o aproveitamento econômico do imóvel a ser alienado é tanto maior quando esse é aproveitado em conjunto com o imóvel vizinho;

c. Ademais disso, o fato de que da área total do imóvel remanescente, parte não seria mais aproveitável por um terceiro adquirente haja vista que seu proprietário já se comprometeu a ceder parte dessa área para fazer frente aos compromissos de parcelamento da área antes alienada;

(vi) Essa especial situação do objeto passível de contratação torna as condições de licitação subjetivas, pois o resultado

mais favorável – talvez o único possível – à Administração se dá com a alienação ao proprietário do imóvel lindeiro, que, por sua peculiar situação é o único adquirente com a situação de ser também credor de parte da área, posto que para qualquer outro potencial adquirente o imóvel em tela não teria a área total, mas apenas a área remanescente após cumprimento da obrigação de doação da área para a Municipalidade:

a. daí porque, ainda que a situação não traduza algumas hipóteses previstas no artigo 17 da Lei nº 8.666/93 para a dispensa de licitação, a alienação do imóvel em tela poderá prescindir de prévia concorrência diante da inequívoca impossibilidade de competição;

(vii) A caracterização da investidura no caso concreto se depara com duas adversidades – a limitação de valor imposta pelo § 3º, inciso I, do artigo 17 e a eventual inexistência de obra pública no imóvel que se pretende alienar;

(viii) De toda a sorte, a partir da regulamentação da Lei nº 6.544/89, do Estado de São Paulo, a situação pode ser considerada uma investidura e, como tal, suscetível de viabilizar-se sem prévia licitação:

a. importa registrar que a disposição da legislação estadual – proprietária do imóvel – prevalece sobre a legislação federal, tendo em conta que a esta cumpre estabelecer normas gerais de licitações e contratos, sendo de competência de cada ente federativo legislar em relação à gestão do seu patrimônio;

(ix) Também entendo que ao se referir a obra pública, a legislação regente não impediria a caracterização da investidura se um imóvel destinado à implantação de uma infraestrutura (no caso, torres elétricas), que, quando desafetado, pode ser alienado ao proprietário lindeiro.

Feita essa introdução, apresento o Parecer.

## **I. A CONTRATAÇÃO DIRETA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A contratação realizada pela Administração tem suas bases, no Direito brasileiro, no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, responsável por lançar os preceitos que orientam a regulamentação do tema. É nesse dispositivo que se encontra disciplinada a obrigatoriedade de realização de prévia licitação para que a Administração contrate bens e serviços junto aos particulares.

A submissão da contratação administrativa à seleção prévia encontra alguns fundamentos no próprio *caput* do artigo 37, que arrola os

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOCADOS

princípios orientadores da Administração. De início, a realização de processo competitivo assegura a impessoalidade da atividade administrativa, eis que sujeita todo o rol de interessados em contratar com a administração as mesmas regras, evitando vantagens indevidas para qualquer um deles. Também a eficiência é atendida pela licitação, tendo em conta que ao estimular a competição isonômica entre particulares, há a possibilidade real de se contratar a melhor proposta, assim entendida como aquela que mais bem atenda ao interesse que orienta a contratação. Em consequência, a adoção de um procedimento regulamentado e sujeito a mecanismos de controle contribui para a efetivação da moralidade, ao evitar desvios na conduta da entidade responsável pela contratação.

É também com arrimo no princípio geral da isonomia, encartado no artigo 5º, da Constituição, que muitos autores embasam a obrigatoriedade de licitação para a contratação pela Administração. Encampando essa tese, com muita propriedade, Adilson Abreu DALLARI preconiza que *"o princípio da isonomia, por ser elementar ao direito administrativo e estar erigido à categoria de princípio constitucional, acabou transformando o próprio instituto da licitação num princípio para a Administração Pública. O princípio da isonomia, por si só e independentemente de qualquer norma, obriga a Administração a valer-se do procedimento da licitação, e ao estabelecer essa obrigatoriedade erige a própria*



**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

*licitação em princípio, pois mesmo na ausência de normas específicas está a Administração obrigada a utilizar-se de procedimentos licitatórios*<sup>1</sup>.

Contudo, o mesmo inciso XXI determina que, em casos específicos, determinados em lei, seja possível prescindir da licitação, o que permite a contratação direta pela Administração. Não há, nesse permissivo, qualquer burla aos cânones que orientam a regra geral estabelecida pelo próprio dispositivo. Antes, a faculdade de o legislador autorizar que se prescinda da licitação vem atender à plêiade de situações em que a Administração se socorre da contratação do particular para a consecução de algum objetivo de interesse geral.

O que está por trás da abertura conferida pela Constituição para que a lei estabeleça hipóteses de contratação direta é, pois, a certeza de que alguns casos não comportam a realização da licitação. Diante da multiplicidade de objetos contratados pela Administração, é de se imaginar que alguns deles sejam adversos à adoção de um procedimento prévio de escolha daquele que irá executá-los, o que pode ocorrer: *(i)* em situações cuja execução demande celeridade incompatível com o processo de licitação, *(ii)* nos casos em que a contratação sirva de estímulo a determinado mercado ou agente, dentro da função de fomento que cabe à Administração; ou, ainda, *(iii)* quando a competição for inviável.

---

<sup>1</sup> Aspectos Jurídicos da Licitação, 7ª edição, São Paulo, Saraiva, 2006, página 39.

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Todas essas hipóteses foram devidamente tratadas pela Lei nº 8.666/93, responsável por estabelecer o regulamento geral do inciso XXI, do artigo 37 da Constituição Federal. Sobre elas, passo a tratar a seguir.

**I.1 AS HIPÓTESES DE CONTRATAÇÃO DIRETA PREVISTAS NA LEI Nº  
8.666/93**

A preocupação da Constituição ao estabelecer a obrigatoriedade da licitação não diz tanto com o procedimento em si, isto é, não foi intuito da Carta prestigiar o procedimento vazio de objetivos. A licitação por si só não diz muito com os objetivos que se espera alcançar com a contratação pública. Antes, o certame licitatório é o procedimento escolhido pela Constituição para viabilizar o alcance desses objetivos, previstos, inclusive, no próprio inciso XXI do artigo 37.

É na consagração da igualdade das condições entres os participantes e na escolha da melhor proposta para a Administração pública que se insere a licitação. Tem-se, assim, um conjunto de procedimentos ordenados e submetidos a regramento próprio, por meio do qual se visa a escolher aquele particular que melhor venha a executar o contrato, garantida a isonomia entre todos aqueles que concorreram para o mesmo fim.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Anteriormente já me manifestei acerca desse duplo escopo da licitação: *"Podemos resumir em dois grandes desideratos os princípios reitores da Administração quando traduzidos para os procedimentos licitatórios: a) a proteção ao princípio da isonomia entre os particulares; e b) a busca da melhor*

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Analisada neste cenário, a licitação nada mais é do que instrumento do qual lançou mão o constituinte para assegurar o cumprimento dos princípios gerais da Administração pública, encartados no *caput* do artigo 37, também na contratação pública. É dizer: quando se prevê procedimento que garanta a competitividade equânime entre todos os interessados, está-se a concretizar a impessoalidade, na medida em que a Administração deverá escolher dentre todos os particulares de maneira objetiva e atrelada às condições previamente estabelecidas pelo edital; é também o que ocorre com a publicidade (com as obrigações de divulgação ampla do edital e dos atos procedimentais do certame), com a eficiência (eis que a licitação se destina à escolha da melhor proposta), com a legalidade (que obriga a submissão de toda a licitação à legislação específica), e, por fim, a moralidade (a orientar a condução dos atos procedimentais, cuja quebra pode dar margem à aplicação de sanções específicas previstas em lei)<sup>3</sup>.

