



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS  
CÂMARA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTOS CONSULTIVOS  
PLENÁRIO-CNU-DECOR-CGU/AGU

---

**Parecer-Plenário nº 01/2016/CNU-Decor-CGU/AGU (22/06/2016)**

**PROCESSO: 00402.000662/2015-41**

**INTERESSADOS: CONSULTORIA JURÍDICA DA UNIÃO NO ESTADO DE PERNAMBUCO - CJU/PE; CONSULTORIA JURÍDICA DA UNIÃO NO ESTADO DE SÃO PAULO - CJU/SP; E DEMAIS UNIDADES CONSULTIVAS.**

**ASSUNTO: CESSÃO DE USO DE IMÓVEIS ADMINISTRADOS PELA UNIÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE APOIO.**

**ORIENTAÇÃO NORMATIVA CNU/CGU nº 01, de 22 de junho de 2016**

“Na cessão de uso de imóvel administrado pela União, para fins de prestação de serviços comuns em favor de servidores públicos e administrados, é obrigatória a modalidade licitatória pregão, preferencialmente eletrônico, tendo em vista que estes são o verdadeiro objeto contratual. Caso constatada a inviabilidade da forma eletrônica, deverá ser utilizada, excepcionalmente, a forma presencial, desde que por ato fundamentado em justificativas concretas e detalhadas.”

**Referências:** Art. 37, caput, da Constituição Federal; art. 1º, da Lei nº 10.520/02; art. 4º do Decreto nº 5.450/05; art. 4º, inciso X, da Lei nº 10.520/02; art. 2º, do Decreto nº 5.450/05; Decreto nº 5.940/2006; Lei nº 8.245/91; Parecer nº 117/2010/DECOR/CGU/AGU; Acórdão nº 478/2016-TCU-Plenário; Acórdão 187/2008-TCU-Plenário; Acórdão nº 2.844/2010-TCU-Plenário; Acórdão nº 2.050/2014-TCU-Plenário; Acórdão nº 289/2015-Plenário.

**EMENTA**

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CESSÃO DE USO DE IMÓVEIS ADMINISTRADOS PELA UNIÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNS DE APOIO. MODALIDADE LICITATÓRIA ADEQUADA. PREGÃO. FORMA ELETRÔNICA PREFERENCIAL.

1. A controvérsia, cuja solução contou com a manifestação de vinte e uma unidades consultivas, cinge-se à definição da modalidade licitatória a ser utilizada para fins de cessão de uso de imóveis administrados pela União, cujo desiderato é a prestação de serviços de apoio que sejam enquadráveis como comuns.
2. A prestação de serviços de apoio, de natureza comum, constitui o verdadeiro objeto contratual, ao passo que a cessão é apenas elemento, acessório e necessário, por intermédio do qual será alcançada a consecução do objetivo principal, que é a prestação de serviços que supram as necessidades dos servidores e administrados.
3. As cessões de uso de imóveis para prestação dos referidos serviços não se confundem com os corriqueiros contratos de prestação serviços voltados para a própria Administração - normalmente com mão-de-obra terceirizada, nos quais constam, eventualmente, a disponibilização de espaço para trabalhos e atividades da contratada. É que a cessão de uso, para o fim específico de prestação de serviços de apoio, detém traços peculiares e *sui generis*, conforme se extraem deste opinativo.
4. Não se vislumbram óbices intransponíveis que impeçam a definição, nos editais de licitações, de padrões de desempenho e qualidade razoáveis e objetivos, com base em especificações usuais no segmento mercadológico, razão pela qual os serviços de apoio enquadram-se no conceito de serviços comuns, o que atrai a incidência do art. 1º, da Lei nº 10.520/02.

5. Para a consecução do objeto em exame, é obrigatória a utilização do pregão, com fulcro no art. 4º do Decreto nº 5.450/05, a qual não se submete a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública ou a razões de puro pragmatismo governamental, fundadas na conveniência ou mera oportunidade, sob pena de comprometer a eficácia dos princípios da impessoalidade e eficiência, impregnados de estatura constitucional e que filtram as demais disposições normativas.

6. Por conseguinte, não são cabíveis as demais modalidades licitatórias convencionais, previstas na Lei nº 8.666/93. Caso constatada a inviabilidade da forma eletrônica, deverá ser utilizada, excepcionalmente, a forma presencial, desde que por ato fundamentado em justificativas concretas e detalhadas, rigidamente sindicáveis pelos órgãos de controle competentes.

7. Nos termos do art. 4º, inciso X, da Lei nº 10.520/02, combinado com o art. 2º, do Decreto nº 5.450/05, e em virtude de o objeto almejado ser a prestação de serviços de apoio, o critério de julgamento por menor preço não guarda incompatibilidade em virtude da presença acessória da cessão de uso de imóveis administrados pela União.

8. Consequentemente, as receitas atinentes à cessão de uso de imóvel deverão ser prefixadas nos editais. Além disso, o Poder Público não poderá arcar com despesas (v.g. água, luz, telefone, internet, entre outras) em benefício do prestador de serviços, sendo imperiosa a prévia desvinculação, a fim de possibilitar a aferição autônoma dos gastos. No entanto, por ato administrativo fundamentado e em situações de justificada inviabilidade imediata da individualização, há que se observar o disposto no Acórdão 187/2008-TCU-Plenário, a respeito do reembolso das despesas, sob pena de 'subsídio indevido' aos ocupantes dos espaços, o que impõe prévio estudo técnico específico a respeito de gastos dessa natureza, que decorrem da utilização do bem.

9. O contratado deve cumprir as disposições normativas, no que couber, da Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91), além do Decreto nº 5.940/2006, que institui a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, na fonte geradora, e a sua destinação às associações e cooperativas dos catadores de materiais recicláveis.

10. O Parecer nº 117/2010/DECOR/CGU/AGU que, entre outros pontos, entendeu pela adoção das modalidades tradicionais previstas na Lei nº 8.666/93, resta parcialmente superado pelo novel entendimento que insere a temática, obrigatoriamente, no regime jurídico do pregão. Na mesma linha, o Manual de Licitações e Contratações Administrativas da Consultoria-Geral da União deverá ser atualizado.

## I - RELATÓRIO

1. Os autos demonstram a existência de controvérsia jurídica, quanto à utilização da modalidade licitatória adequada (v.g. convite ou pregão), para fins de cessão de uso de imóveis administrados pela União com o fito de prestar serviços, que possam ser caracterizados como comuns, em benefício dos seus servidores e administrados.

2. Desse modo, o pedido de uniformização de entendimento jurídico foi efetivado em decorrência do uso de modalidades licitatórias diversas pelas Consultorias Jurídicas nos Estados de Pernambuco e São Paulo, quando da cessão de imóveis administrados pela União para prestação de serviços de apoio e comuns (v.g. barbearia, alfaiataria, entre outras). De modo mais específico, os referidos bens estão sujeitos à administração do Ministério da Defesa e dos Comandos das Forças Singulares.

3. Desse modo, fora sugerida a oitiva de todas as Consultorias Jurídicas presentes nos Estados, exceto São Paulo e Pernambuco, bem como da Consultoria Jurídica no Ministério da Defesa, com o desiderato de colher subsídios e argumentos, além de conferir ampla legitimidade à uniformização a ser realizada.

4. Afinal, se as demais Consultorias Jurídicas se depararam com questões semelhantes à submetida a este Departamento, seus argumentos e experiências certamente contribuirão para uma uniformização que leve em consideração suas razões e perspectivas.

5. Nessa linha, vinte e uma consultorias jurídicas responderam à solicitação, o que demonstra a relevância do tema, bem como o interesse das unidades consultivas em seu deslinde. Com efeito, é importante relatar, sucintamente, os argumentos alinhavados pelos órgãos, em ordem cronológica de apresentação.

6. A CJU/TO informou que a modalidade convite tem sido utilizada, conforme pareceres anteriores, mas realizou as seguintes ponderações: a) aquela modalidade dá margens para fraudes e manipulações com mais facilidades, ao contrário do pregão eletrônico (v.g. caso do "mensalinho" no restaurante da Câmara dos Deputados); em regra, o interesse da Administração é de que os serviços sejam prestados mediante o pagamento de preço mais módico possível (v.g. menor valor de serviços de barbearia, do kilo da refeição, entre outros); o pregão eletrônico é totalmente impessoal e objetivo, independentemente de rede de relacionamentos pessoais.

7. Por outro lado, a CJU/AC defendeu os seguintes argumentos: a) o cabimento das modalidades convencionais, dentre elas o convite, nos termos dos arts. 22 e 23, da Lei nº 8.666/93; b) a Decisão 17/2001-Plenário do Tribunal de Contas da União nesse sentido; c) inaplicabilidade do pregão às cessões de uso, porquanto é destinado, segundo o art. 1º, da Lei nº 10.520/02, à aquisição de bens e serviços comuns; d) a cessão é instrumento administrativo por meio do qual a administração autoriza/permite/concede o uso de seu espaço físico a outrem, sem aquisição de bens ou prestação de serviços em favor da administração; e) a própria Lei nº 10.520/02 define bens e serviços comuns como "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado"; f) impossibilidade de definição dos padrões de desempenho e qualidade a serem objetivamente definidos no edital ou quais seriam as especificações usuais no mercado, no âmbito das cessões de uso; g) não há contratação, ou seja, a administração não paga pela cessão, e sim o recebimento de quantias para permitir que o particular explore o espaço físico; h) e, por fim, o art. 4º, inciso X, da Lei nº 10.520/02, c/c o art. 2º, do Decreto nº 5.450/05, determinam que o único critério de julgamento possível, no âmbito do pregão, é o de menor preço, sendo que a administração não obteria qualquer tipo de vantagem e arcaria com o ônus da depreciação de suas dependências físicas.

