ANÁLISE DE ACÓRDÃO

CONCESSÃO DE USO DE ESPAÇO FÍSICO E BENS PARA EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE RESTAURANTE E LANCHONETE. Processo Licitatório. Modalidade de Licitação. Pregão. Possibilidade. Análise do Acórdão 2844-40/2010-P do TCU

Washington Luís Batista Barbosa[1]

O presente artigo tem por objetivo avaliar a possibilidade de utilização da modalidade pregão para as concessões de uso de espaço físico e bens pela Administração Pública. O cerne da questão está em analisar a amplitude da decisão da Corte de Contas Federal, bem como perquirir a intenção do legislador ao determinar, no artigo 17 da Lei de Licitações, a obrigatoriedade de se utilizar da modalidade concorrência para as concessões de direito real de uso de bens imóveis. Assim, abordar-se-á o tema nos tópicos: Conceituação das diferentes formas de concessão; e análise da amplitude da decisão do TCU. Sendo este o escopo do presente trabalho é o que se passa a expor.

CONCEITUAÇÃO DAS DIFERENTES FORMAS DE CONCESSÃO

Preliminarmente deve-se relembrar as definições doutrinárias acerca

[1] *WASHINGTON LUÍS BATISTA BARBOSA é especialista em Direito Público e em Direito do Trabalho, MBA Marketing e MBA Formação para Altos Executivos;*
Desempenhou várias funções na carreira pública e privada, dentre as quais: Assessoria Jurídica da Diretoria Geral e Assessoria Técnica da Secretaria Geral da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho; Diretor Fiscal da Procuradoria Geral do Governo do Distrito Federal, Cargos de Alta Administração no Conglomerado Banco do Brasil.
Coordenador dos Cursos Jurídicos do Gran Cursos – Escola para Concursos Públicos;
Editor do blog www.washingtonbarbosa.com e www.twitter.com/wbbarbosa;
Autor de vários artigos publicados em revistas especializadas.

das modalidades de concessão de uso de bens públicos. Neste sentido, cita-se o mestre Ivan Barbosa Rigolin[2]:

> Desconhece, por óbvio, que existem, dentro do direito administrativo nacional, quatro espécies de contratos administrativos de concessão, sejam:
> de obra pública, que em certos casos ganhou novo rótulo na Lei nº 8.987/94, art. 2º, inc. III([3]), mas que continua sendo e devendo ser disciplinada por legislação local;
>
> de serviço público, referido na Constituição, art. 175, parágrafo único, inc. I, e disciplinado para a União na Lei nº 8.987, de 13/2/94, e para cada Estado na sua Constituição e nas suas leis, e para cada Município na sua lei orgânica e nas suas leis;
> de uso de bem público, que não tem menção na Constituição Federal e que é disciplinado em cada ente federado exclusivamente por sua legislação; e
> de direito real de uso, disciplinado pelo art. 7º, do Decreto-lei federal (porque os existiram estaduais, mesmo contra dispositivo constitucional federal) nº 271, de 28/2/67.

A matéria recebeu tratamento em diplomas jurídicos diversos ao longo do tempo, destacando-se os seguintes:

Decreto-Lei nº 9.760/46:

Art. 64. Os bens imóveis da União não utilizados em serviço público poderão, qualquer que seja a sua natureza, ser alugados, aforados ou **cedidos**.

§ 3º A **cessão** se fará quando interessar à União Concretizar, com a

---

[2] *Artigo Licitações e Contratos – Algumas Curiosidades III, Boletim de Administração Pública Municipal, da Fiorillli, jan/04, p. 68; Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública, jan/04, p. 3.185; Doutrina Adcoas, maio/04, 1ª quinzena, p. 180; Revista do TCDF, 2.004, Doutrina, p. 193,*