---

*proposta pelo Poder Público[...]Estes dois escopos visados com a realização da licitação estão a garantir duas das pedras angulares na polêmica relação público versus privado; por uma lado a garantia de que ninguém logrará obter privilégio decorrente de características pessoais e, por outro, a certeza de que o agente público sempre perseguirá o melhor negócio, a melhor oportunidade (entendida no seu sentido amplo), para consagrar o interesse público" (Contratação Direta de Empresas de Engenharia Consultiva por Inexigibilidade de Licitação Pública, in **Boletim de Licitações e Contratos**, Ano X, nº 4, abril de 1997, página169).*

<sup>3</sup> Nos dizeres de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a realização da licitação "visa a alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares. Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória;

Pode-se compreender a licitação como o instrumento próprio – adotado pela Constituição – para consecução dos princípios constitucionais na contratação levada a cabo pela Administração pública. De adoção obrigatória, serve sempre ao propósito de concretizar esses princípios nas relações contratuais travadas com terceiro. Essa obrigatoriedade procedimental foi bem analisada por Jessé Torres PEREIRA JÚNIOR:

Logo, a ordem constitucional não admite que o contrato possa resultar de instrumento diverso do processo, o que significa ser este o caminho compulsório e necessário para chegar-se àquele. Nesse sentido, toda licitação é um processo administrativo formal, em cujos atos devem ser lançados e integrados, como peças obrigatórias, os atos e documentos indispensáveis à contratação almejada pela Administração.<sup>4</sup>

Assentada a obrigatoriedade da licitação, a Constituição foi sensível àquelas situações em que o procedimento licitatório acaba por se opor aos princípios da Administração, isto é, quando a realização da licitação, com a observância dos atos e procedimentos previstos em lei, prejudica os objetivos da Administração<sup>5</sup>. Para evitar essa hipótese, o próprio inciso XXI registrou a

---

*respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos artigos 5º e 37, caput) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos artigos 37, caput, e 85, V, da Carta Magna brasileira”, in Curso de Direito Administrativo, 20ª edição, São Paulo, Malheiros, 2006, página 494.*

<sup>4</sup> Artigo 37, incisos e parágrafos. In BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**, Rio de Janeiro, Forense, 2009, página 771.

<sup>5</sup> Egon Bockmann MOREIRA e Fernando Vernalha GUIMARÃES apresentam bem essa situação, ao afirmar que “ordinariamente os contratos administrativos devem ser precedidos de licitação (artigo 37, caput e inciso XXI). Esta é a regra geral. Mas, como é notório, as licitações são processos

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

possibilidade de se contratar sem a licitação nos “*casos especificados na legislação*”. Portanto, a sistemática constitucional é muito clara ao estabelecer uma regra geral (a obrigação de contratar) suscetível a situações excepcionais (que serão disciplinadas em lei).

Longe de ser contraditória, a previsão de hipóteses em que se permite prescindir do certame licitatório é plenamente justificável quando se sabe, de antemão, da ineficiência do procedimento de licitação, arrumado de acordo com o que dispõe a Lei nº 8.666/93. Reconhece-se que existem situações incompatíveis com o decurso do procedimento licitatório, e que este poderá ser proscrito sem que isto signifique quebra da obrigação de licitar ou desventura dos objetivos constitucionais da contratação. Muito pelo contrário, nessas situações excepcionais, é justamente a faculdade de se prescindir da licitação que faz com que se chegue a melhor termo na contratação.

E foi assim que a Lei nº 8.666/93 previu as hipóteses de *dispensa* e *inexigibilidade* de licitação, arrolando em seus artigos 17, 24 e 25 as situações enquadradas nessas hipóteses. Antes de aprofundarmos o estudo dessas duas hipóteses, convém reiterar que, a teor do inciso XXI do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, as situações arroladas nos três artigos da Lei nº 8.666/93 são aquelas em que se admite a proscrição da licitação.

---

*administrativos obedientes a prazos (às vezes longos) e geradores de custos de transação (às vezes altos). O que pode instalar a ocasião em que o certame venha a ser um empecilho à efetivação do interesse público definido pelo caso concreto. Em situações extremas, a existência de processo licitatório pode, inclusive, resultar em prejuízos irreversíveis ou instalar custos impeditivos.” (Licitação Pública, São Paulo, Malheiros, 2012, página 404).*

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Dito isto, a diferença mais marcante entre a dispensa (seja aquela prevista no artigo 17 ou no artigo 24) e a inexigibilidade de licitação diz com o fundamento da contratação direta. No primeiro caso, a competição é viável, mas subsistem outras razões que tornam a licitação inconveniente, retirando-lhe os méritos consignados na Constituição. É dizer: a realização da licitação poderá ser prejudicial ao objetivo do contrato (nos casos de emergência, por exemplo) ou, ainda, um objetivo público relevante poderá não ser atingido quando aberta a competição a todos os potenciais interessados (o que ocorre naquelas situações em que a figura do contratado influencia orienta a sua escolha, como ocorre na contratação de entidades de pesquisa, por exemplo). Ao passo em que a inexigibilidade contempla os casos em que a competição é inviável, o que retira um elemento imprescindível da licitação, eis que a ausência de competidores impossibilita a disputa travada no certame licitatório.

Ao que importa a este Parecer, deixo de analisar as hipóteses de dispensa do artigo 24 e dedico o tópico seguinte ao estudo da inexigibilidade, tendo em vista sua relevância à Consulta que me foi formulada.

### **I.1.1. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

Ao passo em que a dispensa da licitação alberga aquelas hipóteses em que existem os pressupostos de promoção da licitação, mas esta é impertinente quando cotejada com outros princípios caros à Administração

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Pública, vindo a licitação a se tornar prescindível, a inexigibilidade da licitação ocorre quando a realização da licitação deixa de ser obrigatória não por impertinência, mas, sim, pela inviabilidade da competição<sup>6</sup>.

