



Processo Nº 2023026166

Interessado: Prefeitura Municipal de Luziânia – Goiás

PARECER JURÍDICO

EMENTA: Direito administrativo. Licitação. Regularização Fundiária. Recomendações necessárias. Exame da legalidade da contratação direta. Inexigibilidade de Licitação.

I – RELATÓRIO

Instada a manifestar sobre a Contratação via Chamada Pública de pessoa jurídica/ Empresa especializada na prestação de serviços de regularização fundiária (serviços administrativos, jurídicos, urbanísticos, topografia e geoprocessamento) a fim de promover a regularização fundiária de núcleos urbanos, nas modalidades REURB-S (regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal), REURB-E (regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese anterior) e REURB, de lotes urbanos, suburbanos (lote/ocupação/unidade habitacional/chácaras urbanas), e aglomerados urbanos no meio rural (povoados) no Município de LUZIÂNIA - GOIÁS, em conformidade com a Lei Federal nº 13.465/2017 e Decreto Federal nº 9.310/2018.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A Administração Pública, em consonância com a Constituição Federal, submete-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, finalidade e publicidade. E, para a temática em análise, cabe destacar a impessoalidade e a moralidade, inerentes ao Estado de Democrático de Direito.

Sabe-se que a atuação estatal funda-se, precipuamente, nos axiomas da supremacia do interesse público sobre o privado e na indisponibilidade dos interesses públicos, ou seja, conforme explica o ilustre doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando perante aos particulares, por isso, “a Administração assim como as pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente.”

Em razão desses pressupostos, a Administração Pública, em consonância com a Constituição Federal, submete-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, finalidade e publicidade. E, para a temática em análise, cabe destacar a impessoalidade e a moralidade, inerentes ao Estado de Democrático de Direito, que determinam, respectivamente, que a Administração trate a todos os administrados sem discriminações benéficas ou detrimen-tosas e que atue na conformidade com os princípios éticos.



O instituto da licitação surgiu com a finalidade de atender aos princípios constitucionais do direito administrativo, como legalidade, proibição administrativa, isonomia, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo - que norteiam toda a legislação que trata das licitações no Brasil. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, por exemplo, está disciplinado no art. 41 da aludida lei, cuja redação dispõe que é proibido a administração "descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada." (LEI 8.666, 1993). Tal princípio, assim como os demais, se vincula ao princípio da isonomia, que está disposto no art. 5º da Constituição Federal.

Segundo o autor Marçal Justen Filho, licitação significa:

"Um procedimento administrativo formal, realizado sob regime de Direito Público, prévio a uma contratação, pelo qual a administração seleciona com quem contratar e define as condições de direito e de fato que regularão essa relação jurídica futura." (JUSTEN FILHO, 2009, p. 410).

Deste modo, anotamos que a Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI e a Lei de Licitações e Contratos traz como regra a obrigação de realizar o procedimento licitatório antes da contratação de bens e serviços pela Administração Direta e Indireta, bem como pelas demais entidades controladas direta e indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme expressamente se observa do art. 1º, parágrafo único da lei supramencionada.

Ocorre que a própria Constituição da República admite que esta regra não deva ser seguida de forma absoluta, dispondo a Lei nº 8.666/93 sobre os casos excepcionais em que a Administração poderá contratar sem a necessidade do rigorismo licitatório. A estes casos, ela se refere quando permite em seus artigos 17, 24 e 25 que a licitação seja dispensada, dispensável e inexigível, respectivamente.

Na inexigibilidade de licitação, a competição é inviável e a Lei de Licitações previu um rol exemplificativo em seus art. 25. Já a dispensa verifica-se quando, apesar de possível a competição por meio de licitação, esta é dispensável nas hipóteses taxativamente previstas no art. 24, ou dispensadas nos termos também taxativos das alíneas dos incisos I e II do art. 17, ambos dispositivos do citado diploma legal.

A principal característica da inexigibilidade de licitação é a inviabilidade de competição, o que impossibilita a abertura de um certame licitatório, pois ele resultaria frustrado. Diferencia-se da dispensa de licitação, que pode se constituir numa faculdade para o administrador. Vejamos o entendimento da professora Maria Sylvania Zanella di Pietro:

"A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável."

As hipóteses de inexigibilidade de licitação estão dispostas no art. 25 da Lei nº. 8.666/93, sendo que essas são consideradas exemplificativas, conforme já consta do próprio caput do art. 25, por meio da expressão "em especial", podendo se estender a outros casos, desde que se configure a inviabilidade de competição. Nessa esteira, temos os comentários do ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello:



"Outras hipóteses de exclusão de certame licitatório existirão, ainda que não arroladas nos incisos I a III, quando se proponham situações nas quais estejam ausentes pressupostos jurídicos ou fáticos condicionadores dos certames licitatórios. Vale dizer: naquelas hipóteses em que ou (a) o uso da licitação significaria simplesmente inviabilizar o cumprimento de um interesse jurídico prestigiado no sistema normativo e ao qual a Administração deva dar provimento ou (b) os prestadores do serviço almejado simplesmente não se engajariam na disputa dele em certame licitatório, inexistindo, pois, quem, com aptidões necessárias, se dispusesse a disputar o objeto de certame que se armasse de tal propósito".