3 É a concessão de serviço público precedida de execução de obra pública, referida no inc. III, do art. 2º, da Lei federal nº 8.987/94, a lei das concessões de serviço público, nem sempre é a mesma concessão de obra pública conhecida do direito administrativo, porque ainda nos dias de hoje é possível ao poder público contratar a particulares a execução de uma obra pública a ser remunerada por pedágio durante alguns anos, como o caso de uma ponte, sem o envolvimento de qualquer serviço público. A isso se chama e sempre se chamou concessão de obra pública, antes da lei das concessões de serviço público, depois dela ou apesar dela. Mas aqui também o legislador federal foi por demais grosseiro para entrever a diferença. Só lhe interessou inovar, alterar o direito, jamais se dando conta de que a grande maioria das concessões de obra pública simplesmente passou ao largo das definições do art. 2º, da Lei nº 8.987. Assim, o Estado de São Paulo mantém a sua lei disciplinadora dessa espécie de concessões, que é a Lei nº 7.835, de 8 de maio de 1.992. A grosseria do legislador federal neste assunto não o contaminou.

permissão da utilização gratuita de imóvel seu, auxílio ou colaboração que entenda prestar.

Art. 125. Por ato do Govêrno, e a seu critério, poderão ser **cedidos**, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos neste Decreto-lei, imóveis da União aos Estados, aos Municípios, a entidades educacionais, culturais ou de finalidades sociais e, em se tratando de aproveitamento econômico de interêsse nacional, que mereça tal favor, a pessoa física ou jurídica.

Art. 126. Nos casos previstos no artigo a cessão se fará mediante têrmo ou contrato, de que expressamente constarão as condições estabelecidas, e tornar-se-á nula, independentemente de ato especial, se ao imóvel, no todo ou em parte, fôr dada aplicação diversa da que lhe tenha sido destinada.

Decreto-Lei nº 178/67:

Art. 1º Por ato do Govêrno e a seu critério, poderão ser **cedidas**, gratuitamente, ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-lei nº 9.760, de 5 9-1946, imóveis da União, aos Estados, aos Municípios, a entidades educacionais, culturais ou de finalidades sociais, e, em se tratando de aproveitamento econômico de interêsse nacional que mereça tal favor, pessoa física ou jurídica.

Decreto-Lei nº 271/67

Art. 7º É instituída a **concessão de uso** de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interêsse social.

§ 1º A **concessão de uso** poderá ser contratada, por instrumento público ou particular, ou por simples têrmo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial

Lei nº 8.666/93

Art. 17, § 2º. A Administração poderá **conceder o direito real** de uso de bens imóveis, dispensada a licitação, quando o uso se destina a outro órgão ou entidade da Administração Pública.

Lei nº 9.636/98:

"Art. 18. A critério do Poder Executivo poderão **ser cedidos**, gratuitamente ou em condições especiais, sob quaisquer dos regimes previstos no Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, imóveis da União..."

I - Estados, Municípios e entidades, sem fins lucrativos, de caráter educacional, cultural ou de assistência social;

II - pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional, que mereça tal favor.

§ 5º A **cessão**, quando destinada à execução de empreendimento de fim lucrativo, será onerosa e, sempre que houver condições de competitividade, deverão ser observados os procedimentos licitatórios previstos em lei.

Art. 20. Não será considerada utilização em fim diferente do previsto no termo de entrega, a que se refere o § 2º do art. 79 do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, a cessão de uso a terceiros, a título gratuito ou oneroso, de áreas para exercício de atividade de apoio, definidas em regulamento, necessárias ao desempenho da atividade do órgão a que o imóvel foi entregue.

Da Permissão de Uso

Art. 22. A utilização, a título precário, de áreas de domínio da União para a realização de eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional, poderá ser autorizada, na forma do regulamento, sob o regime de permissão de uso, em ato do Secretário do Patrimônio da União, publicado no Diário Oficial da União.

Decreto nº 3.725/2001

"Art. 11. § 2º. Havendo necessidade de destinar imóvel para uso de entidade da Administração Federal Indireta, a aplicação far-se-á sob o regime da cessão de uso".