É esta a premissa adotada no *caput* do artigo 25 da Lei de Licitações, que, adiante, enumera os requisitos para a inexigibilidade. Vários são os motivos que inviabilizam a competição, desde a limitação do número de fornecedores até a especificidade do objeto contratado. Os incisos I a III do artigo 25 cuidaram, pois, de estabelecer três ordens de situações em que a licitação é inexigível, às quais reputo caráter meramente exemplificativo, ao contrário do que ocorre com o elenco de hipóteses para a dispensa da licitação. Assim o faço com amparo em uníssono posicionamento doutrinário para o qual o rol não é exaustivo, admitindo-se, antes, o alcance mais amplo do permissivo à contratação direta:

Cumpra salientar que a relação dos casos de inexigibilidade não é exaustiva. Com efeito, o artigo 25 refere que a licitação é inexigível quando inviável a competição. E apenas destaca algumas hipóteses. Por isto disse, em seguida 'em especial quando (...)'. Em suma: o que os incisos I a III do artigo 25 estabelecem é, simplesmente, uma prévia e já resolvida indicação de hipóteses nas quais ficam antecipadas situações características de inviabilidade, nos termos ali

---

<sup>6</sup> Eros Roberto Grau propõe um conceito bem amplo para a competição inviável ao contrapô-la à competição plena, que seria aquela "*permissiva do acesso de todos e quaisquer agentes econômicos, indiscriminadamente*" (Inexigibilidade de Licitação: Aquisição de Bens e Serviços que só Podem Ser Fornecidos ou Prestados por Determinado Agente Econômico, in **Revista de Direito Público**, Ano XXV, nº 100, outubro a dezembro, 1991, página 30). No entender do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, sempre que não houver a competição plena, está-se diante da hipótese de inexigibilidade da licitação.

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

enumerados, sem exclusão de casos não catalogados, mas igualmente possíveis.<sup>7</sup>

A principal distinção entre dispensa, lato sensu, e inexigibilidade é que no primeiro caso o legislador procedeu ao minucioso exame e confronto entre os princípios fundamentais agasalhados pela Constituição Federal e o princípio da licitação, estabelecendo previamente, em numerus clausus, as hipóteses em que o Administrador está autorizado a promover a contratação direta.

Já a inexigibilidade, tratou do reconhecimento de que inviável a competição entre ofertantes, seja porque só um fornecedor ou prestador de serviços possuía a aptidão para atender ao interesse público, seja porque fazia face às peculiaridades no objeto contratual pretendido pela Administração. Por esse motivo, o legislador elencou as três principais hipóteses, em caráter exemplificativo, permitindo ao agente que, diante do caso concreto, reconhecendo a inviabilidade de competição, promova a contratação direta.<sup>8</sup>

O motivo para se ter o rol do artigo 25 como meramente exemplificativo não é outro senão a certeza quanto à pluralidade de situações em que poderá se verificar a inviabilidade de competição. Decerto, fosse o contrário e a lei restringisse as hipóteses de inexigibilidade não atenderia ao propósito do instituto, desabrigando uma série de situações em que, conquanto inviável a competição, a Administração seria forçada a promover a licitação. Sobre essa questão, oportuna a remissão ao ensinamento de Marçal JUSTEN FILHO:

---

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, op. cit., página 513.

<sup>8</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**, 2ª edição, Belo Horizonte, Fórum, 2007, páginas 613 e 614.



**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição. A dificuldade é causada pela complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível de ser delimitada através de regras legais. [...] As causas de inviabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado.<sup>9</sup>

Mais assertiva ainda é a consideração de Eros Roberto GRAU, para quem *“a lei não cria hipóteses de inexigibilidade de licitação. Estas – repito – constituem eventos do mundo do ser, não criações gestadas no mundo do dever-ser jurídico. Casos de inexigibilidade de licitação manifestam-se – ou não se manifestam – no mundo dos fatos.”*<sup>10</sup>

Assentada esta primeira premissa, voltamos ao tratamento da competição inviável, tal qual referida pelo artigo 25, para afirmar que a inviabilidade de competição não está – ao contrário do que se poderia supor num primeiro arroubo – atrelada à figura do contratado, mas, sim, ao próprio

---

<sup>9</sup> **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, página 346. O tema é bem exposto, também, por Joel de Menezes NIEBUHR, para quem o problema da vinculação do legislador, existente nas hipóteses de dispensa, exaustivas conforme o rol do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 *“não se põe com intensidade no que toca à inexigibilidade, porque ela ocorre nas hipóteses em que a competição é inviável, o que impossibilita a licitação pública, independentemente da vontade do legislador. Sempre que se verifica a inviabilidade de competição, está-se diante de inexigibilidade, queira o legislador ou não.”* (Licitação pública e contrato administrativo, 3ª edição. Belo Horizonte, Fórum, 2013, página 98).

<sup>10</sup> **Inexigibilidade de licitação**, op. cit., página 32.

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOCADOS

objeto licitado. O particular a ser contratado, conquanto critério relevante à promoção da contratação direta somente surge quando superada a especificidade do objeto a ser contratado. É dizer: a necessidade de se contratar alguém ou algo especializado somente vem à tona quando o objeto que se pretende contratar demanda essa especialização por ser, ele próprio, dotado de alguma característica especial que o distinga dos demais.

Aqui, por oportuno, rememoramos nossas considerações sobre este ponto:

Há que se deixar claro, primeiramente, que a inexigibilidade se prende à análise do objeto que se quer contratar. Ou seja, se exige uma licitação não porque o contratado será "x" ou "y", de maior ou menor renome.

Não. As hipóteses de inexigibilidade se põem quando o objeto que se quer contratar inviabiliza a competição que subjaz a qualquer certame. Nestes casos há impossibilidade de se comparar objetos cujas características e peculiaridades impedem, de per si, qualquer equivalência entre ofertas de diferentes particulares potencialmente "contratáveis".

[...]

Com efeito, nos casos em que não se mostra possível a comparação de mais de uma proposta para o mesmo objeto, é totalmente impossível extrairmos um critério objetivo para afirmar que uma proposta é melhor que outra<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Contratação Direta de Empresas de Engenharia Consultiva por Inexigibilidade de Licitação Pública, in **Boletim de Licitações e Contratos**, Ano X, nº 4, abril, 1999, páginas 172 a 174.

É nesta toada que deve ser reconhecida a inexigibilidade: como forma de reconhecer, no caso concreto, a viabilidade de se contratar diretamente, pois as características do objeto que se pretende contratar impedem competição efetiva. Neste compasso, é a especificidade do objeto que condiciona a escolha do contratado pela Administração e obriga a contratação com este.

## **1.2 AS CONDIÇÕES DE INEXIGIBILIDADE NO CASO CONCRETO**

Até aqui, pude apontar as nuances da contratação direta, notadamente da hipótese de inexigibilidade de licitação. Cuidei, assim, de apontar que a ausência de competição, em hipóteses não restritas aos exemplos do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, é o fator que tornará a licitação não mais exigível.

Já nesse tópico, promovo a análise concreta da situação que me foi apresentada, com o intuito de verificar se a competição na alienação do imóvel público é, mesmo, inviável. Para tanto, socorro-me das informações fáticas que me foram encaminhadas com a Consulta, fundamentais à compreensão da especial situação desse imóvel, o que, ao cabo, poderá demonstrar a inviabilidade de competição.