Portanto, a inexigibilidade de licitação se caracteriza pela ausência de competição, o que impossibilita a abertura de um certame licitatório. Comparando-se a licitação e a inviabilidade de competição temos, nas palavras do professor Anderson Rosa Vaz:

"Licitação é escolha entre diversas alternativas possíveis. É disputa entre propostas viáveis. A inviabilidade de competição, essencial à inexigibilidade de licitação, quer dizer que esse pressuposto - disputa entre alternativas possíveis - não está presente. Não é possível licitação porque não existem alternativas. O que existe é uma única opção!"

Há, ainda, a inviabilidade de competição **pela contratação de todos**. É o que demonstra Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

"Se a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, fixando ela própria o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no estrito sentido da palavra, inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi assegurada a contratação. É a figura do "credenciamento", que o Tribunal de Contas da União vem recomendando para a contratação de serviços médicos, jurídicos e de treinamento."

Esse credenciamento se justifica nos casos em que, para que haja o atendimento do interesse público, existe a necessidade de se obter várias propostas vantajosas, descaracterizando, assim, a competição. Nessa mesma esteira temos a doutora em Direito, Sônia Y. K. Tanaka:

"Assim, se a Administração convida a todos os interessados que possuam os requisitos definidos no edital, dispondo-se, em princípio, a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as exigências estabelecidas, esses licitantes não competirão, vez que a todos será assegurada a contratação que se fizer necessária, hipótese em que os próprios Tribunais de Contas têm recomendado o uso do sistema de credenciamento."

É importante enfatizar que a contratação direta não possibilita à Administração Pública a adoção de critérios arbitrários para a sua realização, sem qualquer suporte legal. Tal como na licitação, a dispensa e a inexigibilidade prescindem da instauração de processo administrativo que possibilite o controle interno, judicial e social, contribuindo para a fiel aplicação de princípios basilares como o da Moralidade e o da Supremacia do Interesse Público. Esse processo administrativo deve conter, dentre outros requisitos, a motivação do afastamento da licitação.

A respeito da inexigibilidade de licitação, o saudoso Hely Lopes Meirelles foi bastante preciso:



"[...] 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 reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato". (MEIRELLES, 2000, p. 254).

A licitação inexigível, portanto, resta caracterizada quando há a inviabilidade de competição. Nesse ponto, identificamos um equívoco cometido por inúmeros operadores do Direito, que acreditam que a inexigibilidade de licitação pressupõe, necessariamente, a existência de uma única pessoa apta a contratar. A respeito desse assunto, preleciona o professor Marçal Justen Filho:

"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**". (JUSTEN FILHO, 2005, p. 274).

No caso em tela, considerando a relevância dos serviços a serem contratados pela Administração Municipal, destacamos, que os serviços se relacionam com as demandas financeiras, tributárias do Município, sendo assim, de extra importância para a gestão municipal.

Desta feita, os serviços de regularização fundiária somente são prestados por empresas especializadas e com notória capacidade, resta caracterizada a respectiva inviabilidade de competição e em consequência inexigibilidade de licitação.

Logo, configurada a inviabilidade de competição, estamos diante de um caso de inexigibilidade de licitação, cujo pressuposto legal se encontra no art. 25, caput, da Lei 8.666/93, correspondendo ao que Jessé Torres Pereira Júnior chama de **inviabilidade nominada**, a saber:

"A cabeça do art. 25 da Lei 8.666/93 acomoda todas as situações concretas em que for inviável a competição, ainda que sem correlação com as hipóteses definidas nos incisos. Assim, em dúvida sobre se determinado caso enquadra-se sobre tal ou qual inciso de inexigibilidade, deverá a Administração capitulá-lo, desde que segura quanto á impossibilidade de competição, no caput do art. 25". (PEREIRA JUNIOR, 2007, p. 341).

Confirmando o pensamento acima exposto, o Tribunal de Contas do Distrito Federal (Decisões: 7831/93, 8016/96, 23/95 e 6590/94) recomendou que (grifo nosso) "**para os dispêndios com assinaturas de revistas e periódicos, quando adquiridas diretamente das editoras responsáveis pela publicação, será inexigível a licitação, com fundamento no caput do art. 25, da Lei 8.666/93**". O Tribunal de Contas da União compartilhou desse pensamento, considerando "**regular a contratação sem licitação com editores**" (Decisão 589/1996 – Plenário).