"Art. 12. Não será considerada utilização em fim diferente do previsto no termo de entrega, a que se refere o § 2º do art. 79 do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, **a cessão de uso a terceiros, a título gratuito ou oneroso**, de áreas para exercício das seguintes atividades de apoio necessárias ao desempenho da atividade do órgão a que o imóvel foi entregue:

I – **posto bancário**;

II – posto de correios e telégrafos;

III – restaurante e lanchonete;

IV – central de atendimento à saúde;

V – creche; e

VI – **outras atividades** similares que venham a ser consideradas necessárias pelos Ministros de Estado, ou autoridades com competência equivalente nos Poderes Legislativo e Judiciários, responsáveis pela administração do imóvel.

Parágrafo Único. As atividades previstas neste artigo destinar-se-ão ao atendimento das necessidades do órgão cedente e de seus servidores.

Portaria nº 05/2001 da da Secretaria de Patrimônio da União – SPU

Art. 1º. **A cessão de uso** de áreas para o exercício de atividades de apoio necessárias ao desempenho da atividade do órgão a que o imóvel foi entregue obedecerá às condições previstas no termo de cessão contido no Anexo a esta Portaria.

Art. 3º. **Não serão** submetidas ao regime de cessão de uso oneroso as cessões realizadas em favor de entidades da Administração Pública Federal direta ou indireta no cumprimento de suas atividades institucionais.

Portaria nº 144/2001 do Ministério de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão

Art. 2º As cessões de uso gratuito ou em condições especiais de imóveis da União deverão observar as seguintes destinações:

I – ao uso no serviço público, para os seguintes fins:

a)a fundações e autarquias que integram a Administração Pública Federal, e

b) a empresas públicas e sociedades de economia mista com controle acionário majoritário da União, **para afetação aos seus fins institucionais**;

II – a Estados e Municípios, para os seguintes fins;

III – a entidades sem fins lucrativos, de caráter educacional, cultural ou de assistência social, para os seguintes fins;

Como se vê há uma diferença entre as chamadas: Concessão de uso de Bem Público e a Concessão de Direito Real de Uso. A primeira, mais afeta ao tema em análise, é instrumento similar às locações do Direito Privado[4]; enquanto a segunda, que se subsume aos ditames do art. 17 da Lei n.º 8.666/1993, esta é ligada diretamente à possibilidade de alienação de bem público, muito utilizada nos programas habitacionais e de incentivos à atividade produtiva.

A concessão de uso, ao contrário das demais formas de utilização de bens públicos por particulares, prescinde de lei específica para regulá-la. Geralmente este ato concede o uso de terrenos públicos de forma remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo de terra, ou em outras modalidades de interesse social. Este conceito é clarificado no artigo 7º, do Decreto-Lei n.º 271/1969, com redação dada pela MP n.º 292, de 26/04/2006.

Pode-se destacar como distinção entre a concessão de uso e a concessão do

[4] *Embora o Decreto-Lei Federal 9.760, de 5.9.46, se refira a locação de imóveis da União, não nos parece que os bens públicos possam ser alugados nos moldes do Direito Privado. O que a lei federal denominou impropriamente de "locação" nada mais é que concessão remunerada de uso dos bens do domínio público patrimonial, instituto, esse, perfeitamente conhecido e praticado pela Administração Pública dos povos cultos e regido por normas próprias do Direito Administrativo. MEIRELLES, Hly Lopes. Direito Administrativo Brasileiro; Malheiros Editores, 23ª, p. 422.*

direito real de uso o fato de que a primeira é um contrato pessoal, intuito personae, centrado no campo das obrigações pessoais. Nele uma parte compromete-se a realizar certa e determinada obrigação em benefício de outra. De outro lado, na segunda, a relação jurídica estabelecida é de direito real, independendo para o seu exercício da colaboração de outrem e conferindo a seu titular a possibilidade de buscar a coisa aonde quer que se encontre, para sobre ela exercer seu direito.[5]

Por fim, poder-se-ia afirmar que a concessão de direito real de uso é um contrato celebrado entre a Administração e um terceiro, pelo qual o contratado terá o direito real sobre o bem, tendo, entretanto, de utilizá-lo para o fim contratual específico, sob pena de o contrato ser resolvido, falando-se, portanto, em direito real resolúvel.