O que justifica a inexigibilidade no caso concreto é, justamente, o fato de que as características do imóvel, especialmente pela sua relação com imóvel lindeiro, já alienado, impedem a existência de uma efetiva competição.

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Explico.

Sabe-se – e isto é de conhecimento notório, pelo que, mesmo não atuando no setor de corretagem de imóveis, posso adotar essa premissa – que diversas circunstâncias influem no interesse do mercado por terrenos, fazendo com que um imóvel seja mais ou menos atrativo. Notadamente, em terrenos com características semelhantes aquele aqui tratado, é o seu aproveitamento econômico que irá determinar o quão atrativo este será. É dizer: o terreno será tanto mais atrativo quanto as possibilidades de se auferir lucro com a sua utilização, justificando o investimento feito em sua aquisição.

No caso que analiso, o aproveitamento econômico do terreno que se pretende alienar é bastante comprometido quando analisado sob a perspectiva do mercado de potenciais investidores. A uma, pelas obrigações residuais da empresa pública – atual proprietária – que deverá repassar parte do terreno ao adquirente do imóvel vizinho, em compensação às áreas viárias, institucionais e de reserva necessárias ao parcelamento do imóvel antes alienado. A duas, porque o terreno é desmembramento de um imóvel maior – já alienado – e sua utilização acaba por ser comprometida, quando tratada individualmente, desvinculada do imóvel do qual se originou; aqui, é o caso de que o imóvel – composto pela parcela já alienada e por aquela que se pretende alienar – tem mais valor no conjunto do que na soma das suas áreas, o que, de resto, é situação comum no mercado imobiliário.



Essas condições acabam conformando uma situação na qual o aproveitamento econômico do terreno acaba sendo quase que unicamente existente para o proprietário do imóvel lindeiro, que o adquiriu em licitação anterior promovida pela empresa pública. Essa afirmação é corroborada por laudos de avaliação mencionados na Consulta, que apontaram uma enorme disparidade entre o valor do terreno para terceiros e o valor para o proprietário do imóvel vizinho.

Tudo leva a crer, portanto, que eventual licitação instaurada para a alienação do terreno tende a ter como único interessado o proprietário do imóvel vizinho. E é interessante notar que, se isso ocorrer, a Administração ainda poderá ser prejudicada no seu intento de obter a melhor proposta. É que, sendo certo que a alienação de bem público pressupõe prévia avaliação, que irá determinar o preço mínimo de venda no edital, essa irá se guiar pelo valor de mercado do terreno, que tende a ser inferior ao valor do terreno para o proprietário do imóvel vizinho.

Não tem lugar nessa discussão a consideração da existência potencial de competição no caso concreto, como que a atrair a obrigatoriedade de licitação apenas por se cogitar de interessados no imóvel. A questão é que a competição – ainda que possível – não trará ao interesse público o mesmo benefício carreado pela contratação direta.

Inicialmente, o valor de venda do terreno tende a ser inferior se lançada a licitação, tendo em conta seu valor de mercado ser menor do que o

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

valor agregado ao proprietário lindeiro. Além disso, ao promover a alienação para esse proprietário, a Administração acabará contornando a situação envolvendo as áreas do terreno que devem ser repassadas ao proprietário do imóvel vizinho.

Essa situação é bastante peculiar e merece ser mais bem explicada.

Ao promover a alienação do imóvel lindeiro, a Administração acabou por receber o pagamento por parte da área do terreno que se pretende alienar. Afinal, já se sabia à época da licitação, que essa área seria transferida ao adquirente, em compensação pelas áreas do imóvel alienado que são sujeitas à servidão de trânsito. É fato que no preço de aquisição do imóvel lindeiro, tais áreas foram consideradas, pois, somente com elas se atingiria a metragem total alienada.

Portanto, qualquer um que venha a adquirir o terreno, saberá, de antemão, que não poderá aproveitá-lo em sua integralidade, tendo que aguardar a definição da parcela que será transferida ao proprietário vizinho. Ao passo que este proprietário, se adquirir o terreno, poderá utilizá-lo em sua totalidade, tanto na parcela que já lhe é direito, quanto naquela que vier a adquirir<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Nesse aspecto, é até o caso de cogitar de eventual aditamento ao contrato de alienação original, tendo em vista que a área remanescente não alcança nem 25% da área já alienada. Atende-se, assim, ao limite fixado pelo artigo 65 da Lei nº 8.666/93, para o aditamento do contrato administrativo que vise aumentar seu escopo.

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Em alguma medida, esse conjunto de fatores excepcionais me permite até mesmo afirmar que a situação se aproxima muito, em seu fundamento, da hipótese de exclusividade de fornecedor, prevista no inciso I do artigo 25 da Lei de Licitações. Não estou a defender que somente o proprietário vizinho possa adquirir o terreno, mas, é certo que as circunstâncias do caso denotam que esse é o único interessado que poderá oferecer a melhor proposta à Administração, senão mesmo o único a oferecer qualquer proposta pelo terreno. Seria ele, pois, um “adquirente exclusivo” em semelhança à figura do “fornecedor exclusivo” prevista em lei.

Mas, a par desse adendo, o fundamento maior da inexigibilidade na espécie recai na inexistência prévia de igualdade de condições entre eventuais interessados. Uma vez que a licitação se conforma como um procedimento isonômico que busca conferir uniformidade de condições aos eventuais interessados em contratar com o poder público, quando as características do objeto já impedem essa igualdade, a licitação se torna carente de um dos seus fundamentos<sup>13</sup>. Quando, além disso, o objeto aponta que a melhor proposta será aquela ofertada por um determinado particular, a licitação se torna mesmo inócua e, portanto, passa a ser inexigível.

---

<sup>13</sup> “[...] não havendo condições objetivas a nortear a seleção da proposta mais vantajosa, a licitação torna-se impossível. Assim se passa porque a licitação depende de uma dimensão concorrencial que se realiza sob condições de isonomia entre os participantes. Sendo impossível a comparação entre propostas por critérios objetivos (e condições isonômicas), não há como proceder-se à licitação.” (Licitação Pública, op. cit., página 432).

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Diante dessas razões, malgrado a originalidade da situação posta à Consulta, tenho clara sua submissão à inexigibilidade de licitação que, não é demais repisar, comporta todas aquelas situações em que se verifique a inviabilidade (ou imprestabilidade) da competição. Essa certeza conceitual, por certo, reclama comprovação mediante regular procedimento administrativo que apresente as razões de arrimo da inexigibilidade, ponto ao qual dedico breve aparte.

### **I.3 A IRRELEVÂNCIA DO ARTIGO 17 DA LEI Nº 8.666/93**

Até aqui espero ter demonstrado que a situação do imóvel implica na inviabilidade de competição para a sua aquisição. Como tal, enquadra-se a sua alienação como hipótese de inexigibilidade, *ex vi* do artigo 25 da Lei nº 8.666/93.