Do mesmo Tribunal, recentemente foi exteriorizada decisão que explicita de forma didática a presente situação enfrentada pela administração municipal, senão vejamos:

"O credenciamento é hipótese de inviabilidade de competição não expressamente mencionada no art. 25 da Lei 8.666/93 (cujos incisos são meramente exemplificativos). Adota-se o credenciamento quando a



Administração tem por objetivo dispor da maior rede possível de prestadores de serviços. Nessa situação, a inviabilidade de competição não decorre da ausência de possibilidade de competição, mas sim da ausência de interesse da Administração em restringir o número de contratados.

Representações formuladas por cidadão e por escritórios de advocacia questionaram supostas irregularidades ocorridas em licitação realizada pelo Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo (Cenop Logística São Paulo) do Banco do Brasil S.A., para o credenciamento de sociedades de advogados. O Ministro Benjamin Zymler, em voto revisor, salientou que o modelo de contratação efetuado pelo Banco do Brasil não poderia ser classificado como credenciamento. Em seu entendimento, *“o credenciamento é hipótese de inviabilidade de competição não expressamente mencionada no art. 25 da Lei 8.666/1993 (cujos incisos são meramente exemplificativos). Adota-se o credenciamento quando a administração tem por objetivo dispor da maior rede possível de prestadores de serviços”*. Nessa situação, afirmou que *“a inviabilidade de competição não decorre da ausência de possibilidade de competição, mas sim da ausência de interesse da administração de restringir o número de contratados”*. No caso concreto, entende o revisor, existe a possibilidade de competição, *“mas não há interesse da administração de contratar número significativo de escritórios”*. Nesses termos, concluiu que *“o modelo adotado pelo Banco do Brasil não pode ser classificado como credenciamento, pois desatende o requisito essencial, qual seja, maximizar o número de prestadores de serviços, atendidos os requisitos mínimos estipulados em edital”*. Assim, a par das irregularidades enumeradas no voto revisor (não adoção de uma das modalidades de licitação previstas em lei; previsão de contratação simultânea de mais de um licitante para o mesmo objeto; não adoção do contrato administrativo disciplinado na Lei 8.666/93, dentre outras), o Plenário, com a anuência do relator, acatou a proposta revisora, concedendo medida cautelar *inaudita altera pars* e determinando *“a suspensão do certame (...) por não observar as disposições relativas às licitações previstas na Lei 8.666/1993, bem assim aquelas que regem os contratos administrativos”*, bem como a oitiva da entidade. **Acórdão 3567/2014-Plenário, TC 018.515/2014-2, revisor Ministro Benjamin Zymler, 9.12.2014.**

É importante destacar que a inviabilidade de competição com respaldo no caput do art. 25 somente será configurada se a empresa apresentar atestado de capacidade técnica relacionado a serviços de levantamento planialtimétrico cadastral para regularização fundiária ou com características semelhantes.

Consta no prejulgado a ressalva no sentido de que a contratação por meio de credenciamento somente será cabível:

“quando aberto a todos os interessados” e desde que os requisitos, cláusulas e condições sejam preestabelecidos e uniformes, inclusive quanto à forma de remuneração fixada pela Administração, vinculação ao termo que autorizar o credenciamento, responsabilidade das partes, vigência e validade, casos de rescisão e penalidades, bem como o foro judicial, devendo haver publicação resumida da contratação.”



Assim, aduzo que o credenciamento poderá ocorrer quando uma alternativa de contratar não for excludente de outras, mesmo diante da imposição de requisitos mínimos. Nessa situação, verifica-se a inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição, tendo em vista que todos os interessados que satisfaçam os requisitos previamente estabelecidos no edital devem ser credenciados pela Administração. A utilização desse instituto encontra-se condicionada aos princípios que informam a Lei de Licitações e, por ser excepcional, deve ser justificado pelo administrador.

III- CONCLUSÃO.

Finalizando os estudos, temos que de acordo com o art. 26 da Lei nº. 8.666/93, as inexigibilidades de licitação e as dispensas previstas nos §§ 2o. e 4º. do art. 17 e nos incisos III e seguintes do art. 24, devem ser sempre devidamente justificadas pelo órgão que as requisitou, e submetidas à autoridade superior para ratificação no prazo de três dias. Após essa ratificação, o ato deve ser publicado em até cinco dias, para que tenha eficácia.

Assim sendo, ante todo o exposto, OPINA esta Consultoria Jurídica, no caso do chamamento público para credenciamento de empresas especializadas em regularização fundiária, deverá ser realizada a contratação direta com as empresas que demonstrarem a notória capacidade para realização dos serviços, para caracterização de inexigibilidade de licitação, feito o chamamento público e o credenciamento das empresas interessadas.

Uma vez adotadas as recomendações aqui assinaladas e se abstendo, obviamente, da apreciação dos aspectos inerentes à conveniência e oportunidade, opina-se pela continuidade do processo.

É o parecer, à superior apreciação.

PROCURADORIA ADJUNTA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E AFINS DE
LUZIÂNIA/GO, aos dias 23 de agosto de 2023.

TATIELLY DOS SANTOS ISSA

Procuradora Adjunta de Licitações, Contratos e Afins
OAB/GO 49.189