Após estas considerações, fica clara a intenção do legislador federal ao exigir licitação prévia na modalidade concorrência para as concessões de direito real de uso, pois se trata de um ato similar a um ato de alienação de bem imóvel público. Diferentemente, quando se fala em um contrato de concessão de uso, neste não há a mesma pseudo-alienação de bem imóvel público do anterior, o que leva à prescindibilidade da licitação na modalidade concorrência.

a) Análise da amplitude da decisão do TCU

Superada a análise dos conceitos e definições sobre as diversas formas de concessão previstas no ordenamento jurídico nacional, há de se perquirir a amplitude da decisão do Tribunal de Contas da União, exarada no Acórdão 2844-40/2010-P, por meio de seu Tribunal Pleno, em 27/10/2010, e publicada no DOU de 01/11/2010.

A referida decisão teve origem em representação ofertada pela Casa Refeições Congeladas – ME contra a Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO, em razão de possíveis irregularidades que teriam lugar no âmbito do Pregão Presencial n.º 030/GRAD-3-SGBR/2010, cujo objeto é a concessão de uso de área da INFRAERO destinada à instalação e exploração comercial de chocolateria.

5 *RODRIGUES, Sílvio Direito Civil, 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 5, p. 5.*

Interessa, neste momento, o questionamento acerca da possibilidade de utilização da modalidade pregão como procedimento licitatório para adjudicação do objeto.

Permita-se transcrever os principais pontos analisados no Acórdão do TCU:

> a) Ausência de previsão legal para licitação de concessão de espaço público por meio de pregão, devendo ser aplicada a modalidade concorrência pública;

Neste ponto o assunto já foi objeto de análise deste trabalho, para o que se pede reler o articulado acima.

> b) Possibilidade de utilização do critério de julgamento maior oferta para a modalidade de licitação pregão;
>
> Citando o voto condutor do Acórdão 3042/2008, Plenário, Sessão de 10/12/2008, o TCU entendeu que o fato de não estar previsto no regulamento do pregão o tipo *maior preço* não impede que haja inovação no procedimento, dada a natureza e complexidade do objeto a ser contratado e os constantes posicionamentos assumidos por aquela Corte Maior de Contas ao considerar a dimensão do princípio da eficiência, sua aplicação ao caso concreto, e o interesse público. Cita ainda, o administrativista Marçal Justen Filho: *Insiste-se em reafirmar, nesse ponto, que a regra do §8º deve ser interpretada em termos. Nada impede que a Administração produza modalidades inovadoras, inclusive combinando soluções procedimentais, para a promoção de contratos não abrangidos no âmbito específico da Lei n.º 8.666 (...) Também não há impedimento em que sejam adotados procedimentos competitivos próprios a propósito de contratações diretas, em que a Administração sequer estaria obrigada a adotar uma das modalidades licitatórias típicas."*
>
> Ainda, sugere que se observe, os exatos termos do Acórdão 3042/2008: *a adoção de critério de julgamento de propostas não previsto na legislação do Pregão, do tipo maior valor ofertado para o objeto ora em questão, somente será admissível, em princípio, em caráter excepcional, tendo em vista o relevante interesse público da aplicação deste critério alternativo para o atingimento dos objetivos institucionais do ente público e como mecanismo concretizador do princípio licitatório da seleção da oferta mais vantajosa para a Administração. Tal especificidade deve obrigatoriamente ser motivada e justificada pelo ente público no processo relativo ao certame, além de ter demonstrada sua viabilidade mercadológica.*