Assim sendo, não cabe discutir se é ou não o caso de submissão da alienação que se pretende realizar aos permissivos para a dispensa previstos no artigo 17. A questão, aqui, resolve-se em um momento anterior e a autorização para se prescindir de licitação decorre da ausência de competição efetiva.

Não teria qualquer sentido demandar a realização de licitação para alienar o imóvel apenas pelo fato desta operação não se amoldar às

A.

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

hipóteses de dispensa previstas no artigo 17<sup>14</sup>. Inviável a competição, a contratação direta já se arrima suficientemente no que apregoa o artigo 25.

Exatamente esta a posição do Supremo Tribunal Federal quando apreciou a questão da prevalência da inexigibilidade (por inexistir efetiva competição) em relação aos casos de dispensa do artigo 17:

1. A dispensa de licitação em geral é definida no artigo 24, da Lei n. 8.666/93; especificadamente --- nos casos de alienação, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social, por órgãos ou entidades da administração pública --- no seu artigo 17, inciso I, alínea "f". Há, no caso dos autos, inviabilidade de competição, do que decorre a inexigibilidade de licitação (artigo 25 da lei). O loteamento há de ser regularizado

---

<sup>14</sup> Em estudo anterior (ver meu **Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica**, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2009, página 310) sustentei que algumas das hipóteses de contratação direta previstas no artigo 17 cuidavam não de dispensa, como alude expressamente a Lei, mas na verdade de inexigibilidade. Caso assim se entenda, o raciocínio aqui desenvolvido fica ainda mais reforçado, pois a inexigibilidade decorre do *fattispecie* e não da discricionariedade autorizada pelo legislador, não admitindo, pois delimitações ou condicionantes. Na ocasião asseverei: "*Dito de outro modo, ressalvada a hipótese de venda e compra (na qual todos os interessados podem disputar objetivamente a coisa a ser alienada), nas outras modalidades ou não existe razão de interesse público a justificar a alienação ou, existindo, o destinatário será apenas aquele particular que preenche requisitos subjetivos aptos a qualificá-lo como futuro detentor do bem. Não fará sentido decidir doar um bem que poderá ser recebido por um número indistinto de particulares a disputar um certame licitatório. Nem haverá razão em promover uma concorrência para efetivar uma investidura ou mesmo uma dação em pagamento. Ainda que a lei 8.666/93 em alguns dos incisos do artigo 17 tente circunscrever a hipótese de dispensa de licitação a condições mais restritivas, nos casos de doação, investidura, permuta e dação em pagamento não enquadradas na fattispecie da dispensa, restará possível enquadrá-la no tipo de inexigibilidade licitatória prevista no artigo 25 da lei nº 8.666/93.*"

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

mediante a venda do lote àquele que o estiver ocupando. Consubstancia hipótese de inexigibilidade, artigo 25.<sup>15</sup>

Do voto do relator para o acórdão, o Ministro Eros Grau, essa situação fica ainda mais evidente: “[...]diria ainda que a situação não é de dispensa de licitação. Porque nessa, o dever de licitar incide, mas é afastado. A situação é anterior, porque o pressuposto da licitação é a competição. E aqui não é possível competir[...]”.

Nítido, portanto, a irrelevância do artigo 17 para tratar da questão envolvendo a possibilidade de alienação direta do imóvel. Mesmo que a situação não configure uma daquelas previstas no dispositivo para autorizar a dispensa de licitação, inexistente competição no caso concreto. A aplicação do artigo 25 é, portanto, direta, admitida a inexigibilidade de licitação.

Repise-se que as hipóteses de dispensa são permeáveis à discricionariedade do administrador, que poderá sopesar as causas de cada hipótese com os ditames da licitação. Enquadrada a situação à hipótese e relevante a causa da dispensa, esta pode ser promovida.

A inexigibilidade, no entanto, é cogente, isto é, quando demonstrado seu pressuposto fático (inviabilidade de competição), a contratação direta se impõe, vinculando o administrador. É certo que ausente a

---

<sup>15</sup> ADI 2.990/DF.

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

competição, a licitação se torna inócua e, como tal, não há como insistir em sua realização.

Reporto-me sobre a distinção das espécies de contratação direta conforme sua imperatividade à elucidativa lição de Egon Bockmann MOREIRA e Fernando Vernalha GUIMARÃES: *“dispensável’ significa ‘desnecessário’, que não é obrigatório; logo, aqui, a lei autoriza o servidor a escusar-se ou abster-se de promover a licitação. Não se trata de escolha inexorável, mas, sim, de uma licença, concedida em abstrato por lei e em concreto pela autoridade competente. Nestes casos, a Administração não precisa licitar (muito embora possa fazê-lo). Logo, está-se diante da atribuição de competência discricionária, a qual gerará o ato, motivado e pautado pelo caso concreto, de efetiva (ou não) a licitação.[...] Ao seu tempo, a inexigibilidade de licitação diz respeito às situações fáticas que não concedem alternativa à autoridade competente, que se vê obrigada a realizar a contratação direta.”*<sup>16</sup>

Portanto, o que irá balizar a adoção da contratação direta na espécie não é sua adequação às hipóteses arroladas no artigo 17 da Lei nº 8.666/93. Antes, o tema se resolve pelo permissivo conferido pelo artigo 25 à contratação direta quando inexistente a competição, sendo inexigível a promoção do certame licitatório<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> **Licitação Pública**, op.cit., página 405.

<sup>17</sup> Voltarei a destacar os pressupostos que tornam a inexigibilidade cogente no tópico “1.5”. Por ora, antecipei-me um pouco na discussão apenas para deixar assentada a prevalência da inexigibilidade em relação às hipóteses de dispensa prevista em Lei.

#### I.4 O PROCEDIMENTO PRÉVIO À CONTRATAÇÃO

Conquanto se permita refratar todo o rigor formal próprio a um certame licitatório, a contratação direta reclama a observância de procedimento próprio a sua efetivação, previsto no artigo 26 da Lei nº 8.666/93. Por certo, a excepcionalidade da contratação direta, como ressalva específica à regra geral da licitação, reclama a devida comprovação dos fatores que tornam o certame licitatório dispensável ou inexigível.

Essa justificativa formal da razão da contratação direta – seja ela pela dispensa, seja pela inexigibilidade – será levada, por sua vez, ao conhecimento da autoridade superior do ente público contratante para que este aprove, ou não, a renúncia à licitação.

A lei foi econômica no tratamento deste procedimento especial, o que se admite em virtude da própria simplicidade esperada do processo de dispensa ou inexigibilidade. Disto não advém qualquer tentativa de superar a justificativa da contratação direta por meio de razões insuficientes, nem tampouco arrima a análise superficial dessa justificativa pela autoridade superior. Ao contrário, se o processo de contratação direta é menos rigoroso em sua feição formal, o mesmo não ocorre com o seu mérito, devendo a justificativa da dispensa ou inexigibilidade restar cabalmente.