8. A CJU/MS demonstrou a existência de controvérsia no bojo do próprio núcleo consultivo, sendo imperioso citar os seguintes posicionamentos: a) a unidade sempre aceitou a modalidade convite; b) existência de equívoco na determinação do objeto, porque tem por objetivo a "cessão de uso" para a exploração de serviços de barbearia (v.g. cantina, banca de revistas, posto bancário etc.), mas o que se pretende contratar é a prestação do serviço e, sendo a utilização do espaço elemento acessório do contrato principal, não constitui objeto próprio ou autônomo da licitação; c) a Lei nº 9.636/98 e o seu Decreto regulamentador nº 3.725/01 preveem que não será considerada como em fim diferente do previsto no termo de entrega, a utilização de áreas para exercício da atividade de apoio, necessárias ao desempenho da atividade do órgão a que o imóvel foi entregue; d) ausência de pretensão de exploração imobiliária por parte da Administração; e) o entendimento do Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes de que utilização da cessão de uso é equivocada, e dever-se-ia licitar o serviço, bem como constar do edital que seria prestado em local indicado e, posteriormente, no contrato de prestação do serviço, ser inserida cláusula autorizativa do uso, em caráter precário, mediante reembolso de despesas incidentes (v.g. água, luz, telefone); f) a cobrança dos valores pela cessão, às vezes, é simbólica e despreza o serviço em si, verdadeiro objeto que se pretende; g) há que se focar na maior vantajosidade (maior qualidade e menor preço) do serviço a ser prestado; h) cumpridas essas premissas, poder-se-ia utilizar o pregão presencial ou eletrônico; f) considerar se é mais vantajoso uniformizar o entendimento ou deixar uma margem para o administrador, considerando a juridicidade de ambos os entendimentos; g) o TCU tem utilizado o pregão eletrônico, mediante a fixação do valor da cessão, ocorrendo a disputa quanto ao valor do serviço; h) há órgãos assessorados que utilizam as modalidades convencionais, bem como apenas o convite, independentemente do valor; e i) seria desproporcional impor modalidade convencional conforme o valor, eis que a norma não prevê a cessão de uso de imóveis, e sim alienação.

9. A CJU/AM tem se manifestado pelo cabimento das modalidades convencionais, dentre elas, o convite, bem como a tomada de preços, conforme os arts. 22 e 23, da Lei nº 8.666/93. Afirma, na defesa deste posicionamento, que não há previsão legal para a utilização de pregão, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.520/02.

10. Por outro lado, a CJU/MG informou que se admite, regularmente, para fins de licitações atinentes às concessões de uso, as modalidades convencionais previstas na Lei nº 8.666/93 e, além disso, que: a) isso ocorre sem prejuízo dos termos da ON AGU nº 10/2011; b) o Tribunal de Contas da União, por meio dos Acórdãos nº 2.844/2010-Plenário e nº 2.050/2014-Plenário, admite a utilização do pregão em licitação do tipo "maior valor ofertado" para a concessão de uso de áreas comerciais; c) considerado o âmbito da discricionariedade do administrador, passou-se a recomendar, a partir dos precedentes, a motivação do órgão assessorado pela opção por uma das modalidades convencionais, em face da possibilidade de aplicação do pregão para a licitação da concessão remunerada de uso; e d) que não se tem notícia, até o presente momento, de órgão assessorado que tenha adotado esta modalidade.

11. A CJU/BA, a seu turno, pondera que não há óbices às modalidades convencionais de licitação, nem ao pregão. Assim, observa que a lei, ao instituir este último, não afastou as demais e, portanto, continuam aplicáveis quando o caso assim exigir. Por conseguinte, tem admitido, sem controvérsias, as modalidades convite e tomada de preços, a depender do valor, para as cessões de maior simplicidade como as barbearias, cantinas, botineiros, entre outros. Frisou, em um viés mais consequencialista, que são empreendimentos privados que não detêm estrutura para implementar um pregão, em razão da singeleza da atividade que praticam, normalmente exercida por pequenos empreendedores.

12. A CJU/RN alterou seu posicionamento e passou a admitir a utilização de pregão eletrônico ou concorrência, mas fez algumas ressalvas: a) foram verificados problemas de ordem operacional, tais como o acesso à internet pelos interessados, bem como a operacionalização do site "ComprasNet"; b) nos casos em que se busca o maior valor a se obter pelo espaço (v.g. agência bancária), o sistema não disponibiliza opção para "maior valor", ou seja, consta apenas o usual para fins de pregão eletrônico, que é o "menor valor"; c) a existência do Acórdão nº 289/2015-Plenário, o qual faculta a forma presencial quando não houver possibilidade técnica; e d) o valor despendido caso adotada a modalidade concorrência é maior, tendo em vista a necessidade de publicação em jornais de grande circulação; e) e que não há ilegalidade caso os gestores escolham as modalidades convencionais.

13. A CJU/PI, tal como salientado pela CJU/MS, realçou que "a análise da questão, com frequência, parte da premissa equivocada de que a Administração estaria a realizar uma simples cessão de área pública, de modo precário e oneroso em razão da exploração de atividade lucrativa". Nessa linha, ao entender pela obrigatoriedade da incidência da modalidade pregão, dispôs que: a) em se tratando da prestação de atividades de apoio de lanchonete/restaurante, cujo Decreto nº 3.725/01 e o art. 20, da Lei nº 9.636/98, consideram "necessárias ao desempenho da atividade do órgão", deve-se adotar a visão de que a Administração pretende não a cessão em si, mas a prestação de um serviço por parte de terceira pessoa; b) gera remuneração para a Administração Pública; c) o destinatário último da prestação dos serviços é o próprio Poder Público, que satisfaz suas necessidades pela disposição de serviço prestado aos seus servidores e demais pessoas com que se relaciona; c) se a cessão de uso fosse o núcleo central da contratação, a Administração não poderia estabelecer de forma irrestrita os requisitos próprios dos contratos administrativos, incluindo aí as denominadas cláusulas exorbitantes, que definem os requisitos mínimos de prestação dos serviços, a fiscalização, a aplicação das penalidades de advertência, multa, suspensão, declaração de inidoneidade, descredenciamento dos sistemas de participação em licitações (SICAF) e proibição de licitar e contratar com a União, em razão de descumprimento de cláusulas contratuais, porquanto a cessão propriamente dita envolve a fiscalização apenas da destinação exigida ao imóvel cedido; d) a Lei nº 9.636/98, não traz disciplina completa sobre a questão, vez que a cessão de que trata o seu art. 18 limita o instituto da cessão às hipóteses do Decreto-Lei nº 9.760/46, a saber: locação, aforamento ou cessão (art. 64), incluindo a concessão do direito real de uso, prevista no art. 7º do Decreto-Lei nº 271/67; e) os contratos denominados de cessão de uso destinados a restaurantes e lanchonetes devem ser considerados contratos de prestação de serviços comuns, onde a Administração não poderá atuar com o intuito de lucro, de modo que o critério de seleção da proposta mais vantajosa não poderá se basear exclusivamente no maior lance ou oferta, visto que tal situação geraria uma contraprestação pelo uso do espaço em valor superior ao de mercado e em detrimento do serviço prestado, que se tornaria demasiadamente oneroso para os consumidores diretos e, portanto, inútil ou ineficiente para a Administração, vez que não alcançariam os resultados ou as atividades pretendidas, a saber: as "necessárias ao desempenho da atividade do órgão"; f) o TCU, no Acórdão 1443/2006 - Plenário, determinou que os órgãos avaliem a incidência do referido critério de julgamento; g) a remuneração compete à prestadora dos serviços e, reconhecida a natureza comum desses serviços, vez que padronizados no mercado, tem-se a incidência do art. 4º, do Decreto nº 5.450/05, segundo o qual "nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica"; h) é imperiosa a definição de critérios que delineiem como o serviço será prestado; e i) os critérios para viabilizar a cessão seriam: (1) fixação do valor de mercado correspondente à locação da área a ser cedida; (2) inclusão das despesas pertinentes ao consumo/rateio de água, energia, limpeza, conservação e vigilância - dentre outros; (3) definição dos critérios de prestação dos serviços, de fiscalização e de aferição da satisfação dos consumidores diretos; (4) estipulação dos produtos e serviços mínimos que serão fornecidos e prestados durante o contrato; (5) fixação dos preços máximos aceitáveis dos produtos e serviços que serão comercializados; (6) licitação por meio de pregão, preferencialmente sob a forma eletrônica; (7) critério de classificação com base no menor preço, conforme os itens mínimos de produtos e serviços que serão comercializados, mencionados no Item 5 (Acórdão n. 1443/2006-Plenário).