Ainda afirma que: *a utilização do pregão, nas licitações voltadas à outorga de concessões de uso de área comerciais em aeroportos, atende perfeitamente aos objetivos da Infraero e ao interesse público, possibilitando decisões em que se preserva a isonomia de todos os interessados e os interesses da Administração na obtenção da melhor proposta. A alegada falta de disciplina legal específica não compromete a legalidade ou a pertinência da utilização do instrumento, talhado à perfeição para a finalidade de concessão de uso de áreas comerciais. Aliás, todas as normas legais atinente ao pregão, permitem sua geral utilização para as finalidades de todos os órgãos da Administração Pública, nos exatos termos de suas disposições.*

Por fim, conclui: *pelo visto, no plano puramente legal do direito objetivo, não há modificação em relação à situação então examinada pelo Tribunal. Sem a adição de lei nova que discipline tais concessões de uso, não resta à Infraero alternativa que a aplicação das leis vigentes, atinente a contratos e licitações públicas, no que forem cabíveis, haja vista que a contratação em tele não visa à aquisição de bens ou serviços.*

c) Utilização da analogia para se criar uma modalidade sue generis de licitação

Neste sentido, correto o procedimento da Infraero. A empresa nada mais fez do que buscar a aplicação da lei que instituiu o pregão – instrumento conhecido por sua maior agilidade e eficiência – para as licitações de concessão de uso de área comercial.
A legislação sobre contratações públicas volta-se essencialmente para os contratos que geram dispêndios, ou seja, contratos de aquisição de bens e serviços, havendo pouca disciplina sobre os ajustes que geram receitas para a Administração Pública.
Daí por que, em se tratando de contratos de geração de receita, a utilização da legislação em vigor não prescinde da analogia.
No caso concreto, a licitação na modalidade pregão, com critério de julgamento na maior oferta, não constitui utilização de critério de julgamento não previsto em lei, mas, sim, a utilização de critério legalmente estabelecido e plenamente adequado ao objeto do certame, com a utilização do instrumento legal mais especialmente pertinente para os objetivos da Administração.
...
Assim sob a ótica da consecução do interesse público, os procedimentos licitatórios adotados pela Infraero par a concessão de áreas aeroportuárias se mostram especialmente louváveis, porque concretizam os princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade, moralidade, dentre outros.
...
Para a concretização dos imperativos constitucionais da isonomia e da melhor proposta para a Administração, a Infraero deve evoluir dos pregões presenciais, para a modalidade totalmente eletrônica, que dispensa a participação física e o contato entre os interessados.

A primeira questão que salta aos olhos é: a decisão da Corte de Contas estaria adstrita ao caso da Infraero?

A fundamentação do R. Acórdão não se restringiu à análise do caso da Infraero, ao contrário e conforme se pode facilmente depreender dos trechos listados acima. Tanto o voto do Ilustre Relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, bem como a declaração de voto de Sua Excelência o Ministro Benjamin Zymler, trouxeram como argumento os princípios do Direito Administrativo e, sem abandonar o caso concreto sob análise, detiveram-se sobre sua aplicação em abstrato.

Somente para ilustrar as afirmações acima, transcreve-se:

> No caso das concessões de áreas de uso comercial, especialmente que não demandam investimentos em benfeitorias, o objeto licitado pode ser, com facilidade, objetivamente definido. Além disso, a disputa pela concessão do referido espaço pode ser realizada, de forma conveniente, por meio de propostas e lances em sessão publica. A única adaptação necessária e natural será, pois, a seleção do licitante que oferecer o maior valor pela concessão, em vez do menor preço. (declaração de voto do Ministro Benjamin Zymler) (grifou-se)

Atente-se que o Ministro Zymler faz questão de falar de maneira a generalizar o entendimento. Do contrário, falaria das concessões especificamente de áreas em aeroportos, e não de áreas de uso comercial. Sem falar que, a utilização da palavra "especialmente" antes da qualificação das áreas que não demandam investimentos leva o intérprete a um entendimento ampliativo da afirmação, conforme reza a hermenêutica jurídica.