Quanto a isto, jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Identifica-se a necessidade, motiva-se a contratação, para, então, partir-se para a verificação da melhor forma de sua prestação. Ou seja, a decisão pela contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa, é posterior a toda uma etapa preparatória que deve ser a mesma para qualquer caso. A impossibilidade ou a identificação da possibilidade da contratação direta, como a melhor opção para a administração, só surge após a etapa inicial de estudos. Como a regra geral é a licitação, a sua dispensa ou inexigibilidade configuram exceções. Como tal, portanto, não podem ser adotadas antes das pesquisas e estudos que permitam chegar a essa conclusão<sup>18</sup>.

Imprópria, destarte, referência à inexistência de procedimento na contratação direta. O que ocorre, por certo, é maior celeridade em virtude da renúncia a diversos trâmites do procedimento licitatório usual. Essa celeridade não elide a comprovação do mérito da contratação direta, que deverá – repito – constar de procedimento administrativo prévio.

## **I.5 A OBRIGATORIEDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA**

Questionamento relevante diz com a eventual obrigatoriedade de se abdicar da licitação sempre que presentes as condições e cumpridos os requisitos da lei para a dispensa e a inexigibilidade. É dizer: a Administração se vincula a contratar diretamente quando presente a hipótese fática de dispensa ou inexigibilidade, ou, ao revés, poderá promover o certame mesmo assim?

---

<sup>18</sup> Acórdão nº 994/2006 – Plenário – Relator Ministro Ubiratan Aguiar, DOU 26.6.2006.

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

A resposta à questão, em meu entender, nasce da consideração do interesse em jogo no procedimento licitatório, que será o balizador da realização ou não do certame. Em outros termos: a licitação – bem assim sua dispensa ou inexigibilidade – existe tão-somente em favor da consagração de determinados interesses, previamente eleitos pela Constituição Federal de 1988 como orientadores do agir da Administração Pública. Assim é que, contrata-se mediante procedimento altamente regrado e em igualdade de condições dos interessados para concretizar a isonomia (impressoalidade, moralidade) e a escolha da melhor proposta (eficiência, economicidade). Da mesma forma, elide-se a exigência procedimental quando esta não for mais adequada à afirmação desses mesmos interesses. Nos dizeres de Adilson Abreu DALLARI: *"assim como a exigibilidade da licitação decorre de princípios gerais e ela mesma tem um procedimento informado por princípios específicos, também a dispensa de licitação, em sentido amplo, entendida como direito de não licitar, pode decorrer diretamente de princípios jurídicos, independentemente de disposições legais expressas"*<sup>19</sup>. Foi em atenção a esta possibilidade (a não realização dos interesses buscados pela licitação) que a Constituição admitiu exceções à obrigatoriedade de licitar, que foram esmiuçadas posteriormente pela Lei n.º 8.666/93.

É a certeza de que a não realização da licitação pode, sim, além de legal, ser mais benéfica ao interesse da Administração, que deve orientar qualquer consideração sobre a obrigatoriedade de licitar. Em determinados

---

<sup>19</sup> Aspectos Jurídicos da Licitação, op. cit., página 57.



**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

casos, tanto pior a realização da licitação, pois esta é "*material ou juridicamente impossível*"<sup>20</sup>. Convencionou-se estabelecer, a partir daí, uma distinção entre a conveniência administrativa, a ser exercida quando haja conflito entre os benefícios da realização da licitação e aqueles advindos da sua abstenção, e a impossibilidade material e jurídica da licitação, decorrente da situação fática da contratação.

À conveniência administrativa se fixou vinculação às hipóteses de dispensa, ao passo em que a impossibilidade da licitação atrelou-se aos casos de inexigibilidade. A distinção é fruto lógico das características de cada exceção à obrigatoriedade de licitar. Se, de um lado, o que arrima a dispensa é o cotejo entre as benesses da realização, ou não, da licitação, a inexigibilidade se justifica quando não há possibilidade de competição, e, por conseguinte, é impossível haver a licitação.

Eros Roberto GRAU, a partir desta distinção, afirma que "*na dispensa, a lei autoriza a Administração a, excepcionalmente, contratar sem licitação. Atua aí, a conveniência administrativa, em nome da qual há dispensa do dever de licitar. O dever de licitar incide, mas é afastado pelo preceito legal [...] No que concerne aos casos de inexigibilidade de licitação, ao contrário, não incide o dever de licitar. A não realização da licitação decorre não de razão de conveniência administrativa, mas da inviabilidade de competição*"<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> DALLARI, Adilson Abreu, op. cit., página 55.

<sup>21</sup> **Inexigibilidade de Licitação**, op. cit., página 32.



**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Não carecem de maior detalhamento as razões pelas quais a Administração é vinculada a renunciar à licitação quando esta é inexigível, a começar pela própria denominação legal, já que não se pode exigir o que é inexigível. De mais a mais, a lógica do dispositivo legal anula qualquer tentativa de insistir na realização do certame quando presente os requisitos referidos na lei. É a impossibilidade jurídica, pois estando presentes os caracteres da inviabilidade de competição, e, mesmo assim, disposta a Administração a promover o certame, ter-se-á com cometimento de ilegalidade flagrante. Ora, se a realização de licitação na hipótese de inexigibilidade prescinde – como apontamos acima – de qualquer critério objetivo, eleger um vencedor nesta situação implica em afronta direta à exigência do julgamento objetivo, consubstanciada no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 como princípio da licitação.

## **II. A INVESTIDURA**

Vencida a análise geral do tema da contratação direta, passo a tratar da investidura, uma das situações que autoriza a contratação direta para a alienação de imóveis públicos.

A investidura se caracteriza quando, após a utilização de um imóvel (terrenos, em sua maioria) afetado à uma finalidade específica (realização de obra pública), a Administração promove a alienação da parcela



**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

remanescente desse imóvel ao proprietário lindeiro, sempre que está não tiver mais utilidade para a Administração<sup>22</sup>.

Nessa situação, a Lei alude à possibilidade de “dispensa de licitação” para a alienação dessa parcela remanescente ao proprietário, desde que atendidas duas condicionantes. A primeira delas diz com a obrigação de se respeitar o valor mínimo de venda determinado em avaliação prévia; a segunda impede a investidura nos casos em que o valor do imóvel a ser alienado superar cinquenta por cento do valor determinado (R\$ 80 mil) na alínea “a” do inciso II do artigo 23 da Lei nº 8.666/93.

A razão para autorizar a venda sem licitação na investidura me parece bastante clara: reconhece a lei que a área em questão, após sua utilização pela Administração para um fim específico, quando não mais aproveitável por esta, tende a ter, no proprietário lindeiro, aquele único interessado; tanto mais, pois pela limitação de valores impostas, está-se a falar em imóveis de baixo potencial econômico.

---

<sup>22</sup> Ou, como definido no § 3º do artigo 17 da Lei nº 8.666/93, a investidura é “a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente”. Menciono apenas a título ilustrativo que também ocorre a investidura prevista no inciso II desse dispositivo, mas que diz respeito a situações muito específicas, relacionadas à construção de usinas hidrelétricas, que não importam ao tema aqui tratado.