14. A CJU/RO, de outra banda, tem aceitado qualquer uma das modalidades convencionais de licitação dispostas no artigo 22, da Lei nº 8666/93, a depender do valor e da conveniência da Administração, nos limites do artigo 23, *caput*, e especialmente o § 4º (quando couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência). Enfatizou, ainda, que: a) a Lei nº 9.636/98 dispõe, em seu artigo 18, §5º, que "*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*"; b) tem predominado, em Rondônia, pela simplicidade das necessidades dos órgãos, a modalidade convite; c) não vê problemas jurídicos em utilizar o pregão; d) o interesse público e a vantajosidade devem permear a cessão de uso onerosa (art. 3º, *caput*, da Lei 8.666/93; e) o art. 4º, inciso X, da Lei nº 10.520/02, c/c o art. 2º, do Decreto nº 5.450/05 determinam o critério de julgamento, qual seja o menor preço, o que parece não se coadunar com o objetivo da cessão em análise, pois a ideia, ao contrário, é buscar, também e em contrapartida, um maior preço a ser pago à Administração em razão da cessão, ao contrário do que normalmente se busca em um contrato administrativo, tanto que o critério de julgamento utilizado tem sido o da "maior oferta"; f) o art. 41, da Lei nº 9.636/98, dispõe que "será observado como *valor mínimo* para efeito de aluguel, arrendamento, *cessão de uso onerosa*, foro e taxa de ocupação, aquele correspondente ao custo de processamento da respectiva cobrança"; g) o art. 45, § 1º, da Lei nº 8.666/93, estatui que constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço; II - a de melhor técnica; III - a de técnica e preço. IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso; e h) a única forma de se utilizar o critério de maior lance ou oferta, conforme o dispositivo supracitado, seria a utilização das modalidades convencionais.

15. A CJU/SJC, com fulcro no Decreto nº 3.725/01 e no Acórdão TCU nº 2.844/10-Plenário, entende como adequada a modalidade pregão, sobretudo porque isso amplia a competitividade no certame, além de prevenir contra eventual arguição de direcionamento. Ademais, a possibilidade de ofertar lances em momento posterior à apresentação das propostas - característica da modalidade pregão - enseja, *a priori*, maior vantajosidade no uso do pregão em comparação com as demais modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/93, prestigiando-se, outrossim, a celeridade e economia processual/operacional.

16. A CJU/AL informou que já sugeriu tanto a modalidade concorrência quanto o convite (modalidades convencionais), com espeque na alínea "a", inc. II, do artigo 23, c/c o inc. IV, do artigo 45, ambos da Lei nº 8.666/93, sendo certo que na última manifestação, constante do Parecer nº 251/DOL/CJU-AL/CGU/AGU, no processo nº 64106.000074/2015-35, aprovou-se a modalidade convite, desde que o órgão apresentasse a devida justificativa. Mencionou, ainda, a Decisão 17/2001-Plenário, além dos Acórdãos TCU nº 1443/2006-Plenário e nº 928/2009.

17. A CJU/PA explicitou que a licitação para cessão de uso para atividade de apoio, tendo em vista tratar-se de concessão, é regulada pela Lei nº 8.666/1993, em seu art. 2º. Ademais, apontou a existência do Parecer nº 117/2010/DECOR/CGU/AGU que, em seu item 21, letra "b", concluiu que "*o artigo 23, §3º da Lei nº 8.666/93, no que pertine às concessões de direito real de uso, diante de sua literalidade, não se aplica às cessões de uso de bem público para a exploração de atividades de apoio.*" Por consequência, poderiam ser adotadas quaisquer das modalidades ali previstas: convite, tomada de preços ou concorrência. Da mesma forma que outras unidades consultivas, apontou a Decisão 17/2001-Plenário, do TCU. Por fim, apontou que o pregão eletrônico não é adequado à cessão de uso, espécie do gênero concessão.

18. A CJU/CE verificou que é praxe dos órgãos assessorados por esta unidade consultiva a utilização das modalidades inculpidas no art. 23, da Lei nº 8.666/93. No entanto, consignou que o entendimento da Corte de Contas, no Acórdão n.º 2.844/2010-Plenário, é de grande relevância, tanto por admitir a utilização do pregão eletrônico, quanto por ter aplicado o critério de maior valor ofertado para concessões de uso de áreas comerciais. Reiterou, outrossim, que não se pode olvidar dos problemas de ordem operacional ao escolher a modalidade pregão eletrônico, bem como que o legislador garante ao administrador um leque de possibilidades, podendo escolher qual modalidade melhor lhe atende.

19. A CJU/ES constatou que as Organizações Militares assessoradas adotam as modalidades licitatórias previstas no artigo 22, incisos II (tomada de preços) e III (convite), da Lei nº 8.666/93, a depender dos valores envolvidos. Frisou, ainda, que os potenciais prestadores de serviços, principalmente das atividades de barbearia, sapataria e alfaiataria, além da ausência de credenciamento no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF), relatam dificuldades técnicas para realização das transações relacionadas ao pregão na forma eletrônica. Por esta razão, nas licitações realizadas anteriormente não surgiam interessados na participação, o que ensejou a avaliação, em cada caso concreto, da modalidade licitatória mais adequada/conveniente a ser utilizada.

20. A CJU/MA realçou a possibilidade de adoção de quaisquer das modalidades previstas na Lei de Licitações, bem como do pregão eletrônico. Adicionou, ademais, que já inseriu o tema frequentemente na modalidade concorrência (Acórdão nº 1.443/2006-Plenário, do TCU) e, excepcionalmente, convite (Acórdão nº 928/2009-Plenário, do TCU). Anotou, além disso, que a Corte de Contas flexibilizou ainda mais o seu entendimento ao entender pela modalidade pregão, consoante os Acórdãos nº 478/2016-Plenário e 456/2016-Plenário, os quais fazem remissão aos Acórdãos nº 2.844/2010-Plenário e 2.050/2014-Plenário.

21. A CJU/PB tem se manifestado nos processos da espécie adotando as modalidades convencionais, comumente o convite, observado o que prescreve o art. 23, da Lei nº 8.666/93. Entende, por outra via, que o pregão eletrônico, nos termos da Lei nº 10.520/02, regulamentada pelo Decreto nº 5.450/05, pressupõe a aquisição de bens e serviços comuns, e a cessão de uso não se alinharia à hipótese. Aduz, ainda, os seguintes argumentos: a) na cessão de uso ocorre uma transferência de posse, de forma gratuita ou onerosa, a fim de que o cessionário utilize o bem, por tempo certo ou indeterminado. Assim, não se poderia classificá-la como serviço (art. 6º, I, da Lei nº 8.666/93), o que afastaria inclusive a incidência das modalidades convencionais; b) não há previsão de modalidade licitatória específica para as hipóteses de cessão; c) ao se considerar a finalidade da transferência da posse, isto é, a prestação dos serviços pelo cessionário, classificados como atividades de apoio do órgão (barbearia, lanchonete, posto bancário, etc.), os quais revelam-se efetivamente úteis e de interesse da Administração (parágrafo único, do art. 12, do Decreto nº 3.725/01), entende-se ser possível, nesse contexto, enquadrar a cessão na hipótese de serviços; d) cabíveis seriam, então, tanto as modalidades convencionais, quanto o pregão, este último, naturalmente, caso possível considerar-se o serviço como "*aquele cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado*", mediante a verificação do órgão cedente; e) o critério de julgamento para o pregão (inciso X, do art. 4º, da Lei nº 10.520/02) é o menor preço, ao passo que o sistema para a realização do pregão eletrônico não permite que se adote outro; e f) a depender do critério de julgamento escolhido e se se tratam de serviços comuns, incidiria o pregão ou as modalidades convencionais.

22. A CONJUR/MD concluiu que o TCU, antes adepto da concorrência para a cessão de uso de espaços públicos para o exercício de atividades de apoio, evoluiu para admitir e recomendar o pregão eletrônico em casos tais. Informou, ainda, que a esmagadora maioria dos órgãos públicos optam pelo pregão eletrônico para cessões de uso, embora tanto o pregão eletrônico como o convite (este último nas hipóteses dispostas no art. 23 da Lei 8.666/93) sejam admissíveis sob a ótica jurídica, de modo que a opção por um ou outro pertence à alçada da conveniência administrativa. Em arremate, repisou que o pregão eletrônico é a modalidade licitatória que melhor concretiza os princípios regentes dos certames licitatórios. O órgão acresceu, ainda, as seguintes ponderações: a) apesar do Acórdão nº 2.844/2010, o TCU continuou utilizando a concorrência para suas cessões de uso até 2014, ano em que fez uso do pregão eletrônico e com critério de julgamento por "menor preço", com o objetivo de viabilizar cessão de uso de área para o fornecimento de serviços de lavagem ecológica de veículos/lava-jato (Pregão Eletrônico nº 013/2014); b) o Conselho Nacional do Ministério Público, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais da 1ª e 4ª

Regiões, entre outros, utilizam o pregão eletrônico; c) a utilização da modalidade pregão eletrônico em seus tradicionais moldes (menor preço) é consectário da aplicação irrestrita da Lei nº 10.520/2001 que, em seu art. 4º, X, é categórica; d) a adoção do “menor preço” como critério de julgamento nas cessões de uso onerosas tem alicerce em abalizada doutrina, tal como se extrai das lições de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que faz a distinção entre a hipótese em que o objeto é a venda ou a locação do imóvel e a Administração busca obter recursos financeiros, diferentemente daquela em que o objeto é um serviço e o imóvel é elemento necessário de um contrato principal; e e) no Parecer nº 00719/2015/CONJUR-MD/CGU/AGU consignou-se a liberdade do gestor na escolha da modalidade licitatória, caso preenchidas as hipóteses legais de uma e outra, embora se deva privilegiar o pregão eletrônico, que melhor atende aos princípios da moralidade, impessoalidade e competitividade.

23. A CJU/SE consignou que abordou a temática recentemente, no Parecer nº 036/2016/ALOB/CJU-SE/CGU/AGU, quando entendeu que é válida a utilização de uma das modalidades convencionais previstas na Lei nº 8.666/93 ou o pregão eletrônico (Lei nº 10.520/2002), mas ressaltou que, para qualquer das modalidades escolhidas, o órgão deverá eleger “a maior oferta/o maior preço” como critério de julgamento. A propósito, sublinhou os seguintes pontos: a) item 3.5 da Orientação Normativa GEANE-001 MP/SPU, de 25/01/2002, que prevê a concorrência e o leilão como modalidades de licitação cabíveis para a disposição (por aforamento oneroso) dos bens imóveis da União; b) a existência de entendimentos da Consultoria-Geral da União (Parecer nº 117/2010/DECOR/CGU/AGU) e do Tribunal de Contas da União acerca da possibilidade de utilização de outras modalidades licitatórias, como, por exemplo, o convite, para fins de cessão de uso onerosa de espaços/bens públicos; e c) o mais recente entendimento do TCU acerca da possibilidade da utilização do pregão eletrônico, instituído pela Lei nº 10.520/2002, como modalidade de licitação cabível para fins da cessão de uso onerosa do bem da União, pelo critério de julgamento “maior oferta”.

24. A CJU/MT entende não haver impedimento às modalidades convencionais de licitação, nem ao pregão. Ponderou, ademais, que: a) as Instruções Reguladoras de Utilização do Patrimônio Imobiliário da União Jurisdicionado ao Comando do Exército (IR 50-13) aprovadas pela Portaria nº 011-DEC, de 4 de outubro de 2005, que gozam da presunção de legalidade e foram editadas após a vigência tanto da Lei nº 10.520/02 como do Decreto nº 5.450/05, focaram “no valor a ser considerado” (art. 46), o que atrai as modalidades convencionais; b) a similaridade entre a cessão de uso e o instituto da locação imobiliária, para a qual há expressa vedação do uso do Pregão, tanto o presencial, com base no Decreto nº 3.555/00 (art. 5º), quanto o eletrônico, com fulcro no Decreto nº 5.450/05 (art. 6º); c) trata-se de serviço comum trivial, com possibilidade de ser operacionalizado por meio do pregão; e d) a possibilidade de a adoção desta modalidade afastar os pequenos artífices, muitas das vezes sem estrutura ou habilidades para participar, sendo o presencial, talvez, o mais apropriado.

25. A CJU/GO tem admitido as modalidades convencionais da Lei nº 8.666/93, definidas em conformidade com o valor da contratação (e prorrogações), nos termos da ON AGU nº 10/2011 e do Parecer nº 117/2010/DECOR/CGU/AGU que, embora não tenha tratado do pregão, fixou entendimento pela possibilidade de utilização das modalidades licitatórias convencionais (não apenas a concorrência) nas cessões de uso de imóveis para a exploração de atividades de apoio. Observou, além disso, que o entendimento consta do Manual de Licitações e Contratações Administrativas da CGU, que deverá ser eventualmente atualizado.

26. A CJU/RS não vê óbice legal para que seja adotado o pregão eletrônico ou presencial nas licitações para cessão de uso de bens imóveis sob administração das Forças Armadas, ao passo que vem sugerindo tanto as modalidades tradicionais de licitação (v.g. convite) quanto o pregão, consoante os Pareceres nº 200/2016/AMDS/CJU/RS/CGU/AGU, nº 235/2016/AMDS/CJU/RS/CGU/AGU, Parecer EM/CJU-RS/CGU/AGU Nº 3031/2014, Parecer EM/CJU-RS/CGU/AGU Nº 3315/2014, disponíveis no Sapiens. Além disso, manifestou que: a) quase em todas as cessões de uso a seleção do vencedor se deu em função da maior oferta, critério de julgamento para o qual o pregão, ao menos o eletrônico (arts. 2º e 4º do Decreto n. 5.450), como parece, não foi precipuamente instituído ou configurado no sistema em que se processa a licitação, tampouco há norma estabelecendo a respectiva obrigatoriedade, quer do pregão presencial, quer do eletrônico, quando não realizados pelo critério do menor preço; b) no Despacho/Coordenação CJU-RS/CGU/AGU/N. 2.829/2010 fora sugerido o pregão eletrônico, cujo critério de julgamento se deu por maior oferta, sendo exitosa sua conclusão, embora não se possa identificar o procedimento utilizado para implementar tal critério; c) até mesmo as modalidades licitatórias tradicionais ensejam interpretação extensiva ou apelo ao recurso da analogia, mormente quanto ao critério de “maior lance ou oferta”, previsto no inciso IV, do § 1º, do art. 45 da Lei nº 8.666/93, apenas “*nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso*”; d) não há norma, de qualquer natureza, estabelecendo a obrigatoriedade do pregão para a espécie, tanto presencial, quanto eletrônico; e) conquanto, no mais das vezes, nas cessões de uso para o desempenho de atividades de apoio a Administração busque, de forma prioritária, o serviço propriamente dito, razão pela qual não vemos maiores problemas em enquadrá-las como tal, para fins de licitá-las por meio do pregão, também é certo que esse tipo de contrato, com a posse do bem transferida ao cessionário, se assimila à locação imobiliária, hipótese para a qual o pregão, seja presencial (art. 5º, do Decreto n. 3.555/00), seja eletrônico (art. 6º, do Decreto n. 5.450/05), não se aplica; f) importante referir, também, que embora a seleção do vencedor, pelo critério do menor preço, também possa ser realizada pela “oferta de desconto sobre tabela de preços praticados no mercado, desde que tecnicamente justificado” (§ 1º, do art. 9º, do Decreto n. 7.892/13 - que regulamenta o sistema de registro de preços), não devemos olvidar que nem sempre será possível licitar pelo critério do menor preço (v.g. atividade de loja de artigos militares); g) o critério de seleção do vencedor, pelo menor preço, sem prejuízo do pagamento do valor de mercado pelo uso da parcela do

imóvel, não abarcaria inúmeros casos (v.g. venda de artigos militares); h) há diferença entre a licitação para cessão de uso de espaços para o desempenho de atividade comercial em aeroportos, que atualmente se assemelham a verdadeiros shoppings centers, de que trata o TCU nos paradigmáticos Acórdãos nº 2844/2010-Plenário e 2050/2014-Plenário, e a licitação para cessão de uso de sala minúscula, muitas vezes situada nos fundos de unidade militar, estabelecida em cidade isolada no interior do país, para o desempenho da atividade de cabeleireiro ou barbeiro - desempenhadas por pessoas humildes, artesãos e artífices, sem estrutura; i) e não havendo norma clara e expressa, estabelecendo determinada modalidade licitatória para a espécie, ou seja, restringindo a pretensão licitatória da Administração a esta ou àquela modalidade, é vedado ao intérprete fazê-lo, até mesmo a pretexto de ampliar a competitividade ou prevenir eventual direcionamento, não se podendo afirmar, categoricamente e *a priori*, que determinada modalidade licitatória, em detrimento de outra, será a que melhor concretizará os princípios da moralidade, impessoalidade e competitividade.

## II - ANÁLISE

27. **Feitos estes relatos, passo a opinar quanto à controvérsia.** A análise da divergência jurídica delineada deve ser realizada dentro dos lindes constitucionais. Sendo assim, é imperioso trazer à baila os principais enunciados constitucionais sobre licitações, quais sejam:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte:

XXI - **ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações** serão contratados mediante processo de **licitação pública que assegure igualdade de condições a todos** os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a **exploração direta de atividade econômica pelo Estado** só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

III - licitação e contratação de **obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública**; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, **diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.**

28. O discurso constitucional expressado nos referidos preceitos demonstra, de forma clara, a necessidade de observância de todos os princípios que regem a administração pública, conformadores de todo ordenamento vigente, sendo importante, para os fins deste opinativo, sublinhar especialmente o da legalidade, modernamente lida como juridicidade (sentido mais amplo), bem como da impessoalidade, moralidade e eficiência.

29. No plano infraconstitucional, há que se partir das disposições da Lei nº 8.666/93, a qual estatuiu os seguintes dispositivos, relevantes para a compreensão da problemática sob análise:

### Lei nº 8.666/93

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.**

Art. 3º A licitação **destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em **estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade,**

**da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.**

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - **Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;**

III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente;

IV - **Alienação - toda transferência de domínio de bens a terceiros;**

Art. 22. São modalidades de licitação:

**I - concorrência;**

**II - tomada de preços;**

**III - convite;**

IV - concurso;

V - leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior **serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:**

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

§ 4º **Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.**

Art. 45. O **julgamento das propostas será objetivo**, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, **constituem tipos de licitação**, exceto na modalidade concurso: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

**I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;**



II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

30. A interpretação sistemática desses dispositivos permite compreender que, na esteira do constituinte, os princípios da legalidade, isonomia, impessoalidade, igualdade, moralidade, julgamento objetivo e seleção da proposta mais vantajosa são vetores essenciais para fins de determinar o sentido e o alcance dos dispositivos legais e infralegais que versam sobre licitação.

31. Assim, a Lei nº 8.666/93 traz o conceito legal de serviço (atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração), bem como especifica as modalidades licitatórias em que predomina o valor como critério de definição. Por consequência, a mesma situação fática pode ser enquadrada em mais de uma modalidade e, embora o valor seja o parâmetro, não se veda que, nos casos em que couber convite, a Administração possa utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência. Revela, ainda, determinados critérios de julgamento (tipos de licitação).

32. Sendo assim, é perceptível que a Lei nº 8.666 data de 1993, enquanto que os enunciados relativos ao pregão foram editados anos depois, especificamente com a Lei Geral de Telecomunicações (arts. 54 a 57, da Lei nº 9.472/97), razão pela qual não ocorreram conflitos normativos mais intensos entre as diversas modalidades previstas na legislação brasileira. A modalidade passou a ser intensificada com o advento da Lei nº 9.986/00 (art. 37), que estendeu a modalidade a todas as demais agências reguladoras.

33. Posteriormente, foi editada a MP nº 2.026/00, que o instituiu no âmbito da União. Após diversas reedições (dezoito) e renumerações, foi convertida na Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão), agora aplicável à União, Estados, Distrito Federal e Municípios. No entanto, antes da conversão, veio a lume o Decreto nº 3.555/00, que regulamentou o pregão presencial, todavia com aplicabilidade restrita à esfera federal. Por outro lado, o pregão eletrônico, aplicável nesta mesma seara, foi instituído pelo Decreto nº 3.697/00, posteriormente revogado pelo atual Decreto nº 5.450/05.

34. Frise-se, por oportuno, que no ano de 2010 este Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos chegou a se manifestar quanto às cessões de uso para prestação de atividades de apoio (Parecer nº 117/2010/DECOR/CGU/AGU). À época, concluiu-se que:

CESSÃO DE USO. ATIVIDADE DE APOIO. COMPETÊNCIA PARA AUTORIZAÇÃO. MODALIDADE LICITATÓRIA CABÍVEL.

- Cessão de uso para exploração de atividade de apoio. **Poder de autorizar delegado aos Comandantes das Forças. - Inaplicabilidade da regra de extensão do inciso VI, do art. 12 do Decreto 3.725/2001. Inteligência do artigo 13, I da Lei 9.784/99.**

**-Não obrigatoriedade da concorrência. Literalidade do artigo 23, § 3º da Lei 8.666/93.**

35. Dessa forma, percebe-se que o ponto nodal da controvérsia foi a viabilidade jurídica de delegação de poder normativo aos Comandantes das Forças para fins de ampliar as atividades de apoio tracejadas no Decreto nº 3.725/01, bem como a modalidade licitatória cabível:

16. O segundo questionamento proposto diz respeito à suposta obrigatoriedade da licitação na modalidade concorrência. O tema invoca a análise do artigo 23, § 3º da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

*Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:*

*(...)*

*§ 3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*

17. Via de regra, a modalidade licitatória será determinada pelo preço da contratação. Trata-se da disposição prevista no artigo 23 da Lei Geral de Licitações e Contratos. **O § 3º deste mesmo dispositivo, contudo, estabelece a concorrência como modalidade obrigatória**

**para os casos de compra ou alienação de imóveis, concessões de direito real de uso e licitações internacionais.** Resta perquirir a natureza do ato *sub examine*, de modo a concluir pela aplicabilidade ou não do referido § 3º.

18. **O dispositivo em comento faz referência a concessão de direito real de uso que, segundo José dos Santos Carvalho Filho[1], trata-se de “contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere ao particular o direito real resolúvel de uso de terreno público ou sobre o espaço aéreo que o recobre, para os fins que, prévia e determinadamente, o justificaram”.** Diógenes Gasparini[2] complementa, afirmando que se “objetiva é o trespasse do uso de terrenos. E o instituto não se aplica a imóveis construídos e a bens móveis”.

19. **A cessão de uso, mencionada no artigo 20 da Lei 9.636/1998, por sua vez, é instituto diverso, sendo assim conceituada por Diógenes Gasparini[3]: “é o ato que consubstancia a transferência do uso de certo bem de um órgão (Secretaria da fazenda) para outro (Secretaria da Justiça) da mesma pessoa política (União, Estado-Membro e Município), para que este utilize segundo sua natureza e fim, por tempo certo ou indeterminado”.** Da leitura do referido artigo 20 é possível depreender que **o regime jurídico ali estabelecido difere daquele ordinariamente atribuído às cessões de uso**, na forma apregoada por Gasparini. Contudo, a lição invocada é suficiente para demonstrar tratar-se de institutos diversos, inconfundíveis entre si.

20. Desta constatação, infere-se que **a obrigatoriedade da modalidade concorrência prescrita no artigo 23, § 3º da Lei 8.666/93, diante de sua literalidade, não se aplica às cessões de uso de bem público para a exploração de atividades de apoio.**

21. Diante destas considerações, conclui-se que:

a) as atividades de apoio são somente aquelas previstas nos incisos I a V do artigo 12 do Decreto 3.725/2001, e, eventualmente, outras assim consideradas por ato geral e abstrato do Ministro da Defesa;

b) **o artigo 23, § 3º da Lei 8.666/93, no que pertine às concessões de direito real de uso, diante de sua literalidade, não se aplica às cessões de uso de bem público para a exploração de atividades de apoio.**

36. Portanto, conforme o entendimento uniformizado pelo DECOR/CGU, poderiam ser adotadas quaisquer das modalidades previstas na Lei de Licitações (v.g. convite, tomada de preços ou concorrência). Todavia, não foram tecidas considerações sobre a incidência ou não da modalidade relativa ao pregão (presencial ou eletrônico).

37. Realçado o entendimento anterior do Departamento, há que se avaliar o regime jurídico do pregão, bem como se este prevalece ou não em face das modalidades convencionais. Desse modo, merecem leitura os seguintes dispositivos legais:

#### **Lei nº 10.520/02**

Art. 1º Para aquisição de **bens e serviços comuns, poderá ser adotada** a licitação na modalidade de **pregão**, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços **comuns**, para os fins e efeitos deste artigo, **aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais** no mercado.

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e **observará as seguintes regras:**

X - para julgamento e classificação das propostas, **será adotado o critério de menor preço**, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

#### **Decreto nº 3.555/00**

Art. 5º A licitação na modalidade de **pregão não se aplica** às contratações de **obras e serviços de engenharia**, bem como às **locações imobiliárias e alienações em geral**, que serão regidas pela legislação geral da Administração.

#### **Decreto nº 3.725/01**

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 dos correios e telégrafos;

III - restaurante e lanchonete;

IV - central de atendimento a 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 Judiciário, 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.**

#### **Decreto nº 5.450/05**

Art. 2º O **pregão, na forma eletrônica, como modalidade de licitação do tipo menor preço**, realizar-se-á quando a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns for feita à distância em sessão pública, por meio de sistema que promova a comunicação pela internet.

Art. 4º Nas licitações para aquisição de **bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.**

Art. 6º A licitação na modalidade de **pregão, na forma eletrônica, não se aplica** às contratações de **obras de engenharia**, bem como às **locações imobiliárias e alienações em geral.**

38. A primeira conclusão que se extrai deste conjunto de normativos é que o pregão, seja eletrônico, seja presencial, aplica-se apenas se se entender que nas cessões de uso de espaço, para prestação de serviços de apoio, o serviço (art. 1º, caput) é o objeto fundamental perseguido.

39. Conforme ensina Marçal Justen Filho<sup>1</sup>, serviço constitui uma obrigação de fazer que impõe ao sujeito contratado o dever de aplicar seus esforços (atuação física ou intelectual) realizando atividade cujo resultado é do interesse da Administração. Já compra constitui a operação onde ocorre a aquisição do domínio definitivo de um bem, mediante típico contrato comutativo e bilateral.

40. Quanto a este primeiro ponto, do ponto de vista interpretativo, é correto e razoável concluir que o serviço a ser prestado é uma condição sem a qual o imóvel não seria cedido, ou seja, a cessão é apenas meio e elemento pelos quais a Administração busca atingir a finalidade precípua, que é a prestação de serviço em prol do atendimento dos seus servidores e administrados.

41. Na mesma linha são os argumentos expostos pela CONJUR/MD, que trouxe os abalizados ensinamentos de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>2</sup>, para quem há diversas possibilidades de utilização do imóvel na relação jurídica entre particulares e Administração Pública:

a) o objeto é a venda ou locação do imóvel e a Administração busca obter recursos financeiros; e

**b) o objeto é um serviço e o imóvel é elemento necessário de um contrato principal.**

42. Segundo o professor, deve ser avaliado o objetivo principal da cessão de uso. Assim, se se pretende viabilizar o exercício de atividades de apoio, o intuito imediato não será a percepção de recursos financeiros, mas promover facilidades a servidores do órgão, os quais poderão gozar dos serviços ofertados sem deslocamentos.

43. A mesma *ratio* se aplica ao argumento de que há vedação expressa acerca da utilização do pregão para locações (art. 5º, do Decreto nº 3.555/00). A hipótese fática analisada não versa sobre contratos de direito privado atinentes a locações e, acrescente-se, na esteira da determinação de qual é o verdadeiro objeto do certame, o foco é a prestação dos serviços de apoio.

44. No entanto, além da necessária presença de uma contratação de serviço (objeto principal), há que se averiguar se estes devem ser tidos como comuns - aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser

objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/02).

45. Apesar de posicionamentos em sentido contrário, não se vislumbram óbices intransponíveis que impeçam a definição, nos editais, de padrões de desempenho e qualidade razoáveis e objetivos, com base em especificações usuais no mercado. O enunciado normativo não tem por objetivo que se descreva no edital um detalhamento exacerbado, impossível de se atingir, mas sim aquilo que é padrão, regular, quanto ao desempenho e a qualidade.

46. A verdade é que as alegações no sentido da impossibilidade têm sido genéricas, sem explicitar o porquê de não ser possível definir estes padrões - de forma objetiva - que guardam ligação com desempenho e qualidade, de acordo com o que normalmente acontece e está presente naquele segmento mercadológico. Em outro contexto, quando há justificativa, partem da premissa de que o objeto principal é a cessão de uso do imóvel, a qual não deve prevalecer, nos termos deste opinativo.

47. Acrescente-se, ainda, que se as atividades de apoio são enquadráveis como serviços e amoldam-se à natureza comum, há espaço para incidir normalmente a previsão legal atinente à necessidade de adoção do critério menor preço (art. 4º, X, da Lei nº 10.520/02). Cabe observar, com efeito, que se trata de decorrência lógica do entendimento de que o objeto tem por foco a prestação dos serviços de apoio, não a cessão de uso de imóvel. Na realidade, se o foco principal fosse a cessão, sim, poder-se-ia cogitar de o critério de julgamento por menor preço ser inadequado.

48. Feitas essas considerações, corroboram-nas os ensinamentos de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>34</sup>, sempre citado pelas unidades consultivas:

Nada obstante o advento dessa regra, permanecem íntegros os fundamentos da lição de que nos casos citados o espaço não é um fim em si mesmo, mas opera como cláusula acessória de um outro contrato. A norma em tela, com toda a sua carga burocrática - art. 13 - somente se aplica quando a alienação do espaço for um fim em si mesmo precário, mediante o reembolso de despesas incidentes - água, luz, telefone, proporcionalmente definidas.

(...)

Não raro, porém, a Administração ou seus servidores, nesse tipo de contrato, acabam sendo mal-servidos. Deixam de vislumbrar os contratados as vantagens de contratar com a Administração, ao passo que esta, por se tratar de serviços com difícil aferição de qualidade, acaba por tolerar maus contratados.

Recentes experiências começam a indicar a possibilidade da aferição da qualidade desses contratos, trazendo novos matizes ao Direito Administrativo contratual em plena consonância com os mais modernos postulados de qualidade, produtividade e racionalização.

(...)

No serviço de lanchonete/restaurante, a definição de cardápios básicos, a exigência de aferição periódica por profissional habilitado - nutricionista - e a realização de pesquisas periódicas de opinião entre os servidores usuários. Essa última providência, que alguns órgãos já preveem em suas licitações - o STJ, por exemplo - poderá **alterar significativamente a visão de tais contratos e atingir o verdadeiro escopo, que é a satisfação do usuário**. Pelos meios de coleta de opinião, adequados e estatisticamente isentos, com fiscais do contratante e do contratado, o procedimento será suficientemente objetivo. (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação Direta sem Licitação. 7ª ed. Belo Horizonte: Editorial Fórum, pp. 157/158.)

“Há ainda uma importante questão a ser enfrentada, que consiste no uso de parte de imóvel por particular, em benefício de atividade desenvolvida em prol da administração. São exemplos dessa ocorrência: espaço para restaurante/lanchonete para servidores e público em geral que frequenta o órgão; espaço para instalação de box para fotocopiadora/xerográfica; espaço para agência bancária. Como se percebe, em tais casos, o espaço é elemento acessório do contrato principal e, portanto, não deve constituir objeto próprio ou autônomo da licitação (...)

(...) dever-se-ia licitar o serviço de lanchonete/restaurante colocando-se no edital que o mesmo seria prestado no local indicado -área com planta baixa e memorial descritivo-,e, posteriormente, no próprio contrato de prestação do serviço ser inserida cláusula autorizando o uso, em caráter precário, mediante reembolso de despesas incidentes - água, luz, telefone, proporcionalmente definidas”. (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação Direta sem Licitação. 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 171)

49. Saliente-se, por importante, que as cessões de uso de imóveis para prestação de serviços de apoio aos administrados, que se enquadrem como comuns, não se confundem com os corriqueiros contratos de prestação de serviços voltados para a própria Administração - normalmente com mão-de-obra terceirizada, nos quais constam, eventualmente, a disponibilização de espaço para trabalhos e atividades da contratada. É que a cessão de uso, para o fim específico de prestação de serviços de apoio, detém traços peculiares e *sui generis*, conforme se extraem deste opinativo.

50. Sob a perspectiva jurisprudencial, conforme esboçou a CONJUR/MD, o Tribunal de Contas da União defendia a concorrência como a modalidade licitatória aplicável nas concessões/cessões de uso para fins de exercício de atividades de apoio, com fulcro no art. 23, §3º, da Lei 8.666/93, segundo o qual “(...) a concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso (...)”.

51. Posteriormente, os órgãos passaram a adotar especialmente a modalidade convite, tendo em vista o valor das contratações, observados os limites decorrentes do art. 23, da Lei nº 8.666/93 (até R\$ 80.000,00). A evolução persistiu e o entendimento foi novamente superado, ao apreciar a concessão de uso de áreas comerciais nos aeroportos brasileiros. Nessa trilha, o Tribunal de Contas da União (Acórdãos nº 2.844/2010 – Plenário e nº 2.050/2014 - Plenário) passou a entender no sentido da aplicação da modalidade pregão, inclusive mediante a adoção do critério de maior valor ofertado, o que convém, desde já, desvelar:

#### Sumário

REPRESENTAÇÃO. CONCESSÃO DE USO DE ÁREAS COMERCIAIS DE AEROPORTOS. LICITAÇÃO POR MEIO DE PREGÃO. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA.

- É plenamente legal a utilização da modalidade pregão para licitação destinada à outorga de concessões de uso de áreas comerciais em aeroportos.

- A atividade da Infraero, ao estabelecer o pregão, para a licitação de concessões de uso de áreas comerciais nos aeroportos brasileiros, encontra respaldo na legislação e atende plenamente o interesse público.

(...)

#### Voto:

A utilização do pregão, nas licitações voltadas à outorga de concessões de uso de áreas 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, atinentes ao pregão, permitem sua geral utilização para as finalidades de todos os órgãos da Administração Pública, nos exatos termos de suas disposições. (...)

A Empresa nada mais fez 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 por lei, mas, sim, a utilização do critério legalmente estabelecido e plenamente adequado ao objeto do certame, com a utilização do instrumento legal mais especialmente pertinente para os objetivos da Administração. (...).**

**É desnecessário repetir aqui, novamente, as inúmeras vantagens comparativas da modalidade pregão para a Administração Pública em termos de proporcionar maior eficiência, transparência e competitividade.**

**Assim, sob a ótica da consecução do interesse público, os procedimentos licitatórios adotados pela Infraero para a concessão de uso de áreas aeroportuárias se mostram especialmente louváveis, porque concretizam os princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade, moralidade, dentre outros.**

Nesse sentido, há inúmeros precedentes, na utilização do pregão para a concessão de áreas públicas, por parte de diversos órgãos da Administração, como os Tribunais Regionais

Federais (Pregão 07/2008, TRF da 1ª Região), o Ministério Público Federal (Pregão 41/2007) e a Procuradoria da República no Distrito Federal (Pregão 01/2008).

**A adoção do critério de julgamento pela maior oferta, em lances sucessivos, nada mais é que a adequada aplicação da lei ao caso concreto, ajustando-a à natureza do objeto do certame, restando assegurada a escolha da proposta mais vantajosa que, conjuntamente com a isonomia de todos os interessados, constituem as finalidades primeiras de todo procedimento licitatório.**

(Grifou-se).

(Acórdão nº 2.844/2010-Plenário)

Número do Informativo de Licitações e Contratos: 209

Colegiado: Plenário

Enunciado:

2. É recomendável a utilização de pregão eletrônico para a concessão remunerada de uso de bens públicos.

Ainda na Auditoria Operacional realizada na Ceagesp, foi discutida a possibilidade de se utilizar o pregão para a concessão remunerada de uso de bens públicos. Nesse aspecto, o relator mencionou que, nos autos da representação objeto do TC 011.355/2010-7, o TCU se deparara com situação análoga ao examinar a concessão de áreas comerciais em aeroportos, em que a Infraero havia adotado o pregão como modalidade licitatória. Na ocasião, fora acolhida a tese que, diante do escasso disciplinamento sobre ajustes que geram receitas para a Administração Pública, a analogia com a legislação para a aquisição de bens e serviços poderia ser aplicada. Assim, nos termos do voto condutor do Acórdão 2.844/2010 - Plenário, a "adoção do critério de julgamento pela maior oferta, em lances sucessivos, nada mais é que a adequada aplicação da lei ao caso concreto, ajustando-a à natureza do objeto do certame, restando assegurada a escolha da proposta mais vantajosa que, conjuntamente com a isonomia de todos os interessados, constituem as finalidades primeiras de todo procedimento licitatório". O posicionamento do Tribunal, anunciado no sumário do citado acórdão, firmara-se no sentido de ser "plenamente legal a utilização da modalidade pregão para licitação destinada à outorga de concessões de uso de áreas comerciais em aeroportos". **Como ressalva naquela oportunidade, houvera o registro de que a Infraero deveria "evoluir dos pregões presenciais, para a modalidade totalmente eletrônica, que dispensa a participação física e o contato entre os interessados", a fim de concretizar os imperativos constitucionais da isonomia e da melhor proposta para a Administração.** Do que expôs a relatoria, o Tribunal recomendou à Ceagesp que utilize a modalidade pregão eletrônico nas futuras licitações para concessão remunerada de uso de áreas de comercialização do Entrepósito do Terminal de São Paulo.

(Acórdão 2050/2014-Plenário, TC 012.613/2013-4, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 6.8.2014).

52. Neste precedente do TCU resta demonstrada a possibilidade de utilização do pregão concomitante à aplicação do critério de julgamento por maior oferta, até porque envolviam concessões de áreas para uso comercial, não a prestação de serviços de apoio em prol da Administração e seus servidores.

53. Isso significa, no entanto, que não se revela motivo bastante, para justificar a possível inaplicabilidade da modalidade pregão, que o caso concreto, em alguma medida, demonstre que o critério de julgamento mais adequado seria maior lance ou oferta, quando o regime jurídico do pregão prevê, em lei, apenas o julgamento por menor preço.

54. As normas voltadas para os procedimentos licitatórios devem ser tidas como um microssistema normativo, dentro do qual há que apreciar situações jurídicas excepcionais e colmatar lacunas, sempre à luz, repise-se, da Constituição da República. Assim, o critério de maior lance ou oferta (art. 45, § 1º, IV, da Lei Nº 8.666/93) também poderá ser adotado, excepcionalmente, caso se revele adequado ao objeto, e ainda que ele tenha sido previsto textualmente na Lei nº 8.666/93 para casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso - um dos elementos pertinentes à propriedade é a posse.

55. Apesar de aquele acórdão ter sido prolatado em situação mais restrita (para uso comercial), continuou a ser reiterado, tal como ocorreu no Acórdão nº 478/2016-Plenário, ao analisar cessão de uso de imóvel para prestação de serviços e determinar, ao 23º Batalhão de Caçadores do Exército/CE, que *"em futuro certame que, porventura, venha a realizar com o mesmo objeto, adote a modalidade pregão, em consonância com o entendimento jurisprudencial desta Corte de Contas"*, de modo a evitar os frequentes direcionamentos dos resultados na modalidade convite.

56. Frise-se, por oportuno, que o TCU igualmente já recomendou a utilização do critério de menor preço

(dos serviços) para a seleção do licitante vencedor, nas concessões de uso de área, à época em que entendia pelo cabimento da modalidade concorrência. Embora trate de concorrência, há um dado importante, qual seja a definição no edital da quantidade exigida da contratada, bem como os valores a serem pagos pelo uso do espaço público nos seguintes termos:

**Avalie, nas licitações destinadas a concessão onerosa de uso de área, instalações e equipamentos para exploração comercial de restaurantes e lanchonetes, a oportunidade e a conveniência de adotar critério de julgamento pelo menor preço dos serviços oferecidos, predefinindo no edital a quantidade exigida da contratada e os valores a serem pagos pelo uso do espaço público, a fim de obter condições mais vantajosas para a Administração Pública. (Acórdão n. 1443/2006 Plenário)**

57. Consta-se, pois, que a divergência jurídica posta nestes autos é melhor equacionada com a utilização do pregão, de modo que os valores atinentes à cessão de uso de imóvel, elemento secundário, deverão ser prefixados nos editais. O entendimento que ora é exposto enseja que se observe o Parecer nº 05/2012/DECOR/CGU/AGU e respectivo Despacho nº 32/2012/STF/CGU/AGU, aprovados pelo Advogado-Geral da União:

27. Pelo exposto, conclui-se que:

nos processos administrativos que têm por objeto a alienação ou arrendamento dos bens imóveis administrados pelos órgãos militares, compete à SPU: a) assinar e lavrar os contratos de alienação e arrendamento; e b) avaliar e homologar esses bens imóveis administrados pelas Forças Armadas, salvo no caso em que não há agentes avaliadores da própria SPU

58. Deve-se assinalar, inclusive, que o Poder Público não poderá arcar com despesas (v.g. água, luz, telefone, internet, entre outras) em benefício do prestador de serviços, sendo imperiosa a prévia desvinculação e individualização, que possibilite a aferição autônoma dos gastos.

59. Entretanto, por ato administrativo fundamentado e em situações de justificada inviabilidade da individualização, há que se observar o disposto no Acórdão 187/2008-TCU-Plenário, a respeito do reembolso de despesas, sob pena de 'subsídio indevido' aos ocupantes dos espaços, o que impõe estudo técnico específico a respeito de gastos decorrentes da utilização do bem.

60. Nesse cenário, impende consignar, de acordo com o anotado pela CJU/PI, que "a Administração não poderá atuar com o intuito de lucro, de modo que o critério de seleção da proposta mais vantajosa não poderá se basear exclusivamente no maior lance ou oferta, visto que tal situação geraria uma contraprestação pelo uso do espaço em valor superior ao de mercado".

61. Além disso, pontuou que ocorreria em "detrimento do serviço prestado, que se tornaria demasiadamente oneroso para os consumidores diretos e, portanto, inútil ou ineficiente para a Administração, vez que não alcançaria os resultados ou as atividades pretendidas, a saber: as 'necessárias ao desempenho da atividade do órgão'". Por fim, a unidade consultiva bem concluiu que a cessão de área em bem de uso especial, afetado ao serviço público, deve seguir os seguintes critérios:

- (1) fixação do valor de mercado correspondente à locação da área a ser cedida;**
- (2) inclusão das despesas pertinentes ao consumo/rateio de água, energia, limpeza, conservação e vigilância - dentre outros;**
- (3) definição dos critérios de prestação dos serviços, de fiscalização e de aferição da satisfação dos consumidores diretos;**
- (4) estipulação dos produtos e serviços mínimos que serão fornecidos e prestados durante o contrato;**
- (5) [em regra, a] fixação dos preços máximos aceitáveis dos produtos e serviços que serão comercializados; (acrescentei)**
- (6) licitação por meio de pregão, preferencialmente sob a forma eletrônica;**
- (7) critério de classificação com base no menor preço, conforme os itens mínimos de produtos e serviços que serão comercializados, mencionados no Item 5 (Acórdão n. 1443/2006-Plenário).**

62. Nesse diapasão, expressou a CONJUR/MD que, em 2014 o próprio TCU fez uso do pregão eletrônico para cessão de uso de área para o fornecimento de serviços de lavagem ecológica de veículos/lava-jato (Pregão Eletrônico nº 013/2014), sendo que, consoante o instrumento convocatório, o critério de julgamento foi o menor preço. Ademais, pontuou que atualmente diversos órgãos (ampla maioria) se valem do pregão eletrônico em casos tais, a exemplo do Conselho Nacional do Ministério Público, STJ e TRFs da 1ª e 4ª Regiões, conforme consta dos

sítios eletrônicos dos órgãos.

63. Não se pode olvidar dos argumentos de determinadas unidades consultivas, que enfatizaram as consequências da adoção desse entendimento, a exemplo da CJU/RS. Esta pontuou, por todas, a diferença existente entre a licitação para cessão de uso de espaços para o desempenho de atividade comercial em aeroportos - situação apreciada nos Acórdãos nº 2844/2010 e 2050/2014-Plenário, e a "licitação para cessão de uso de sala minúscula, muitas vezes situada nos fundos de unidade militar estabelecida em cidade isolada no interior do país, para o desempenho da atividade de cabeleireiro ou barbeiro - desempenhadas por pessoas humildes, artesãos e artífices, sem estrutura".

64. Deveras, hodiernamente há importante corrente doutrinária que defende a necessidade de avaliação das consequências ao se buscar a interpretação mais correta. Neste caso concreto, em regra, os interessados deverão buscar meios que viabilizem sua participação, sem prejuízo de a Administração contribuir com manuais didáticos de acessibilidade aos sistemas. O próprio Estado, sem prejuízo da cooperação dos interessados, deve tomar medidas práticas e positivas para fazer avançar o uso do pregão eletrônico.

65. É verdade que há longínquas municipalidades com notórios problemas de acessibilidade à internet e com altos custos. Porém, enquanto o convite (modalidade normalmente utilizada), e até mesmo o pregão presencial, dão margens para manipulações com mais elasticidade, o pregão eletrônico tem viés mais impessoal e objetivo, sem prejuízo da celeridade e da eficiência. Em situações extremamente adversas, caso constatada a inviabilidade da forma eletrônica, deverá ser utilizada, excepcionalmente, a forma presencial (Acórdão nº 289/2015-Plenário, do TCU), desde que por ato fundamentado, fundado em justificativas concretas e detalhadas, aptas à fiscalização pelos órgãos de controle.

66. O posicionamento aqui defendido, afora não violar a Constituição da República e o microssistema legislativo licitatório, é o que produz os melhores resultados práticos e observa os princípios constitucionais e administrativos. Sobre a avaliação das consequências no âmbito da interpretação, impende deixar registrado os percucientes ensinamentos do professor Dr. Daniel Sarmento<sup>5</sup>:

**Um dos principais elementos incorporados pela metodologia constitucional contemporânea é a avaliação das consequências práticas das decisões. Trata-se de um dos elementos centrais do chamado *pragmatismo*. A interpretação deve envolver a avaliação das necessidades humanas e sociais. O Direito é entendido não como um fim em si mesmo, mas como um meio para a realização daquelas necessidades; deve, portanto, se adequar a elas.**

(...)

**Argumentos consequencialistas prevaleceram no STF, por exemplo, quando do julgamento da inconstitucionalidade da Lei nº 8.024/90 (originada da Medida Provisória 168/90), a qual promoveu a retenção de valores depositados em caderneta de poupança, que foi a principal medida do "Plano Collor".**

(...)

O Ministro Sanches, portanto, deixou de conceder a cautelar por conta das consequências concretas de sua decisão. Depois disso, a ação ficou aguardando julgamento e, quando veio finalmente a ser julgada, em 26.8.1992, já perdera seu objeto, dado que os valores retidos já haviam sido restituídos.

(...)

**Outro exemplo de uso do argumento consequencialista deu-se recentemente, quando o STF, depois de proclamar a inconstitucionalidade da lei de conversão da medida provisória que criara o Instituto Chico Mendes, por não ter observado o processo legislativo imposto pela Constituição, voltou atrás na decisão.**

(...)

**Uma das principais objeções ao consequencialismo é a de que tende a assumir um caráter utilitarista, e o utilitarismo pode levar à relativização da garantia dos direitos fundamentais e da dignidade humana em favor da realização de metas coletivas. (...)**

**Contudo, é possível adotar-se um consequencialismo não utilitarista. (...) Ocorre que também é possível avaliar as consequências de uma decisão com base em outros parâmetros que não os preconizados pelo utilitarismo, como, por exemplo, a sua aptidão para promover, de fato, os direitos fundamentais, a democracia e os valores republicanos.**

(...)

**Ademais, é possível levar em consideração as consequências práticas de uma decisão interpretativa, sem aderir ao pragmatismo jurídico. O exame das consequências pode ser concebido como um, dentre outros elementos a serem considerados na interpretação, e não como o elemento necessariamente preponderante para a definição da resposta**



correta em cada caso. Pode-se, ademais, abrir espaço para a consideração das consequências de cada escolha interpretativa, mas apenas no marco das possibilidades franqueadas pelo texto e pelo sistema constitucional como um todo. Essa linha consequencialista moderada e não utilitarista é preferível às opções extremas: (...). (...) Aliás, sob a égide de Constituição dirigente, que se propõe a atingir determinados fins, seria profundamente contraditório que se negasse ao intérprete a possibilidade de considerar os efeitos que as suas decisões tendem a produzir, no sentido da efetiva realização daqueles fins. Intérpretes constitucionais responsáveis não podem ignorar os efeitos das suas decisões.

67. Nesse sentido, é obrigatória a utilização do pregão, com fulcro no art. 4º do Decreto nº 5.450/05, a qual não se submete a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública ou a razões de puro pragmatismo governamental, fundadas na conveniência ou mera oportunidade, sob pena de comprometer a eficácia dos princípios da impessoalidade e eficiência, impregnados de estatura constitucional e que filtram as demais disposições normativas.

68. Por fim, o contratado deve cumprir as disposições normativas, no que couber, da Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91), além do Decreto nº 5.940/06, que institui a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, na fonte geradora, e a sua destinação às associações e cooperativas dos catadores de materiais recicláveis, na esteira do que impõe a Constituição da República.

69. A preservação do meio ambiente tem, igualmente, assento constitucional, o que implica a observância dos dispositivos constitucionais, legais e infralegais que predeterminam obrigações de cunho socioambiental e de acessibilidade, inclusive no bojo de licitações que envolvam obras, serviços, compras, alienações, cessões, entre outros objetos. Tendo em vista a controvérsia jurídica instalada, é relevante enfatizar os seguintes:

**Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.**

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

**I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;**

[...]

**VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;**

**VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.**

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

**§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.**

### III - CONCLUSÕES E PROPOSTAS DE ENCAMINHAMENTO

70. Portanto, dos argumentos assinalados ressaí que, na cessão de uso de imóvel administrado pela União, para fins de prestação de serviços de apoio, estes constituem o verdadeiro objeto contratual, ao passo que a cessão é apenas elemento, acessório e necessário, por intermédio do qual será alcançada a consecução do objetivo principal, que é a prestação de serviços que supram as necessidades dos seus servidores e administrados. Com efeito, para a consecução do objeto em exame, é obrigatória a utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, com fulcro no art. 4º do Decreto nº 5.450/05. Caso constatada a inviabilidade da forma eletrônica, deverá ser utilizada, excepcionalmente, a forma presencial, desde que por ato fundamentado em justificativas concretas e detalhadas, rigidamente sindicáveis pelos órgãos de controle competentes. Como consequência, são incabíveis as demais modalidades licitatórias convencionais, previstas na Lei nº 8.666/93.

71. Ademais, as receitas atinentes à cessão de uso de imóvel deverão ser prefixadas nos editais e, além disso, o Poder Público não poderá arcar com despesas (v.g. água, luz, telefone, internet, entre outras) em benefício do prestador de serviços, sendo imperiosa a prévia desvinculação, a fim de possibilitar a aferição autônoma dos gastos. No entanto, por ato administrativo fundamentado e em situações de justificada inviabilidade da imediata individualização, observado o disposto no Acórdão 187/2008-TCU-Plenário a respeito do reembolso das despesas,

deverá ser realizado estudo técnico específico a respeito de gastos decorrentes da utilização do bem.

72. Cumpre salientar, ainda, que o contratado deve cumprir as disposições normativas, no que couber, da Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91), além do Decreto nº 5.940/2006, que institui a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, na fonte geradora, e a sua destinação às associações e cooperativas dos catadores de materiais recicláveis.

73. Destarte, sugere-se a parcial superação do entendimento firmado no Parecer nº 117/2010/DECOR/CGU/AGU, que entendeu adequadas as modalidades tradicionais (v.g. convite, tomada de preços) para fins de prestação de serviços de apoio que englobem cessões de uso de imóveis administrados pela União. Por conseguinte, resta patente a necessidade de atualização do Manual de Licitações e Contratações Administrativas da Consultoria-Geral da União.

74. Além da ciência de todas as unidades consultivas, é imperioso que o Tribunal de Contas da União e a Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sejam informados, para fins de conhecimento acerca da evolução do entendimento no seio da Consultoria-Geral da União. Há que se dar ciência, adicionalmente, à Secretaria do Patrimônio da União para as providências de sua alçada, vez que a tese firmada tangencia a temática das avaliações imobiliárias.

À consideração superior.

Brasília, 22 de junho de 2016.

JOÃO PAULO CHAIM DA SILVA  
ADVOGADO DA UNIÃO  
RELATOR AD HOC

ANDRÉ RUFINO DO VALE

BRUNO ANDRADE COSTA

DANIEL ROCHA DE FARIAS

JOAQUIM MODESTO PINTO JUNIOR

LEONARDO RAUPP BOCORNY

LUIZ PALUMBO NETO

MANOEL PAZ E SILVA JUNIOR  
VASCONCELLOS

MARCELO AUGUSTO CARMO DE

MARCELO AZEVEDO DE ANDRADE

RAFAEL FIGUEIREDO FULGENCIO

RAFAEL MAGALHÃES FURTADO

RONNY CHARLES LOPES TORRES

TERESA VILLAC PINHEIRO BARKI

VANESSA CANEDO PINTO

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

[1] FILHO, MARÇAL JUSTEN. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª Ed., São Paulo, Editora Dialética, 2010, pp. 121 a 126.

[2] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Vade-mécum de licitações e contratos. Belo Horizonte: Editorial Fórum, 2006.

[3] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação Direta sem Licitação. 7ª ed. Belo Horizonte: Editorial Fórum, pp. 157/158.

[4] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação Direta sem Licitação. 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 171.

[5] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 1ª ed. Belo Horizonte: Editorial Fórum, 2012, p. 423/427.

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00402000662201541 e da chave de acesso 198ebcfb