No mesmo sentido o voto do Ministro Relator, principalmente quando traz à baila trechos do Acórdão 3042/2009, referente a uma consulta do Exmo. Ministro de Estado da Previdência Social acerca da possibilidade de inovação no modus operandi do procedimento licitatório de forma a viabilizar a utilização de pregão eletrônico com tipo Maior Preço.

Por fim, cite-se trechos da fundamentação no mesmo sentido:

> ... a utilização do pregão, nas licitações voltadas à outorga de

> concessões de uso de área comerciais em aeroportos, atende perfeitamente aos objetivos da Infraero e ao interesse público, possibilitando decisões em que se preserva a isonomia de todos os interessados e os interesses da Administração na obtenção da melhor proposta.
> ...
> Assim sob a ótica da consecução do interesse público, os procedimentos licitatórios adotados pela Infraero par a concessão de áreas aeroportuárias se mostram especialmente louváveis, porque concretizam os princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade, moralidade, dentre outros.

Outra questão que poderia surgir é o fato de ser uma única decisão sobre o tema, além de ser relativamente recente. Não obstante deve-se considerar ter sido uma decisão do Plenário da Corte, que contou com a presença dos Ministros Ubiratan Aguiar, Valmir Campelo, Walton Alencar, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, José Jorge e José Múcio Monteiro. Destaque-se, ainda, a presença dos auditores Weder de Oliveira, Marcos Bemquerer e André Luis de Carvalho.

Cumpre, ainda, observar que ao pesquisar o tema não se encontra nenhuma posição em contrário, ou mesmo tergiversação sobre hipóteses opostas à decisão. A única manifestação que aborda de maneira tangencial o assunto versa somente da natureza jurídica do instrumento contratual para formalização da concessão de uso. Transcreve-se:

q

Ressalte-se que o Relator do Acórdão transcrito estava presente na sessão que aprovou o voto aquiescente da utilização da modalidade pregão eletrônico para concessão de uso. Tal fato demonstra que não existe contradição entre as duas decisões, mas sim uma complementaridade.

Ante o exposto e considerando que:

a) natureza jurídica da concessão de direito real de uso é diferente da natureza jurídica de concessão de uso;

b)o artigo 17 da Lei de Licitações obriga o uso da modalidade de concorrência para concessão de direito real de uso;

c) o caso sob exame é de concessão de uso de espaço físico e bens, e por conseguinte não se subsume à exigência do Diploma Licitatório;

d) a intenção do legislador federal é exigir licitação prévia na modalidade concorrência para as concessões de direito real de uso, pois se trata de um ato similar a um ato de alienação de bem imóvel público. Diferentemente, quando se fala em um contrato de concessão de uso, neste não há a pseudo-alienação de bem imóvel público do primeiro, o que leva à prescindibilidade da licitação na modalidade concorrência;

e) a decisão do Tribunal de Contas da União exarada no Acórdão 2844-40/2010-P, por meio de seu Tribunal Pleno, no dia 27/10/2010, e publicada no DOU de 01/11/2010 que considera plena e legal a utilização da modalidade pregão para licitação destinada à outorga de uso de áreas comerciais em aeroportos;

f) não se encontra nenhuma posição em contrário, ou mesmo tergiversação sobre hipóteses contrárias à decisão da Corte de Contas. A única manifestação que aborda de maneira tangencial o assunto, trata somente da natureza jurídica do instrumento contratual para formalização da concessão de uso;

g) o voto do Ministro Relator e a Declaração de Voto constante do Acórdão do TCU analisaram a questão de maneira ampla permitindo a sua utilização pela Administração Pública e não somente no caso concreto; e que

h) a utilização da modalidade pregão para escolha da melhor proposta no caso sob análise, atende o interesse público, ao concretizar os princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade e moralidade.

Entende-se que a Administração Pública não somente poderá, mas, sobretudo, DEVERÁ adotar a modalidade Pregão para os procedimentos licitatórios de cessão de uso de espaço, sendo necessário para isso tão somente providenciar a adaptação necessária e natural para a seleção da proposta vencedora, saindo daquela que oferecer o menor preço para aquela que ofereça o maior valor.