## II.1 ANÁLISE DO CABIMENTO DA INVESTIDURA NO CASO CONCRETO

Para determinar se a situação trazida com a Consulta é passível de alienação por investidura, cabe-me analisar dois fatores advindos da previsão legal e que podem impedir a aplicação do instituto no caso concreto. O primeiro deles diz com a eventual descaracterização da investidura por não ter sido realizada obra pública no imóvel que se pretende analisar; o segundo decorre do valor deste mesmo imóvel, a ultrapassar o limite da Lei nº 8.666/93.

Passo, então, a tratar desses dois pontos.

### II.1.1. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO CONCEITO DE OBRA PÚBLICA

O primeiro desafio à caracterização da investidura na alienação que se pretende promover é resultado da dicção legal que, ao se referir à afetação da área pública passível de investidura, determina que nesta deverá ter sido executada uma obra pública.

Nesse sentido, sabe-se que o imóvel tratado na Consulta era afetado à instalações de energia elétrica, o que, em rigor, não caracteriza uma obra pública. A partir deste fato, é provável haver questionamentos quanto à

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

alienação do imóvel por investidura, já que a sua afetação anterior não se enquadra no conceito legal do inciso I do § 3º do artigo 17 da Lei nº 8.666/93.

Ainda assim, entendo que o conceito legal deve ser interpretado de modo extensivo, a fim de abarcar não apenas a execução de obra pública, mas qualquer afetação do imóvel pertencente à Administração. É dizer, para se permitir a investidura basta que a afetação do imóvel tenha demandado a utilização inicial de toda a área do imóvel, mas que, após implantada a infraestrutura pública, tenha restado uma parcela sem aproveitamento para a afetação ou para qualquer outro objetivo da Administração.

Ora, não seria crível supor que a causa da investidura se caracterize apenas se a afetação se deu por realização de obra pública. Essa conclusão restringe demasiadamente as características do instituto a partir daquilo que o justifica. Se o seu intuito é permitir o aproveitamento de área públicas com proveito à Administração – que, afinal, receberá o valor da alienação – não vejo porque limitar a sua aplicação por uma questão meramente formal, presentes todas as características que conformam o objetivo do instituto.

E o exemplo concreto é bastante elucidativo desse meu entendimento. A afetação original do imóvel não demandava a utilização integral da sua área, eis que os equipamentos e instalações nele presentes ocupavam apenas uma parcela dessa área. Não seria crível supor que a Administração não



**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

puдesse auferir benefício com a venda dessa área apenas por conta de não ter sido realizada uma obra pública na parcela afetada do imóvel.

Nem se diga que o caso seria de alienação, mas sem dispensa. Se o que motiva a investidura é a certeza de que o imóvel a ser alienado somente pode ser aproveitado pelo proprietário lindeiro ou que este goza de algum direito pelo eventual impacto que a afetação da área pública cause à sua propriedade, não importa que tipo de afetação incide sobre o imóvel.

Não fosse apenas por esse argumento, é preciso considerar que, em última análise, é mesmo possível concluir que o imóvel foi, sim, objeto de uma obra pública, tendo em vista a instalação de equipamentos afetos aos serviços públicos de energia elétrica no local. Ora, mesmo à margem da falta de conhecimento técnico especializado, tenho que a instalação de equipamentos pressupõe, efetivamente, a execução de uma obra, ainda que para a infraestrutura de suporte e colocação e eventuais estruturas de apoio.

Portanto, esses dois argumentos me permitem concluir que a investidura no presente caso não encontra necessariamente um empecilho na condicionante legal relacionada à execução de obra pública em parcela do imóvel que se pretende alienar. Ainda assim, devo reiterar que a possibilidade de questionamento se faz presente e deve ser sopesada pelos riscos dela decorrentes.



## II.1.2. O LIMITE IMPOSTO PELO VALOR DE VENDA

Outro empecilho à caracterização da investidura no caso diz respeito ao limite de valor imposto pelo mesmo inciso I do § 3º do artigo 17 da Lei de Licitações. Por ele, apenas imóveis com valor de até R\$40 mil podem ser alienados mediante investidura.

Este, sim, é um limite intransponível da legislação federal, tendo em vista que o valor do imóvel que se pretende alienar ultrapassa, em muito, o teto estabelecido em lei.

Entretanto, para o caso vertente, cuidando-se de bem estadual paulista, o regramento aplicável deve ser encontrado no artigo 20, inciso I, da Lei Estadual nº 6.544/89. Dito dispositivo – aplicável à espécie porquanto imóvel de propriedade do Estado de São Paulo – admite a dispensa de licitação na investidura em imóveis públicos.

E, em seu artigo 20, § 2º, a Lei Paulista de Licitações define a investidura como *"alienação aos proprietários de imóveis lindeiros, por preço nunca inferior ao da avaliação, de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se torne inproveitável isoladamente"*. Ao contrário da legislação federal, a Lei Estadual não condiciona a investidura ao valor do

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

imóvel, sendo admitida independente da avaliação feita acerca do imóvel que se pretenda alienar por investidura.

O problema, aqui, então, passa a ser a tradicional discussão dos limites da legislação federal de licitações para reger as contratações dos Estados e dos Município. Isto, pelo caráter geral da Lei nº 8.666/93, editada na esfera de competência da União Federal para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos (conforme previsão do artigo 22, XXVII, da Constituição Federal).

É fato que a Lei nº 8.666/93 encampa normas de caráter geral e normas com específicas da União (afinal, também a ela se destina o diploma normativo)<sup>23</sup>. Não me parece crível alegar que a mera referência às “normas gerais” contidas no caput do seu artigo 1º seja bastante para desnaturar normas presentes na lei e que possuem aplicação exclusiva à União.

Justamente por essa dualidade, discute-se há muito na doutrina e jurisprudência pátrias qual o alcance de algumas disposições da Lei nº 8.666/93, justamente por entendê-las normas de alcance restrito à União, inaplicáveis, pois, aos demais entes federativos. Outrora já me manifestei sobre a tormentosa tarefa de definir determinada norma a partir de seu caráter geral,

---

<sup>23</sup> “A Lei nº 8.666/93 veicula normas gerais e normas não gerais (especiais) sobre licitações e contratos administrativos. [...] Ou seja, o diploma traduz o exercício de duas competências legislativas diversas. Existem normas nacionais, aplicáveis em todas as esferas federativas. E há normas puramente federais, aplicáveis apenas ao âmbito da União. O grande problema reside em que não existe uma distinção formal explícita no texto da Lei 8.666/1993 entre as normas gerais (nacionais) e aquelas federais (especiais da União).” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, op. cit., página 19).

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

ao afirmar que *"parece de todo impossível se chegar a uma definição (ou formulação) útil – porquanto minimamente precisa – do conceito em apreço"*<sup>24</sup>. Concluí, àquela ocasião, que *"tratando-se de normas gerais, o máximo possível é uma delimitação genérica do conceito, o estabelecimento de um standard jurídico que permita, diante de situações concretas, concluir pelo caráter genérico ou específico de uma dada norma inserida na Lei federal de Licitações e Contratos Administrativos"*<sup>25</sup>.

Daí que, sob o prisma do caso concreto, deve-se observar se o disposto no artigo 17 da Lei nº 8.666/93 acerca da investidura é, ou não, uma norma geral. O reconhecimento do seu caráter generalista leva, invariavelmente, à supressão da disposição da Lei paulista e, como tal, à certeza irrefutável da impossibilidade de promover a investidura; a resposta negativa proscreeve o limite de valor imposto pela Lei federal e, por conseguinte, retira este empecilho da discussão.

Tenho comigo que a questão se põe a partir da *"prerrogativa que têm – e devem ter – os entes federativos para autonomamente gerir e, eventualmente, dispor dos seus bens"*<sup>26</sup>. Isto é, o tema versado no artigo 17 da Lei federal diz respeito tão-somente ao regramento acerca da alienação dos bens públicos, pelo que deve ser reservado à competência de cada ente, enquanto titular do seu respectivo patrimônio. Conquanto possam tais entes se

<sup>24</sup> Normas gerais de licitação – Doação e permuta de bens de estados e de municípios – Aplicabilidade de disposições da Lei Federal nº 8.666/93 aos entes federados. Comentários a acórdão do STF na ADInconst 927-3-RS, in **Revista Trimestral de Direito Público**, volume 12, 1995, páginas 173 a 191.

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> Conforme o meu *"Normas Gerais de Licitação"*, op. cit., loc. cit..



**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

aproveita de algumas das disposições do diploma geral, sempre lhes será reservada a competência para regulamentar da forma que lhes é mais adequada sobre o seu próprio patrimônio.

Ao fazê-lo, estarão apenas exercendo a prerrogativa de legislar sobre matéria de sua competência, tendo em conta que a competência legislativa outorgada pela Constituição à União se atém às normas gerais de licitações e contratos. Retomo, novamente, pensamento anterior em que defendia ser *"que uma vez estabelecida a competência da União para fixar normas gerais de licitação, ficou estabelecida constitucionalmente a prerrogativa dos entes federados em fixar normas específicas na matéria, adequadas às peculiaridades de cada Administração estadual ou municipal. Estamos diante de verdade acaciana"*<sup>27</sup>.

Vai daí que a gestão do seu patrimônio amolda-se perfeitamente à competência que detêm os entes federativos para legislar sobre licitações e contratos. Afinal, *"subverteria completamente o princípio federativo e a autonomia constitucional de Estados e Municípios pretender que a gestão e a alienação dos seus bens ficassem estritamente regradas pela norma federal, que, neste particular, é extremamente detalhada, fixando critérios e ritos específicos"*<sup>28</sup>.

De toda a sorte, deixo registrada a controvérsia que ainda paira sobre o alcance das disposições do artigo 17 aos Estados e Municípios. Essa

---

<sup>27</sup> Normas gerais. Op. cit..

<sup>28</sup> Idem.



**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

falta de clareza e certeza sobre a aplicação do dispositivo, entendido como norma geral, aos demais entes federados, foi, inclusive, refletida em julgamento do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, no julgamento cautelar de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 927/RS) manejada contra alguns dispositivos do artigo 17, não logrou o Excelso Pretório uma posição unânime e pacífica sobre a questão.

Ainda que o inciso que estabelece a investidura não tenha sido objeto da ação, é oportuna a remissão ao entendimento da Corte justamente para demonstrar que não há consenso sobre o conceito de normas gerais na Lei nº 8666/93. Assim é que em julgamento que contou com diversas divergências, o STF se inclinou por considerar alguns dispositivos do artigo 17 como normas gerais enquanto estabeleceu que outros fosse adstritos à União.

Daí porque, mesmo tendo eu como certo que o manejo do patrimônio é de competência própria de cada ente federado, não há como se ter certeza sobre a prevalência da Lei estadual sobre o que dispõe o artigo 17 da Lei federal em termos da investidura. Por essa razão, há, sim, risco de inviabilizar a investidura se restar entendido que, na hipótese, incide a legislação federal.



### III. RESPOSTA AOS QUESITOS OBJETIVOS

*1 – É possível realizar a alienação direta ao adquirente, hoje proprietário lindeiro, daquela parcela disponível do imóvel, considerando as peculiaridades do imóvel, que se tornou inaproveitável isoladamente, e os custos que adviriam da promoção de um novo processo licitatório?*

Sim. As características do imóvel, segundo relatado na Consulta, induzem à situação típica de inexigibilidade de licitação, uma das exceções admitidas em lei à regra geral que obriga a Administração a licitar seus contratos. A inexigibilidade ocorre, nos termos da lei, em todas as hipóteses em que a competição é inviável, o que não pressupõe, necessariamente, a ausência de potenciais competidores, mas, sim, quando o objeto a ser contratado, por suas características, implica a impossibilidade de promoção do certame em igualdades de condições e por critérios objetivos. No caso em apreço, as restrições impostas ao imóvel em favor do proprietário de imóvel vizinho e, além disso, o fato do seu aproveitamento econômico ser majorado quando explorado em conjunto com este último, impendem a promoção

de competição objetiva e isonômica, o que torna a licitação inócua e, por conseguinte, inexigível.

*2 – Em caso de resposta positiva à questão anterior, a obrigação imposta pelo artigo 17 da Lei nº 8.666/93 não seria um impeditivo à pretensão de alienação sem prévia licitação, eis que enumera as hipóteses em que se admite a dispensa do procedimento licitatório para alienação de bens imóveis da Administração?*

**Não.** Conquanto a situação não encontre respaldo nas hipóteses de dispensa do artigo 17, a contratação direta se justifica pela inexigibilidade de licitação, tal qual prevista no artigo 25. Aqui, tem-se como cogente a inexigibilidade em virtude da inviabilidade de competição, a prevalecer sobre a análise discricionária das hipóteses de dispensa previstas em lei.

*3 - Há como considerar que a alienação em apreço se caracterize como uma investidura, na forma prevista pelo artigo 17 da Lei nº 8.666/93?*

**Não.** O principal empecilho à conformação da investidura reside no limite de valor do imóvel a ser alienado, imposto pelo inciso I do § 3º do artigo 17, bastante inferior ao valor do imóvel objeto da consulta. Sobre este aspecto, é possível cogitar da prevalência da legislação estadual sobre a matéria, na qual

**MANESCO,  
RAMIRES,  
PEREZ,  
AZEVEDO  
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

inexiste qualquer limitação de valor, o que, em tese, autorizaria a investidura. Ainda assim, é preciso considerar os riscos de se entender a norma do artigo 17 como norma de caráter geral, pelo que prevaleceria sobre a norma estadual.

É como me parece.

São Paulo, 15 de outubro de 2014.



**Floriano de Azevedo Marques Neto**  
Professor Titular de Direito Administrativo da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo