



PROCESSO: **@CON 24/00402366**

AUTUADO: **10/05/2024** PROTOCOLO: **15045/2024**

RELATOR: **CONSELHEIRO Aderson Flores**

UN. GESTORA: **Prefeitura Municipal de Brusque**

RESPONSÁVEL:

INTERESSADO: **Daniel Felicio, Prefeitura Municipal de Brusque**

ESPÉCIE: **Consulta**

ASSUNTO: **Interpretação da Lei 14.133/2023 no que tange à modalidade de licitação a ser adotada e o critério utilizado nos casos de permissão/cessão de uso onerosa de bens públicos.**

Clique aqui para digitar texto.

PROCESSO Nº:	@CON 24/00402366
UNIDADE GESTORA:	Prefeitura Municipal de Brusque
INTERESSADOS:	Prefeitura Municipal de Brusque Daniel Felicio
ASSUNTO:	Interpretação da Lei 14.133/2023 no que tange à modalidade de licitação a ser adotada e o critério utilizado nos casos de permissão/cessão de uso onerosa de bens públicos.
RELATOR:	Aderson Flores
UNIDADE TÉCNICA:	Divisão 5 - DLC/CAJU I/DIV5
RELATÓRIO Nº:	DLC - 626/2024

EXMO. SR. RELATOR, CONSELHEIRO ADERSON FLORES,

1. INTRODUÇÃO

Os autos tratam do Processo de Consulta @CON 24/00402366 protocolizada no dia 10/05/2024 pelo Secretário de Transparência e Accountability do Município de Brusque, pela qual formula duas questões:

- 1) Qual a modalidade de licitação deve ser adotada nos casos de permissão/cessão de uso onerosa de bens públicos que possam ser explorados economicamente, a fim de garantir a competitividade e isonomia entre os interessados?
- 2) Como a administração pública deve conduzir as situações em que é necessário selecionar interessados em obter a permissão/cessão de uso de bens públicos que possam ser explorados economicamente, considerando a impossibilidade de utilizar a modalidade pregão com o critério de maior lance no contexto da Lei Federal nº 14.133/2021?

2. ANÁLISE

Após o recebimento da presente consulta, foram autuadas mais 05 (cinco) Consultas com conexão com os presentes autos. Vejamos pela ordem cronológica:

a) Em **17/05/2024** o Tribunal recebeu a Consulta autuada sob o n. @CON 24/00417479, formulada pelo Exmo. Sr. Wilson Trevisan, Prefeito de São Miguel do Oeste.

b) Em **27/05/2024** o Tribunal recebeu a Consulta autuada sob o n. @CON 24/00440705, formulada pela Controladora-Geral do Município Itajaí.

c) Em **17/06/2024** o Tribunal recebeu a Consulta autuada sob o n. @CON 24/00468030, formulada pelo Exmo. Sr. Prefeito Municipal de Colombo.

d) Em **01/08/2024** o Tribunal recebeu a Consulta autuada sob o n. @CON 24/00541056, encaminhada pela Exma. Sra. Luzia Iliane Vacarin, Prefeita do Município de Cunha Porã.

e) Em **02/08/2024** o Tribunal recebeu a Consulta autuada sob o n. @CON 24/00541218, encaminhada pelo Exmo. Sr. Agenor Coral, Prefeito do Município de Morro da Fumaça.

As 03 (três) primeiras Consultas já foram distribuídas por dependência para Vossa Excelência, nos termos do art. 119-C, I, da Resolução N. TC-06/2001.

Por sua vez, em relação às duas Consultas autuadas em agosto, a DLC formulou relatórios para sugerir aos respectivos Relatores a distribuição por dependência a estes autos nos termos do art. 119-C, I, da Resolução N. TC-06/2001.

Pela complexidade e amplitude da matéria objeto das 06 (seis) Consultas, viemos respeitosamente solicitar a prorrogação do prazo regimental para análise e emissão de relatório em mais 60 (sessenta) dias.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, respeitosamente, a Diretoria de Licitações e Contratações solicita ao Exmo. Sr. Relator Conselheiro Aderson Flores:

3.1. O deferimento do prazo de prorrogação do prazo para análise e emissão de Relatório em 60 (sessenta) dias a contar da presente data.

Diretoria de Licitações e Contratações, em 29 de agosto de 2024.

MARCELO DE ALMEIDA SARKIS

Auditor Fiscal de Controle Externo

De acordo.

BERNARDO HUMERES

Chefe de Divisão

De acordo.

CASSIO SEVERO RODRIGUES

Coordenador

De acordo.

Encaminhem-se os autos à apreciação do Exmo. Sr. Relator, ouvido preliminarmente o Ministério Público de Contas.

ROGERIO LOCH

Diretor

PROCESSO Nº: @CON-24/00402366
UNIDADE GESTORA: Prefeitura de Brusque
INTERESSADOS: Daniel Felício, Prefeitura de Brusque
ASSUNTO: Interpretação da Lei nº 14.133/2023 no que tange à modalidade de licitação a ser adotada e o critério utilizado nos casos de permissão/cessão de uso onerosa de bens públicos.
RELATOR: Aderson Flores
UNIDADE TÉCNICA: Divisão 5 - DLC/CAJU I/DIV5
DESPACHO: GAC/AF - 1390/2024

Autoriza-se a prorrogação de prazo nos termos solicitados pela Diretoria de Licitações e Contratações, com fundamento no art. 43, II, e § 1º, da Resolução nº TC-9/2002.

Florianópolis, 29 de fevereiro de 2024.

(assinado digitalmente)

ADERSON FLORES

Conselheiro Relator

Clique aqui para digitar texto.

PROCESSO Nº:	@CON 24/00402366
UNIDADE GESTORA:	Prefeitura Municipal de Brusque
INTERESSADOS:	Prefeitura Municipal de Brusque Daniel Felicio
ASSUNTO:	Interpretação da Lei 14.133/2023 no que tange à modalidade de licitação a ser adotada e o critério utilizado nos casos de permissão/cessão de uso onerosa de bens públicos.
RELATOR:	Aderson Flores
UNIDADE TÉCNICA:	Divisão 5 - DLC/CAJU I/DIV5
RELATÓRIO Nº:	DLC - 1069/2024

1. INTRODUÇÃO

1.1. Os autos tratam do Processo de Consulta @CON 24/00402366 protocolizada no dia 10/05/2024 pelo Secretário de Transparência e Accountability do Município de Brusque, pela qual formula duas questões:

1) Qual a modalidade de licitação deve ser adotada nos casos de permissão/cessão de uso onerosa de bens públicos que possam ser explorados economicamente, a fim de garantir a competitividade e isonomia entre os interessados?

2) Como a administração pública deve conduzir as situações em que é necessário selecionar interessados em obter a permissão/cessão de uso de bens públicos que possam ser explorados economicamente, considerando a impossibilidade de utilizar a modalidade pregão com o critério de maior lance no contexto da Lei Federal nº 14.133/2021?

1.2. Em seguida, no dia 17/05/2024, o Tribunal recebeu a Consulta autuada sob o n. @CON 24/00417479, formulada pelo Exmo. Sr. Wilson Trevisan, Prefeito de São Miguel do Oeste, que busca em síntese esclarecimentos acerca da modalidade licitatória adequada para fins de alienação de bem imóvel, com vistas a exigência de critérios objetivos.

A referida Consulta foi distribuída à Exma. Sra. Conselheira Sabrina Nunes Locken.

Na instrução da Consulta, esta Diretoria de Licitações e Contratações (DLC) sugeriu a distribuição por dependência dos presentes autos à @CON 00402366, considerada principal, por ter sido protocolada primeiro, em observância ao disposto no art. 119-C, I e III, da Resolução N. TC-06/2001.

No Despacho GCS/SNI - 305/2024, a Exma. Sra. Conselheira Sabrina Nunes locken à Secretaria Geral que proceda a redistribuição do presente processo, por dependência, ao Relator do processo n. @CON 24/00402366, Exmo. Sr. Conselheiro Aderson Flores, com a sua anuência.

1.3. Posteriormente, em 27/05/2024, o Tribunal recebeu a Consulta autuada sob o n. @CON 24/00440705, formulada pela Controladora-Geral do Município Itajaí, que, em síntese, busca esclarecimentos acerca da modalidade licitatória mais adequada e da conduta a ser realizada pelo órgão público nos casos de permissão/cessão de uso de bem público.

A referida Consulta foi distribuída ao Exmo. Sr. Conselheiro Adircélio de Moraes Ferreira Júnior.

Na instrução da Consulta, esta DLC sugeriu a vinculação por continência da Consulta aos autos da Consulta @CON 24/00402366 por entender que o cujo objeto é mais amplo.

Submetido os autos ao Exmo. Sr. Conselheiro Relator, por meio do Despacho GAC/AMF - 610/2024, após verificar que, de fato, a questão objeto da Consulta @CON 24/00402366 também trata de interpretação da Lei n. 14.133/2021, concernente à modalidade de licitação a ser adotada, bem como o critério utilizado nos casos de permissão/cessão onerosa de uso de bens públicos, determinou vincular os presentes autos à Consulta (CON) n. 24/00402366, considerada principal, por ter sido protocolada primeiro, em observância ao disposto no art. 25, inciso II da Resolução n. TC-126/2016.

1.4. Em 17/06/2024, o Tribunal recebeu a Consulta autuada sob o n. @CON 24/00468030, formulada pelo Exmo. Sr. Prefeito Municipal de Colombo.

A referida Consulta foi distribuída ao Exmo. Sr. Conselheiro Wilson Rogério Wan-Dall.

Na instrução da Consulta, esta DLC sugeriu a vinculação por continência da Consulta aos autos da Consulta @CON 24/00402366 por entender que o cujo objeto é mais amplo.

Submetido os autos ao Exmo. Sr. Conselheiro Relator, por meio do Despacho GAC/WWD - 628/2024, determinou a distribuição por dependência dos autos à @CON 24/00402366, considerada principal, por ter sido protocolada primeiro, em observância ao disposto no ar. 119-C, incisos I e III do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

1.5. Durante a instrução das Consultas, em 01/08/2024 o Tribunal recebeu a Consulta autuada sob o n. @CON 24/00541056, encaminhada pela Exma. Sra. Luzia Iliane Vacarin, Prefeita do Município de Cunha Porã.

A referida Consulta foi distribuída à Exma. Sra. Conselheira Sabrina Nunes locken.

Na instrução da Consulta, esta Diretoria de Licitações e Contratações (DLC) sugeriu a distribuição por dependência dos presentes autos ao Processo @CON 24/00402366, nos termos do art. 119-C, I, da Resolução N. TC-06/2001.

No Despacho GCS/SNI - 521/2024, a Exma. Sra. Conselheira Sabrina Nunes locken à Secretaria Geral que proceda a redistribuição do presente processo, por dependência, ao Relator do processo n. @CON 24/00402366, Exmo. Sr. Conselheiro Aderson Flores, com a sua anuência.

1.6. Por fim, em 02/08/2024 o Tribunal recebeu a Consulta autuada sob o n. @CON 24/00541218, encaminhada pelo Exmo. Sr. Agenor Coral, Prefeito do Município de Morro da Fumaça.

A referida Consulta foi distribuída ao Exmo. Sr. Conselheiro Luiz Roberto Herbst.

Na instrução da Consulta, esta Diretoria de Licitações e Contratações (DLC) sugeriu a distribuição por dependência dos presentes autos ao Processo @CON 24/00402366, nos termos do art. 119-C, I, da Resolução N. TC-06/2001.

No Despacho GAC/LRH - 752/2024, o Exmo. Sr. Conselheiro Luiz Roberto Herbst, após analisar os autos, determinou a redistribuição por dependência dos presentes autos ao relator do processo @CON 24/00402366, nos termos do art. 119-C, I e III, da Resolução N. TC-06/2001 (Regimento Interno).

1.7. Desta forma, inicialmente cumpre realizar a análise de admissibilidade das 6 (seis) Consultas.

2. ANÁLISE DE ADMISSIBILIDADE

2.1. A Constituição do Estado de Santa Catarina preceitua no inciso XII do art. 59 que o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC) é competente para “responder a consultas sobre interpretação de lei ou questão formulada em tese, relativas a matéria sujeita a sua fiscalização”.

2.2. No mesmo sentido, o artigo 1º, XV da Lei Complementar nº 202/2000 - Lei Orgânica do TCE/SC¹ dispõe que compete ao TCE/SC “responder consultas de autoridades competentes sobre interpretação de lei ou questão formulada em tese, relativas à matéria sujeita à sua fiscalização”.

2.3. Por sua vez, a Resolução nº TC 06/2001, Regimento Interno do TCE/SC², disciplina o instituto da Consulta no Capítulo VIII, entre os artigos 103 a 106-A, a seguir transcritos:

Art. 103. O Plenário decidirá sobre consultas quanto às dúvidas de natureza interpretativa do direito em tese, suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência do Tribunal, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

I - Governador do Estado e Prefeitos Municipais;

II - Presidente da Assembleia Legislativa e Presidentes de Câmaras Municipais;

III - Presidente do Tribunal de Justiça, Procurador-Geral de Justiça, Procurador-Geral do Estado, Defensor Público Geral do Estado e Controlador-Geral do Estado;

IV - Membros do Poder Legislativo estadual;

V - Secretários Estaduais, Comandante-Geral da Polícia Militar, Delegado-Geral da Polícia Civil, Comandante-Geral do Corpo de Bombeiros, Diretor Geral do Instituto-Geral de Perícias e Diretor do Departamento de Trânsito; e

VI - Dirigentes de autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas e mantidas pelo Estado ou pelo Município, e dos consórcios públicos. (Redação dada pela Resolução N. TC-0158/2020 – DOTC-e de 25.08.2020)

VII – Responsáveis pelo Controle Interno das unidades gestoras estaduais e municipais. (Incluído pela Resolução N. TC-246/2023 – DOTC-e de 14.12.2023)

Art. 104. A consulta deverá revestir-se das seguintes formalidades:

I - referir-se à matéria de competência do Tribunal;

II – versar sobre interpretação de lei ou questão formulada em tese;

III - ser subscrita por autoridade competente;

IV - conter indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada;

V - ser instruída com parecer de assessoria técnica ou jurídica, se existente, da entidade a que se vincula a autoridade consulente. (Redação dada pela Resolução N. TC-0158/2020 – DOTC-e de 25.08.2020)

§ 1º Cumulativamente com as formalidades do caput, as autoridades referidas nos incisos V, VI e VII do art. 103 deverão demonstrar a pertinência temática da consulta às respectivas áreas de atribuição das instituições que representam. (Redação dada pela Resolução N. TC-246/2023 – DOTC-e de 14.12.2023)

§ 2º O Relator ou o Tribunal Pleno, diante da relevância jurídica, econômica, social ou da repercussão da matéria no âmbito da Administração Pública, poderá determinar o seguimento do feito mesmo não estando preenchidos todos os requisitos de admissibilidade. (Redação dada pela Resolução N. TC-0158/2020 – DOTC-e de 25.08.2020)

§ 3º Poderá ser conhecida a consulta que versar sobre dúvida quanto à interpretação de lei ou à questão que se refiram a caso concreto, devendo a resposta do Tribunal ser formulada em tese. (Redação dada pela Resolução N. TC-0158/2020 – DOTC-e de 25.08.2020)

¹ Disponível em: <https://tcsc.tc.br/sites/default/files/LEI-ORGANICA-CONSOLIDADA.pdf>

² Disponível em: https://www.tcsc.tc.br/sites/default/files/leis_normas/REGIMENTO-INTERNO-CONSOLIDADO.pdf

§ 4º A resposta à consulta constitui prejulgamento da tese, mas não de fato ou de caso concreto. (Redação dada pela Resolução N. TC-0158/2020 – DOTC-e de 25.08.2020)

Art. 105. Art. 105. A consulta dirigida ao Tribunal de Contas será encaminhada à diretoria técnica competente para verificação dos requisitos de admissibilidade, autuação e instrução dos autos. (Redação dada pela Resolução N. TC-0158/2020 – DOTC-e de 25.08.2020)

§ 1º O Tribunal Pleno poderá determinar o arquivamento da consulta, remetendo ao consulente cópia de julgados anteriores quando o assunto a que se refere for objeto de prejulgado. (Redação dada pela Resolução N. TC-0158/2020 – DOTC-e de 25.08.2020)

§ 2º As consultas respondidas pelo Tribunal Pleno serão divulgadas e disponibilizadas, em seu inteiro teor, no Portal do Tribunal. (Redação dada pela Resolução N. TC-0158/2020 – DOTC-e de 25.08.2020)

Art. 106. A decisão do Tribunal Pleno em processo de consulta constituirá prejulgado na forma do art. 154, § 2º, deste Regimento.

Parágrafo único. Os prejulgados decorrentes de decisão em consulta serão consolidados, anualmente, por ato do Presidente do Tribunal de Contas. Art.

106-A. O Tribunal de Contas exercerá sua função pedagógica e preventiva por meio dos seus membros e órgãos de controle, orientando os jurisdicionados e os administradores com o objetivo de aprimorar a governança, a gestão e a prestação de serviços públicos, bem como de prevenir irregularidades. (Redação dada pela Resolução N. TC-0158/2020 – DOTC-e de 25.08.2020)

Parágrafo único. As orientações a que se referem o caput deverão ser, preferencialmente, prestadas de maneira formal e fundamentadas na jurisprudência do Tribunal e, pelo fato de não serem apreciadas pelo colegiado, não vinculam manifestação plenária posterior. (Redação dada pela Resolução N. TC-0158/2020 – DOTC-e de 25.08.2020)

Desta forma, passamos a realizar a análise de admissibilidade individualizada dos processos.

2.4. ANÁLISE DE ADMISSIBILIDADE DO PROCESSO @CON 24/00402366

a) Da Competência em razão da matéria (art. 104, I)

A Consulta se refere a matéria de competência do TCE/SC. Portanto, a Consulta preenche o requisito do art. 104, I, do Regimento Interno.

b) Do Objeto da Consulta (art. 104, II)

A Consulta versa sobre a interpretação da legislação. Portanto, a Consulta preenche o requisito do art. 104, II, do Regimento Interno.

c) Da Legitimidade do Consulente (art. 104, III)

A Consulta foi encaminhada pelo Sr. Daniel Felício, que subscreve a presente mesma assinando como *Secretário de Transparência e Accountability*, citando legislação local, mas não esclarecendo a sua legitimidade.

Como é sabido, os Responsáveis pelo Controle Interno das unidades gestoras estaduais e municipais passaram a ser autoridades com legitimidade para formular Consultas a partir da Resolução N. TC-246/2023, publicada no DOTC-e de 14.12.2023.

Desta forma, inicialmente, a instrução identificou que a apesar do cargo intitulado como *Secretário de Transparência e Accountability*, a folha é timbrada como Controladoria Municipal, bem como no site do Município de Brusque o Sr. Daniel Felício consta como Controlador-Geral do Município:

<https://www.brusque.sc.gov.br/secretaria/controladoria-municipal>

Ao acessar a legislação citada pelo Consulente na petição inicial, Lei Complementar Municipal nº 409, de 06 de maio de 2024³, verificou-se que a lei altera, acrescenta e revoga dispositivos legais na Lei da Estrutura Administrativa do Poder Executivo Municipal - Lei Complementar nº 322, de 22 de dezembro de 2020, e dá outras providências.

Em relação à Secretaria Municipal de Transparência e Accountability, a Controladoria passou a ser vinculada a esta nova pasta:

Seção III

Secretaria Municipal de Transparência e Accountability

"Art. 6º Compete à Secretaria Municipal de Transparência e Accountability desenvolver políticas e diretrizes que reforcem o compliance em todas as esferas da administração municipal de modo a promover a integridade e a transparência na administração pública, garantindo que todas as atividades e transações do governo sejam realizadas de maneira aberta e acessível aos cidadãos. Implementar sistemas de monitoramento e controle que garantam o cumprimento das diretrizes de integridade e compliance, e a promoção de uma cultura de ética e legalidade entre os funcionários públicos. Coordenar ações de capacitação e treinamento para os servidores públicos sobre as práticas de integridade e compliance. Gerir e manter canais de comunicação eficazes entre a administração municipal e a comunidade, por meio da Ouvidoria-Geral. Realizar auditorias regulares e inspeções nos diversos órgãos municipais, assegurando a aderência aos procedimentos estabelecidos e a correção de quaisquer desvios encontrados.

"Art. 7º **É vinculada a Secretaria Municipal de Transparência e Accountability a Diretoria-Geral de Transparência**, e os setores de Ouvidoria-Geral e **Controladoria**, sendo os dois últimos necessariamente

³ Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/b/brusque/lei-complementar/2024/41/409/lei-complementar-n-409-2024-altera-acrescenta-e-revoga-dispositivos-legais-na-lei-da-estrutura-administrativa-do-poder-executivo-municipal-lei-complementar-n-322-de-22-de-dezembro-de-2020-e-da-outras-providencias>

coordenados por servidores efetivos da Prefeitura Municipal de Brusque. Parágrafo único. São Unidades Administrativas subordinadas à Secretaria Municipal de Transparência e Accountability:

I - Diretoria-Geral de Transparência e Accountability;

II - Chefia de Transparência e Accountability;

III - Assessoria de Transparência e Accountability;

(Grifo nosso)

Por sua vez, a Lei Complementar Municipal nº 322, de 22 de dezembro de 2020⁴ ficou com a seguinte redação:

LEI COMPLEMENTAR Nº 322, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2020.

Dispõe sobre a estrutura administrativa do Poder Executivo do Município de Brusque e dá outras providências.

O PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BRUSQUE, Faço saber que a Câmara Municipal aprovou e eu sanciono e promulgo a seguinte Lei Complementar:

CAPÍTULO I

DA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA

Art. 1º A Estrutura Administrativa do Poder Executivo Municipal de Brusque fica assim constituída:

I - órgãos de Assessoramento Superior:

a) Gabinete do Prefeito;

b) Procuradoria-Geral do Município;

c) **Controladoria do Município; (Revogado pela Lei Complementar nº 409/2024)**

II - órgãos da Administração Direta:

a) Secretaria Municipal de Orçamento, Finanças e Patrimônio;

b) Secretaria Municipal de Comunicação Social;

c) Secretaria Municipal de Governo;

d) Secretaria Municipal de Educação;

e) Secretaria Municipal de Fazenda e Gestão Estratégica;

f) Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social;

g) Secretaria Municipal de Saúde;

h) Secretaria Municipal de Desenvolvimento Econômico e Turismo;

i) Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos;

j) Secretaria Municipal de Infraestrutura Estratégica.

k) **Secretaria Municipal de Transparência e Accountability. (Redação acrescida pela Lei Complementar nº 409/2024)**

(Grifo nosso)

Portanto, o Consulente é autoridade legítima e a Consulta preenche o requisito do art. 104, III, do Regimento Interno.

d) Da indicação precisa da dúvida ou controvérsia (art. 104, IV)

4 Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/b/brusque/lei-complementar/2020/32/322/lei-complementar-n-322-2020-dispoe-sobre-a-estrutura-administrativa-do-poder-executivo-do-municipio-de-brusque-e-da-outras-providencias>

A Consulta indica precisamente o objeto da dúvida, preenchendo o requisito do art. 104, IV, do Regimento Interno.

e) Da instrução com parecer de assessoria técnica ou jurídica, se existente, da entidade a que se vincula a autoridade consulente (art. 104, V)

A Consulta foi instruída com parecer de assessoria técnica ou jurídica. Portanto, a Consulta preenche o requisito do art. 104, V, do Regimento Interno.

Conclusão: A Consulta autuada sob o n. @CON 24/00402366 preenche os requisitos de admissibilidade.

2.5. ANÁLISE DE ADMISSIBILIDADE DO PROCESSO @CON 24/00417479

a) Da Competência em razão da matéria (art. 104, I)

A Consulta se refere a matéria de competência do TCE/SC. Portanto, a Consulta preenche o requisito do art. 104, I, do Regimento Interno.

b) Do Objeto da Consulta (art. 104, II)

A Consulta questiona a modalidade correta e ser aplicada no processo licitatório para fins de alienação de bem imóvel mediante o cumprimento de critérios objetivos, nos termos do art. 26 da Lei Municipal 7.660/2019.

Como é sabido, em sede de Consulta, o Regimento Interno prevê o conhecimento de consulta que verse sobre a interpretação de lei ou questão formulada em tese.

De forma excepcional, o §3º do art. 104 do Regimento Interno prevê que poderá ser conhecida a consulta que versar sobre dúvida quanto à interpretação de lei ou à questão que se refiram a caso concreto, devendo a resposta do Tribunal ser formulada em tese.

E o subsequente § 4º do art. 104 do Regimento Interno dispõe que a resposta à consulta constitui prejulgamento da tese, mas não de fato ou de caso concreto, ambos com redação dada pela Resolução N. TC-0158/2020.

Desta forma, não há óbice ao Conhecimento da presente Consulta, restando claro que a resposta será formulada em tese, sem poder analisar as circunstâncias do caso concreto trazido pelo Consulente.

Portanto, entende-se que a Consulta pode ser conhecida nos termos do art. 104, II, c/c §3º do Regimento Interno.

c) Da Legitimidade do Consulente (art. 104, III)

A Consulta foi encaminhada pelo Sr. Prefeito Wilson Trevisan, Prefeito Municipal. Portanto, o Consulente é autoridade legítima e a Consulta preenche o requisito do art. 104, III, do Regimento Interno.

d) Da indicação precisa da dúvida ou controvérsia (art. 104, IV)

A Consulta indica precisamente o objeto da dúvida, preenchendo o requisito do art. 104, IV, do Regimento Interno.

e) Da instrução com parecer de assessoria técnica ou jurídica, se existente, da entidade a que se vincula a autoridade consulente (art. 104, V)

A Consulta foi instruída com parecer de assessoria técnica ou jurídica. Portanto, a Consulta preenche o requisito do art. 104, V, do Regimento Interno.

Conclusão: A Consulta autuada sob o n. @CON 24/00417479 preenche os requisitos de admissibilidade.

2.6. ANÁLISE DE ADMISSIBILIDADE DO PROCESSO @CON 24/00440705

a) Da Competência em razão da matéria (art. 104, I)

A Consulta se refere a matéria de competência do TCE/SC. Portanto, a Consulta preenche o requisito do art. 104, I, do Regimento Interno.

b) Do Objeto da Consulta (art. 104, II)

A Consulta formula duas questões:

1) Qual a modalidade de licitação deve ser adotada nos casos de permissão/cessão de uso onerosa de bens públicos que possam ser explorados economicamente, a fim de garantir a competitividade e isonomia entre os interessados?

2) Como a administração pública deve conduzir as situações em que é necessário selecionar interessados em obter a permissão/cessão de uso de bens públicos que possam ser explorados economicamente, considerando a impossibilidade de utilizar a modalidade pregão com o critério de maior lance no contexto da Lei Federal nº 14.133/2021?

Portanto, a Consulta versa sobre a interpretação da legislação e preenche o requisito do art. 104, II, do Regimento Interno.

c) Da Legitimidade do Consulente (art. 104, III)

A Consulta foi encaminhada pela Controladora-Geral do Município de Itajaí. Portanto, a Consulente é autoridade legítima e a Consulta preenche o requisito do art. 104, III, do Regimento Interno.

d) Da indicação precisa da dúvida ou controvérsia (art. 104, IV)

A Consulta indica precisamente o objeto da dúvida, preenchendo o requisito do art. 104, IV, do Regimento Interno.

e) Da instrução com parecer de assessoria técnica ou jurídica, se existente, da entidade a que se vincula a autoridade consulente (art. 104, V)

A Consulta foi instruída com parecer de assessoria técnica ou jurídica. Portanto, a Consulta preenche o requisito do art. 104, V, do Regimento Interno.

Conclusão: A Consulta autuada sob o n. @CON 24/00440705 preenche os requisitos de admissibilidade.

2.7. ANÁLISE DE ADMISSIBILIDADE DO PROCESSO @CON 24/00468030

a) Da Competência em razão da matéria (art. 104, I)

A Consulta se refere a matéria de competência do TCE/SC. Portanto, a Consulta preenche o requisito do art. 104, I, do Regimento Interno.

b) Do Objeto da Consulta (art. 104, II)

A Consulta formula duas questões:

1) É possível utilizar a modalidade Concorrência e o critério de julgamento técnica e preço, consistindo em maior número de empregos gerados e/ou mais investimento e/ou maior capacidade de atendimento/processamento, para o empreendimento possa, de fato, retornar o maior movimento econômico à municipalidade?

2) Se a resposta for negativa, utilizando a modalidade Leilão há possibilidade da maior oferta ser qualitativa, empregos gerados e/ou maior investimento e/ou maior capacidade de atendimento/processamento ao invés de monetária?

A Consulta contextualiza que a Lei Municipal n. 2.964/2021 estabelece que a concessão do direito real de uso será precedida de licitação que deve ter como critério de julgamento melhor técnica e preço, conforme art. 9º, §5º, sendo que o maior lance não faz parte das possibilidades de julgamento admitidas pela Lei Municipal.

Novamente é necessário esclarecer que em sede de Consulta, o Regimento Interno prevê o conhecimento de consulta que verse sobre a interpretação de lei ou questão formulada em tese.

De forma excepcional, o §3º do art. 104 do Regimento Interno prevê que poderá ser conhecida a consulta que versar sobre dúvida quanto à interpretação de lei ou à questão que se refiram a caso concreto, devendo a resposta do Tribunal ser formulada em tese.

E o subsequente § 4º do art. 104 do Regimento Interno dispõe que a resposta à consulta constitui prejulgamento da tese, mas não de fato ou de caso concreto, ambos com redação dada pela Resolução N. TC-0158/2020.

Desta forma, não há óbice ao Conhecimento da presente Consulta, restando claro que a resposta será formulada em tese, sem poder analisar as circunstâncias do caso concreto trazido pelo Consulente.

Portanto, entende-se que a Consulta pode ser conhecida nos termos do art. 104, II, c/c §3º do Regimento Interno.

c) Da Legitimidade do Consulente (art. 104, III)

A Consulta foi encaminhada pelo Exmo. Sr. Prefeito Municipal. Portanto, o Consulente é autoridade legítima e a Consulta preenche o requisito do art. 104, III, do Regimento Interno.

d) Da indicação precisa da dúvida ou controvérsia (art. 104, IV)

A Consulta indica precisamente o objeto da dúvida, preenchendo o requisito do art. 104, IV, do Regimento Interno.

e) Da instrução com parecer de assessoria técnica ou jurídica, se existente, da entidade a que se vincula a autoridade consulente (art. 104, V)

A Consulta foi instruída com parecer de assessoria técnica ou jurídica. Portanto, a Consulta preenche o requisito do art. 104, V, do Regimento Interno.

Conclusão: A Consulta autuada sob o n. @CON 24/00468030 preenche os requisitos de admissibilidade.

2.8. ANÁLISE DE ADMISSIBILIDADE DO PROCESSO @CON 24/00541056

a) Da Competência em razão da matéria (art. 104, I)

A Consulta se refere a matéria de competência do TCE/SC. Portanto, a Consulta preenche o requisito do art. 104, I, do Regimento Interno.

b) Do Objeto da Consulta (art. 104, II)

A Consulta formula 7 (sete) questões:

1. É possível realizar leilão vinculando o vendedor a cumprir obrigações em relação a encargos de instalação/ampliação de empresas para gerar empregos e movimento econômico no Município de Cunha Porã/SC?

2. É possível vincular o licitante vencedor do certame impondo cláusula de reversão em caso de descumprir a finalidade empresarial do imóvel adquirido?

3. É possível utilizar modalidade de concorrência e estabelecer critérios de julgamento de técnica e preço?

4. É possível alienar através de leilão criando requisitos de habilitação para atingir a finalidade industrial?

5. De que forma poderia ser realizada a venda através da utilização de critério de técnica e preço, sendo que não é possível a finalização no sistema através de alienação na modalidade de concorrência?

6. Se o pagamento dos lotes for realizado de forma parcelada, desta forma, seria possível a vinculação à contrato administrativo? Seria possível vincular forma parcelada ao leilão?

7. Seria possível aplicar por analogia a legislação estadual 18.320, de 30 de dezembro de 2021, para alienação por concorrência?

Como se depreende, as questões trazem as dúvidas de forma muito clara e ampla, sendo que a última questão menciona a legislação estadual.

Como é sabido, em sede de Consulta, o Regimento Interno prevê o conhecimento de consulta que verse sobre a interpretação de lei ou questão formulada em tese.

De forma excepcional, o §3º do art. 104 do Regimento Interno prevê que poderá ser conhecida a consulta que versar sobre dúvida quanto à interpretação de lei ou à questão que se refiram a caso concreto, devendo a resposta do Tribunal ser formulada em tese.

E o subsequente § 4º do art. 104 do Regimento Interno dispõe que a resposta à consulta constitui prejulgamento da tese, mas não de fato ou de caso concreto, ambos com redação dada pela Resolução N. TC-0158/2020.

Desta forma, não há óbice ao Conhecimento da presente Consulta, restando claro que a resposta será formulada em tese, sem poder analisar as circunstâncias do caso concreto trazido pelo Consulente.

Portanto, entende-se que a Consulta pode ser conhecida nos termos do art. 104, II, c/c §3º do Regimento Interno.

c) Da Legitimidade do Consulente (art. 104, III)

A Consulta foi encaminhada pelo Exma. Sra. Prefeita Municipal. Portanto, a Consulente é autoridade legítima e a Consulta preenche o requisito do art. 104, III, do Regimento Interno.

d) Da indicação precisa da dúvida ou controvérsia (art. 104, IV)

A Consulta indica precisamente o objeto da dúvida, preenchendo o requisito do art. 104, IV, do Regimento Interno.

e) Da instrução com parecer de assessoria técnica ou jurídica, se existente, da entidade a que se vincula a autoridade consulente (art. 104, V)

A Consulta foi instruída com parecer de assessoria jurídica. Portanto, a Consulta preenche o requisito do art. 104, V, do Regimento Interno.

Conclusão: A Consulta autuada sob o n. @CON 24/00541056 preenche os requisitos de admissibilidade.

2.9. ANÁLISE DE ADMISSIBILIDADE DO PROCESSO @CON 24/00541218

a) Da Competência em razão da matéria (art. 104, I)

A Consulta se refere a matéria de competência do TCE/SC. Portanto, a Consulta preenche o requisito do art. 104, I, do Regimento Interno.

b) Do Objeto da Consulta (art. 104, II)

A Consulta cita legislação local que “autoriza a concessão de direito real de uso de terrenos pertencentes ao poder público municipal, em locais adequados (áreas industriais) às empresas novas e existentes que tenham interesse em se instalar no Município, mediante prévia aprovação por par te do Conselho de Desenvolvimento Econômico Local”.

Dentro do referido contexto, o Consulente apresenta a Consulta “visando encontrar a solução mais adequada para que se dê a escolha dos Concessionários dos imóveis a partir do julgamento de critérios estipulados pelo Conselho de Desenvolvimento Econômico, e não baseado no maior lance, conforme determina a Lei 14.133/2021”.

Como é sabido, em sede de Consulta, o Regimento Interno prevê o conhecimento de consulta que verse sobre a interpretação de lei ou questão formulada em tese.

De forma excepcional, o §3º do art. 104 do Regimento Interno prevê que poderá ser conhecida a consulta que versar sobre dúvida quanto à interpretação de lei ou à questão que se refiram a caso concreto, devendo a resposta do Tribunal ser formulada em tese.

E o subsequente § 4º do art. 104 do Regimento Interno dispõe que a resposta à consulta constitui prejulgamento da tese, mas não de fato ou de caso concreto, ambos com redação dada pela Resolução N. TC-0158/2020.

Desta forma, não há óbice ao Conhecimento da presente Consulta, restando claro que a resposta será formulada em tese, sem poder analisar as circunstâncias do caso concreto trazido pelo Consulente.

Portanto, entende-se que a Consulta pode ser conhecida nos termos do art. 104, II, c/c §3º do Regimento Interno.

c) Da Legitimidade do Consulente (art. 104, III)

A Consulta foi subscrita pelo Prefeito Municipal em conjunto com o Procurador-Geral do Município. O Prefeito é autoridade legítima. Portanto, entende-se que a Consulta preenche o requisito do art. 104, III, do Regimento Interno.

d) Da indicação precisa da dúvida ou controvérsia (art. 104, IV)

A Consulta indica precisamente o objeto da dúvida, preenchendo o requisito do art. 104, IV, do Regimento Interno. Vejamos o texto da Consulta:

Em síntese, a Municipalidade possui em sua legislação local a Lei nº 2.189/2021, cuja ementa "CONCEDE INCENTIVO FISCAL E ECONÔMICO PARA EMPRESAS QUE SE ESTABELEÇAM NO MUNICÍPIO OU NELE AMPLIEM SUAS ATIVIDADES, DISPÕE SOBRE O CONSELHO MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS", na qual, autoriza a concessão de direito real de uso de terrenos pertencentes ao poder público municipal, em locais adequados (áreas industriais) às empresas novas e existentes que tenham interesse em se instalar no Município, mediante prévia aprovação por parte do Conselho de Desenvolvimento Econômico Local.

Referida concessão, todavia, salvo exceções, vincula -se à realização de procedimento licitatório, na modalidade Concorrência, nos termos da já revogada Lei nº 8.666/93.

Porém, com o advento da Nova Lei de Licitações, é sabido que a modalidade Concorrência tornou -se inviável para realização de licitações cujo objeto seja a concessão de bens públicos. Assim, com a Lei nº 14.133/2021, o Leilão passou a ser modalidade aplicável ao caso.

Ocorre que, dentre os critérios para seleção de propostas em Leilões públicos, vislumbra -se a incidência única e exclusiva do julgamento por 'Maior Lance', inaplicável ao caso em comento.

Isto se dá, primeiramente, porque o que se espera da concessão pretendida, é buscar a instalação das empresas que a curto/longo prazo, proporcionem o maior retorno ao Município, no âmbito da arrecadação, geração de emprego, dentre outros, a partir da avaliação do Conselho de Desenvolvimento Econômico, mediante a valoração das empresas pretendentes através do julgamento de critérios objetivos.

Ainda, o Município propicia inúmeras alternativas aos concorrentes em razão da grande oferta, e sendo assim, ainda restarão novas áreas para concessões, fato que demonstra também a inviabilidade da modalidade de leilão pelo maior lance.

Portanto, seguindo padrões observados em outros município s, surgiu a hipótese de realizar um edital de chamamento público para empresas que possuem interesse em se instalar no município , que será seguido de lei autorizativa para a concessão do bem pelo prazo previsto na legislação já existente.

Assim, impossibilitado de efetuar a concessão a partir dos mecanismos instituídos pela Nova Lei de Licitações, venho formalizar a presente consulta, visando encontrar a solução mais adequada para que se dê a escolha dos Concessionários dos imóveis a partir do julgamento de critérios estipulados pelo Conselho de Desenvolvimento Econômico, e não baseado no maior lance, conforme determina a Lei 14.133/2021.

e) Da instrução com parecer de assessoria técnica ou jurídica, se existente, da entidade a que se vincula a autoridade consulente (art. 104, V)

Apesar da Consulta ser subscrita pelo Procurador-Geral em conjunto com o Prefeito Municipal, a mesma não foi instruída com parecer de assessoria técnica ou jurídica.

De toda forma, considerando que as 6 (seis) Consultas serão analisadas em conjunto, tendo as demais sido instruídas de forma regular, excepcionalmente a instrução manifesta pelo conhecimento da Consulta sem a instrução por parecer de assessoria técnica ou jurídica.

Conclusão: A Consulta autuada sob o n. @CON 24/00541218 pode ser admitida para análise conjunta com os demais processos.

2.10. CONCLUSÃO DA ADMISSIBILIDADE

As consultas devem ser admitidas para análise e julgamento.

3. ANÁLISE DE MÉRITO

3.1. DO OBJETO DAS CONSULTAS

A primeira Consulta @CON 24/00402366 formula duas questões:

- 1) Qual a modalidade de licitação deve ser adotada nos casos de permissão/cessão de uso onerosa de bens públicos que possam ser explorados economicamente, a fim de garantir a competitividade e isonomia entre os interessados?
- 2) Como a administração pública deve conduzir as situações em que é necessário selecionar interessados em obter a permissão/cessão de uso de bens públicos que possam ser explorados economicamente, considerando a impossibilidade de utilizar a modalidade pregão com o critério de maior lance no contexto da Lei Federal nº 14.133/2021?

De forma semelhante, a Consulta @CON 24/00440705 formula duas questões:

- 1) Qual a modalidade de licitação deve ser adotada nos casos de permissão/cessão de uso onerosa de bens públicos que possam ser

explorados economicamente, a fim de garantir a competitividade e isonomia entre os interessados?

2) Como a administração pública deve conduzir as situações em que é necessário selecionar interessados em obter a permissão/cessão de uso de bens públicos que possam ser explorados economicamente, considerando a impossibilidade de utilizar a modalidade pregão com o critério de maior lance no contexto da Lei Federal nº 14.133/2021?

Como se depreende, nestas duas Consultas os Consulentes trazem a dificuldade real da gestão pública em face da “impossibilidade de utilizar a modalidade pregão com o critério de maior lance no contexto da Lei Federal nº 14.133/2021?” em razão da ausência de previsão legal.

Por sua vez, a Consulta @CON 24/00417479 questiona a modalidade correta a ser aplicada no processo licitatório, para fins de alienação de bem imóvel, mediante o cumprimento de critérios objetivos, nos termos do art. 26 da Lei Municipal 7.660/2019.

A Consulta @CON 24/00417479 contextualiza o questionamento relacionado ao art. 26 da Lei Municipal com a Nova Lei de Licitações e Contratações:

A Municipalidade sancionou a Lei 7.660/2019, a qual instituiu o Programa “Agora é Crescer” e, em seu art. 26, tratou dos estímulos econômicos e incentivos fiscais, dispondo que “as áreas destinadas exclusivamente à implantação de indústrias serão alienadas com benefícios, precedidas de licitação na modalidade Concorrência, mediante o cumprimento pelo beneficiário de, no mínimo, os seguintes encargos: [...]”.

À luz da Lei Federal 14.133/2021, a única modalidade disponível para alienar bem imóvel é por meio de leilão, uma vez que a concorrência se presta para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia. Ocorre que o leilão só admite maior lance como critério de julgamento, conforme dispõe o inciso V do art. 33 da Lei 14.133/2021.

Com efeito, amparada pela Lei 7.660/2019, a Municipalidade está diante de critérios a serem cumpridos pelo licitante vencedor, não bastando, portanto, somente o maior lance.

Nestes moldes, observa-se que a Nova Lei de Licitações, em nenhum momento, previu o uso de critério de julgamento técnica e preço para alienação de bens imóveis.

Dessa forma, considerando que a matéria objeto do questionamento ainda não foi apreciada pelo Plenário do TCE/SC e que o parecer jurídico anexo não é conclusivo e opinou pelo envio de consulta ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, questiona-se acerca da modalidade correta e ser aplicada no processo licitatório, para fins de alienação de bem imóvel, mediante o cumprimento de critérios objetivos, nos termos do art. 26 da Lei Municipal 7.660/2019.

Da mesma forma que as Consultas anteriores, o Consulente traz uma dificuldade real de gestão, porém cita legislação local aplicável ao caso concreto.

Em seguida, a Consulta @CON 24/00468030 questiona:

1. É possível utilizar a modalidade Concorrência e o critério de julgamento técnica e preço, consistindo em maior número de empregos gerados e/ou mais investimento e/ou maior capacidade de atendimento/processamento, para o empreendimento possa, de fato, retornar o maior movimento econômico à municipalidade?
- 2) Se a resposta for negativa, utilizando a modalidade Leilão há possibilidade da maior oferta ser qualitativa, empregos gerados e/ou maior investimento e/ou maior capacidade de atendimento/processamento ao invés de monetária?

A Consulta contextualiza que a Lei Municipal 2.964/2021 estabelece que a concessão do direito real de uso será precedida de licitação que deve ter como critério de julgamento melhor técnica e preço, conforme art. 9º, §5º, sendo que o maior lance não faz parte das possibilidades de julgamento admitidas pela Lei Municipal.

Da mesma forma que a Consulta anterior, o Consulente traz uma dificuldade real de gestão e cita legislação local aplicável ao caso concreto.

Em seguida, foi autuado o Processo @CON 24/00541056, que formulou 7 (sete) questões que retratam muito bem a dificuldade real do gestor no tema. Vejamos novamente:

1. É possível realizar leilão vinculando o vendedor a cumprir obrigações em relação a encargos de instalação/ampliação de empresas para gerar empregos e movimento econômico no Município de Cunha Porã/SC?
2. É possível vincular o licitante vencedor do certame impondo cláusula de reversão em caso de descumprir a finalidade empresarial do imóvel adquirido?
3. É possível utilizar modalidade de concorrência e estabelecer critérios de julgamento de técnica e preço?
4. É possível alienar através de leilão criando requisitos de habilitação para atingir a finalidade industrial?
5. De que forma poderia ser realizada a venda através da utilização de critério de técnica e preço, sendo que não é possível a finalização no sistema através de alienação na modalidade de concorrência?
6. Se o pagamento dos lotes for realizado de forma parcelada, desta forma, seria possível a vinculação à contrato administrativo? Seria possível vincular forma parcelada ao leilão?
7. Seria possível aplicar por analogia a legislação estadual 18.320, de 30 de dezembro de 2021, para alienação por concorrência?

Por fim, foi autuado o Processo @CON 24/00541218, que busca a solução “mais adequada para que se dê a escolha dos Concessionários dos imóveis a partir do julgamento de critérios estipulados pelo Conselho de Desenvolvimento Econômico, e não baseado no maior lance, conforme determina a Lei 14.133/2021”.

Os pareceres jurídicos que instruem as Consultas @CON 24/00402366 (fls. 07 a 20), CON 24/00440705 (fls. 07 a 13), @CON 24/00417479 (fls. 37 a 40), @CON 24/00468030 (fls. 05 a 11) e @CON 24/00541056 (fls. 06 a 10) citam com profundidade a legislação, o tratamento anterior da matéria pela legislação revogada, a relevância do assunto e as decisões sobre o tema, sendo de grande relevância para a análise da matéria.

Para realizar a análise das Consultas, inicialmente cumpre analisar os dispositivos da Lei n. 14.133/2021, Nova Lei de Licitações e Contratações.

3.2. DOS DISPOSITIVOS DA LEI N. 14.133/2021 APLICÁVEIS AO CASO

A Nova Lei de Licitações e Contratações inicia o Título I - Disposições Preliminares, tratando no Capítulo I, do âmbito de aplicação da lei.

Logo no art. 2º está disposto que a Lei aplica-se à **alienação e concessão de direito real de uso de bens e à concessão e permissão de uso de bens públicos:**

Art. 2º Esta Lei aplica-se a:

I - alienação e concessão de direito real de uso de bens;

II - compra, inclusive por encomenda;

III - locação;

IV - concessão e permissão de uso de bens públicos;

V - prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados;

VI - obras e serviços de arquitetura e engenharia;

VII - contratações de tecnologia da informação e de comunicação.

(Grifo nosso)

A previsão da concessão de direito real de uso de bens junto com a alienação de bens demonstra o conteúdo econômico da concessão de direito real de uso de bens, pois pode resultar em direitos equivalentes ao da propriedade, tratando-se de um contrato comum na Administração pública.

Registra-se também que a Concessão de direito real está prevista no art. 7º do Decreto-Lei n. 271/67⁵:

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 regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus

⁵ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03///Decreto-Lei/Del0271.htm

meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. [\(Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007\)](#)

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

§ 2º Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

§ 3º Resolve-se a concessão antes de seu termo, desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza.

§ 4º A concessão de uso, salvo disposição contratual em contrário, transfere-se por ato inter vivos, ou por sucessão legítima ou testamentária, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, registrando-se a transferência.

~~§ 5º~~ [\(Vide Medida Provisória nº 335, de 2006\)](#)

§ 5º Para efeito de aplicação do disposto no caput deste artigo, deverá ser observada a anuência prévia: [\(Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007\)](#)

I - do Ministério da Defesa e dos Comandos da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, quando se tratar de imóveis que estejam sob sua administração; e [\(Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007\)](#)

II - do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência de República, observados os termos do inciso III do § 1º do art. 91 da Constituição Federal. [\(Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007\)](#)

Retornando ao exame da Nova Lei de Licitações e Contratações, no capítulo II – Dos Princípios, são elencados os princípios aplicáveis à Nova Lei de Licitações e Contratações:

CAPÍTULO II DOS PRINCÍPIOS

Art. 5º **Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios** da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, **assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).**

(Grifo nosso)

Os princípios devem guiar e servir de orientação a toda atividade realizada, especialmente as licitações e contratações.

Em seguida, no Capítulo III - o legislador traz as definições da Lei, da qual se destaca a definição do Leilão e do Pregão:

CAPÍTULO III DAS DEFINIÇÕES

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

[...]

XIII - bens e serviços comuns: aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado;

XIV - bens e serviços especiais: aqueles que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não podem ser descritos na forma do inciso XIII do caput deste artigo, exigida justificativa prévia do contratante;

[...]

XXXVIII - concorrência: modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser:

- a) menor preço;
- b) melhor técnica ou conteúdo artístico;
- c) técnica e preço;
- d) maior retorno econômico;
- e) maior desconto;

[...]

XL - leilão: modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance;

XLI - pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;

(Grifo nosso)

A Nova Lei de Licitações e Contratações trouxe uma série de definições.

Destaca-se que o leilão é a modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance.

Por sua vez, o pregão é a modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto

Avançando na leitura da Lei, o Título II trata das Licitações. O Capítulo I do Título II dispõe sobre o Processo Licitatório.

O art. 11 é preciso ao elencar os objetivos do processo licitatório:

Art. 11. **O processo licitatório tem por objetivos:**

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos,

com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.
(Grifo nosso)

Posteriormente o Capítulo II do Título II trata da fase preparatória do processo licitatório a partir do art. 18. As modalidades de licitação estão previstas no art. 28:

Seção II

Das Modalidades de Licitação

Art. 28. **São modalidades de licitação:**

I - pregão;

II - concorrência;

III - concurso;

IV - leilão;

V - diálogo competitivo.

§ 1º Além das modalidades referidas no caput deste artigo, a Administração pode servir-se dos procedimentos auxiliares previstos no art. 78 desta Lei.

§ 2º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou, ainda, a combinação daquelas referidas no caput deste artigo.

(Grifo nosso)

O art. 29 dispõe sobre a concorrência e o pregão. Vejamos o texto legal:

Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Parágrafo único. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei.

(Grifo nosso)

Por sua vez, o leilão está previsto no art. 31:

Art. 31. O leilão poderá ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente da Administração, e regulamento deverá dispor sobre seus procedimentos operacionais.

§ 1º Se optar pela realização de leilão por intermédio de leiloeiro oficial, a Administração deverá selecioná-lo mediante credenciamento ou licitação na modalidade pregão e adotar o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, utilizados como parâmetro máximo os percentuais definidos na lei que regula a referida profissão e observados os valores dos bens a serem leiloados.

§ 2º O leilão será precedido da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, que conterá:

I - a descrição do bem, com suas características, e, no caso de imóvel, sua situação e suas divisas, com remissão à matrícula e aos registros;

II - o valor pelo qual o bem foi avaliado, o preço mínimo pelo qual poderá ser alienado, as condições de pagamento e, se for o caso, a comissão do leiloeiro designado;

III - a indicação do lugar onde estiverem os móveis, os veículos e os semoventes;

IV - o sítio da internet e o período em que ocorrerá o leilão, salvo se excepcionalmente for realizado sob a forma presencial por comprovada inviabilidade técnica ou desvantagem para a Administração, hipótese em que serão indicados o local, o dia e a hora de sua realização;

V - a especificação de eventuais ônus, gravames ou pendências existentes sobre os bens a serem leiloados.

§ 3º Além da divulgação no sítio eletrônico oficial, o edital do leilão será afixado em local de ampla circulação de pessoas na sede da Administração e poderá, ainda, ser divulgado por outros meios necessários para ampliar a publicidade e a competitividade da licitação.

§ 4º O leilão não exigirá registro cadastral prévio, não terá fase de habilitação e deverá ser homologado assim que concluída a fase de lances, superada a fase recursal e efetivado o pagamento pelo licitante vencedor, na forma definida no edital.

(Grifo nosso)

Os critérios de julgamento estão dispostos no art. 33 e seguintes:

Seção III

Dos Critérios de Julgamento

Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes **critérios**:

I - **menor preço**;

II - **maior desconto**;

III - **melhor técnica ou conteúdo artístico**;

IV - **técnica e preço**;

V - **maior lance, no caso de leilão**;

VI - **maior retorno econômico**.

Art. 34. O julgamento por menor preço ou maior desconto e, quando couber, por técnica e preço considerará o menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação.

§ 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento.

§ 2º O julgamento por maior desconto terá como referência o preço global fixado no edital de licitação, e o desconto será estendido aos eventuais termos aditivos.

Art. 35. O julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico considerará exclusivamente as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes, e o edital deverá definir o prêmio ou a remuneração que será atribuída aos vencedores.

Parágrafo único. O critério de julgamento de que trata o **caput** deste artigo poderá ser utilizado para a contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística.

Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.

§ 1º O critério de julgamento de que trata o **caput** deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:

I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado;

II - serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;

III - bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;

IV - obras e serviços especiais de engenharia;

V - objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.

§ 2º No julgamento por técnica e preço, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e, em seguida, as propostas de preço apresentadas pelos licitantes, na proporção máxima de 70% (setenta por cento) de valoração para a proposta técnica.

§ 3º O desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração Pública deverá ser considerado na pontuação técnica, observado o disposto nos [§§ 3º e 4º do art. 88 desta Lei](#) e em regulamento.

Art. 37. O julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço deverá ser realizado por:

I - verificação da capacitação e da experiência do licitante, comprovadas por meio da apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados;

II - atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para esse fim, de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues;

III - atribuição de notas por desempenho do licitante em contratações anteriores aferida nos documentos comprobatórios de que trata o [§ 3º do art. 88 desta Lei](#) e em registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

§ 1º A banca referida no inciso II do **caput** deste artigo terá no mínimo 3 (três) membros e poderá ser composta de:

I - servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração Pública;

II - profissionais contratados por conhecimento técnico, experiência ou renome na avaliação dos quesitos especificados em edital, desde que seus trabalhos sejam supervisionados por profissionais designados conforme o disposto no [art. 7º desta Lei](#).

~~§ 2º (VETADO).~~

§ 2º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, na licitação para contratação dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas “a”, “d” e “h” do inciso XVIII do **caput** do art. 6º desta Lei cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), o julgamento será por: [\(Promulgação partes vetadas\)](#) ~~(Vide Decreto nº 10.922, de 2021)~~ ~~(Vigência)~~ ~~(Vide Decreto nº 11.317, de 2022)~~ ~~(Vigência)~~ [\(Vide Decreto nº 11.871, de 2023\)](#) [Vigência](#)

I - melhor técnica; ou

II - técnica e preço, na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica.”

Art. 38. No julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço, a obtenção de pontuação devido à capacitação técnico-profissional exigirá que a execução do respectivo contrato tenha participação direta e pessoal do profissional correspondente.

Art. 39. O julgamento por maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato.

§ 1º Nas licitações que adotarem o critério de julgamento de que trata o **caput** deste artigo, os licitantes apresentarão:

I - proposta de trabalho, que deverá contemplar:

a) as obras, os serviços ou os bens, com os respectivos prazos de realização ou fornecimento;

b) a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada à obra, ao bem ou ao serviço e em unidade monetária;

II - proposta de preço, que corresponderá a percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária.

§ 2º O edital de licitação deverá prever parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo para a remuneração devida ao contratado.

§ 3º Para efeito de julgamento da proposta, o retorno econômico será o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço.

§ 4º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado;

II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis.

(Grifo nosso)

Adiante, no art. 76, I está disposto que a alienação de bens imóveis da Administração Pública, inclusive os pertencentes às autarquias e às fundações, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação, exigirá autorização legislativa e dependerá de licitação na modalidade leilão:

CAPÍTULO IX DAS ALIENAÇÕES

Art. 76. **A alienação de bens da Administração Pública**, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - tratando-se de bens imóveis, inclusive os pertencentes às autarquias e às fundações, exigirá autorização legislativa e dependerá de licitação na modalidade leilão, dispensada a realização de licitação nos casos de:

a) dação em pagamento;

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas “f”, “g” e “h” deste inciso;

c) permuta por outros imóveis que atendam aos requisitos relacionados às finalidades precípuas da Administração, desde que a diferença apurada não ultrapasse a metade do valor do imóvel que será ofertado pela União, segundo avaliação prévia, e ocorra a torna de valores, sempre que for o caso;

d) investidura;

e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo;

f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente usados em programas de habitação ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;

g) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis comerciais de âmbito local, com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e destinados a programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;

h) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) onde incidam ocupações até o limite de que trata o [§ 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009](#), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;

i) legitimação de posse de que trata o [art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976](#), mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública competentes;

j) legitimação fundiária e legitimação de posse de que trata a [Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017](#);

(Grifo nosso)

Por fim, destaca-se o art. 110 que trata da duração dos contratos:

Art. 110. Na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, os prazos serão de:

I - até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento;

II - até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato.

Em análise do art. 110 da Nova Lei de Licitações e Contratações⁶, torna-se relevante mencionar que a concessão real de direito de uso é o exemplo clássico para a instalação de empreendimento que exija construções e imobilizações conforme ensina o Professor Marçal Justen Filho:

⁶ Art. 110. Na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, os prazos serão de:

I - até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento;

II - até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato.

3) Contratos com investimento (inc. II)

Em outros casos, a Administração não assume obrigação de realizar qualquer desembolso. No entanto, a exploração contratual pelo particular envolve a realização de investimentos e desembolsos, cuja amortização dependerá do decurso do tempo.

O exemplo clássico é a concessão de direito real sobre imóvel público para a instalação de empreendimento que exija construções e imobilizações. Nesses casos, o particular realizará desembolsos, com a perspectiva de auferir remuneração durante um período de tempo determinado. O dispositivo exige a previsão de que as benfeitorias, acessões e investimentos realizados pelo particular reverterão para a Administração Pública ao final do contrato. Isso significa que não caberá aplicar o dispositivo nos casos em que, embora realizados investimentos pelo particular, for a ele assegurado apropriar-se deles e os retirar no termo final do contrato. A fixação de prazo destina-se a assegurar a oportunidade para o particular compensar-se pelos gastos efetivados e evitar o risco de enriquecimento sem causa para a Administração.

4) Os prazos legais máximos e a determinação no caso concreto

A Lei determina que o prazo máximo para contratos sem desembolso é de dez anos. Para contratos com investimento, o prazo máximo é trinta e cinco anos. Anote-se que o prazo máximo de trinta e cinco anos é previsto também para as concessões administrativas, objeto de disciplina do art. 5º da Lei 11.079/2004.

Caberá à Administração determinar o prazo específico em cada caso. Isso exigirá a avaliação da solução mais adequada. Em princípio, a Administração deverá estabelecer o menor prazo possível, partindo do pressuposto de que o decurso do tempo pode gerar a inadequação da solução contratual adotada. Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas (p. 1313). Thomson Reuters Revista dos Tribunais.

Visto os principais dispositivos da Nova Lei de Licitações e Contratações aplicáveis para análise das Consultas, cumpre verificar os precedentes deste Tribunal de Contas sobre os objetos das Consultas.

3.3. ANÁLISE DOS PREJULGADOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Em busca por entendimentos consolidados em Prejulgados deste Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina sobre o tema, a instrução identificou o quanto segue:

Prejulgado: 0185

O uso especial de bem público por particular, a título remunerado, pode processar-se nas formas de concessão de uso ou permissão de uso.

A concessão remunerada de bem público, em que se enquadra a questão consultada, reside em outorgar ao concessionário a exploração de um bem público segundo a sua específica destinação.

O ato de concessão de bem público sujeita-se ao prévio procedimento licitatório, em conformidade com as normas estabelecidas na Lei nº 8.666/93.

A dispensa de licitação, neste caso, somente é aplicável na hipótese prevista no artigo 24, inciso V, da Lei em comento, ou seja, quando não acudirem interessados.

Processo: CON-TC0020241/36; Parecer: COG-896/93; Origem: Santa Catarina Turismo S/A; Data da Sessão: 07/03/1994.

Prejulgado: 0386

O uso especial de bem público por particular, a título remunerado, pode processar-se nas formas de concessão de uso ou permissão de uso.

A concessão remunerada de bem público reside em outorgar ao concessionário a exploração de um bem público, segundo sua específica destinação.

O ato de concessão de bem público sujeita-se ao prévio procedimento licitatório, em conformidade com as normas estabelecidas nas Leis Federais 8.987/95, 9.074/95 e 8.666/93, e artigo 175 da Constituição Federal.

A dispensa de licitação, neste caso, se restringe à hipótese prevista no artigo 24, inciso V, da Lei Federal nº 8.666/93.

Processo: CON-TC0224905/60; Parecer: COG-439/96; Origem: Santa Catarina Turismo S/A - SANTUR; Relator: Conselheiro Octacílio Pedro Ramos; Data da Sessão: 30/10/1996.

Prejulgado: 0711

A utilização de bem público para exploração remunerada de terceiros depende de justificativa, autorização legal e licitação na modalidade de concorrência.

A concessão de uso de box em terminais rodoviários para os serviços venda de passagens e de despachos, efetuada diretamente a empresas concessionárias de serviço de transporte público coletivo e contrato intuito personae, gratuito, e independe de licitação, mas necessita de autorização legal e contrato escrito e não desonera o concessionário das obrigações relativas à conservação, limpeza, e pagamento de impostos, taxas e tarifas incidentes sobre o imóvel concedido.

Quando os serviços de despacho e venda de passagens forem terceirizados, isto é, quando esses serviços não forem exercidos diretamente pela empresa transportadora concessionária do serviço público de transporte coletivo, a concessão de uso se iguala a qualquer utilização de bem público para exploração com fins lucrativos por terceiros, e, neste caso, depende de justificativa, autorização legal, licitação na modalidade de Concorrência e contrato escrito.

Processo: CON-TC6671508/97; Parecer: COG-258/99; Origem: Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina; Relator: Auditor Altair Debona Castelan; Data da Sessão: 12/07/1999.

Prejulgado: 0853

Pode o Município, através da **concessão de direito real**, oportunizar, de forma gratuita, a utilização de espaço físico de sua propriedade a médico, para atendimento de pacientes da região, sendo necessária autorização legislativa, licitação, interesse público e desafetação do bem público, no caso do bem público possuir destinação específica.

O uso especial de bens públicos por particulares pode processar-se nas formas de autorização, permissão, concessão, **concessão de direito real**, locação, arrendamento e cessão, devendo ser observados a compatibilidade com o interesse público, o consentimento e as condições fixadas pela Administração, o preço no caso de não ser gratuito e a precariedade do uso.

Processo: 974880397; Parecer: 113/00; Decisão: 1940/2000; Origem: Prefeitura Municipal de Guaraciaba; Relator: Moacir Bertoli; Data da Sessão: 10/07/2000; Data do Diário Oficial: 27/09/2000.

Prejulgado:0969

Quando os incentivos para instalações de empreendimentos nos municípios envolvem a disponibilização de bens imóveis públicos (terrenos) a particulares (pessoas físicas ou jurídicas), deve-se privilegiar o emprego do instituto da concessão do direito real de uso, por melhor resguardar o interesse e o patrimônio público, mediante lei autorizativa, onde também disponha sobre as condições da concessão, inclusive sobre o vínculo às atividades para as quais houve a concessão e prevendo a reversão do bem para o Município após o transcurso do prazo da concessão, ou quando não mais sejam atendidas as condições da concessão, devendo estar demonstrado o interesse público. Deve-se evitar a doação de imóveis públicos a particulares, por não atender aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade.

Processo: 6614302; Parecer: COG - 003/01; Decisão 420/2001; Origem: Câmara Municipal de Nova Erechim; Relator: Evângelo Spyros Diamantaras; Data da Sessão: 28/03/2001; Data do Diário Oficial 30/05/2001.

(grifo nosso)

Prejulgado: 1344

Os incentivos econômicos para instalação de empresas em área industrial de propriedade municipal devem estar previstos em programa de apoio às atividades econômicas, instituído e regulado por lei específica, no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias e conter dotação na Lei do Orçamento quando implicar em realização de despesas, atendidos, quando for o caso, aos requisitos dos arts. 16 e 17 da Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Quando os incentivos para instalações de empreendimentos no Município envolverem a disponibilização de bens imóveis públicos (terrenos) a particulares (pessoas físicas ou jurídicas), **deve-se privilegiar o emprego do instituto da concessão do direito real de uso**, para melhor resguardar o interesse e o patrimônio públicos, mediante licitação (art. 17, §2º, da Lei Federal n. 8.666/93) e prévia autorização legislativa onde também disponha sobre as condições da concessão, inclusive sobre o vínculo às atividades para as quais houve a concessão, prevendo a reversão do bem para o Município após o transcurso do prazo da concessão ou quando não mais sejam atendidas às condições da concessão, devendo estar demonstrado o interesse público. Deve-se evitar a doação de imóveis públicos a particulares, por não atender aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade.

O Município poder promover a alienação de terrenos contidos em distrito industrial municipal, como alternativa à concessão do direito real de uso, sendo necessária autorização legislativa, avaliação prévia considerando os preços de mercado e a realização de processo licitatório na modalidade de concorrência (art. 17, I, combinado com art. 23, §3º, ambos da Lei Federal nº 8.666/93), cujo edital estabelecerá as condições de participação, o preço mínimo, formas de pagamento - podendo ser parcelado como incentivo aos interessados - e os critérios objetivos de julgamento, com observância dos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade e dos princípios atinentes ao instituto da licitação, como a igualdade de tratamento entre os interessados, julgamento objetivo e outros correlatos.

Processo: 205994555; Parecer: COG-186/03; Decisão: 1094/2003; Origem: Prefeitura Municipal de Guaramirim; Relator: Otávio Gilson dos Santos; Data da Sessão: 23/04/2003; Data do Diário Oficial: 23/06/2003.

(grifo nosso)

Prejulgado: 1447

Nos termos do art. 8º da Lei Estadual nº 5.704/80, poderá o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - IPESC ceder imóveis ociosos de sua propriedade através do instituto da permissão de uso remunerada, desde que haja justificativa e autorização por Decreto do Governador do Estado, e mediante licitação, salvo nos casos especificados no art. 7º do referido diploma legal, quando se tratar de concessão de uso remunerada.

Processo: CON-03/06238632; Parecer: COG-460/03; Decisão: 3023/2003; Origem: Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina; Relator: Auditor Clóvis Mattos Balsini; Data da Sessão: 10/09/2003; Data do Diário Oficial: 06/11/2003. (g.n.)

Prejulgado:1552

Mediante lei autorizativa, é permitida a doação ou concessão do direito real de uso de bens imóveis públicos municipais dominicais ou de uso especial, estes quando sem utilização pelo Poder Público, para entidades comunitárias sem fins lucrativos.

Processo: 401728056; Parecer: COG-133/04 com acréscimos do Relator - GCLM-291/04; Decisão: 1396/2004; Origem: Prefeitura Municipal de Palmitos; Relator: Luiz Suzin Marini; Data da Sessão:16/06/2004; Data do Diário Oficial:17/08/2004.

(grifo nosso)

Prejulgado: 1569

1. A Fundação Promotora de Exposições de Blumenau - PROEB deve contabilizar as despesas realizadas na promoção de mini-Oktoberfest, ainda que promovida em outra cidade.

2. A licitação pública na modalidade Concorrência é a indicada para a permissão de uso de bem público por particular objetivando à:

a) instalação de postos de vendas de alimentação e artigos turísticos;

b) publicidade de marca empresarial em área pública, nos carros e ornamentos alegóricos; e

c) utilização de camarotes (arts. 37, XXI, da Constituição Federal e 2º, 3º e 22, da Lei Federal nº 8.666/93).

3. Na hipótese da Concorrência mencionada no item anterior restar deserta, e persistindo a competitividade, cabe à Administração Pública adotar procedimento isonômico próprio para seleção e escolha dos particulares que irão firmar termo de permissão de uso de bem público, se outra não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas as condições preestabelecidas (art. 24, V, da Lei Federal nº 8.666/93).

4. A documentação a ser exigida pela Administração Pública para as contratações com particulares deve ser aquela necessária à segurança do negócio, não podendo, no entanto, haver a dispensa daquela relativa aos tributos devidos à seguridade social, em face do que preceitua o art. 195, § 3º, da Constituição da República.

Processo: CON-04/02467957; Parecer: COG-168/04; Decisão: 1988/2004; Origem: Fundação Promotora de Exposições de Blumenau; Relator: Auditora Thereza Aparecida Costa Marques; Data da Sessão: 04/08/2004; Data do Diário Oficial: 05/10/2004".

Prejulgado:1793

1. É possível a concessão de uso de imóvel, pertencente ao patrimônio público, a particular, desde que seja realizado certame licitatório, a fim de que outros tenham oportunidade de concorrer à utilização do mencionado bem; que o uso a ser dado pelo particular não atente contra o interesse público e que tenha amparo em autorização legislativa.

2. Não é permitida a ajuda de custo com alimentação a atletas servidores que participem de eventos, organizados por suas associações

com dinheiro pertencente ao erário, apresentando-se mais adequada a sugestão, advinda da própria Assessoria Jurídica da Câmara de Gaspar, no sentido de se captar recursos junto à iniciativa privada.

Processo:504112171; Parecer: COG-949/05 alterado em parte pelo Parecer do Relator Decisão: 1082/2006; Origem:Câmara Municipal de Gaspar; **Relator: Wilson Rogério Wan-Dall**; Data da Sessão: 19/04/2006; Data do Diário Oficial: 12/06/2006 (grifo nosso)

Sobre o Prejulgado 1793, é importante reproduzir trecho do voto do relator, Conselheiro Wilson Rogério Wan-Dall, pois esclarece a análise do tema concessões, interpretando de forma prática as definições doutrinárias dos conceitos de *Autorização de uso*, *Permissão de uso*, *Concessão de uso* e *Concessão de direito real de uso*. Vejamos o pertinente trecho do voto:

No tocante ao questionamento relacionado à concessão de áreas públicas (terreno) em favor de Associação de Servidores Públicos, a Assessoria Jurídica da Câmara de Gaspar assim se manifestou:

[...] Apenas os bens classificados como dominicais são passíveis de utilização por particulares, desde que mantenham sua qualificação como tal. Também os demais poderão o ser, desde que sejam desafetados da natureza de "uso comum" ou "especial". Todavia, a utilização de imóvel na forma como o Presidente desde Casa ora questionada poderá ser efetivada, desde que o uso do bem pela associação não transgrida o interesse público, ou melhor ainda, desde que a utilização do bem também seja estendida ao uso da população, através do uso de quadras de esportes, salão de eventos; prática desportiva pelos moradores do bairro, etc. Porém, é obrigatório inclusão de cláusula, no termo de autorização de uso, onde mencione o retorno ao patrimônio público do bem (incluído das benfeitorias realizadas pelo particular), caso seja utilizado de forma diversa da estabelecida pelo Poder Público, retorno, aliás, sem qualquer ônus aos cofres públicos. Mesmo porque a propriedade do bem permanece com o Município, apenas seu uso é objeto de autorização.

Negar tal autorização de uso (só pelo fato da autorizada ser uma associação de servidores públicos) viria contra o princípio da isonomia/igualdade pregada pelo *caput* do art. 5º da CF/88, onde todos são considerados iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Então, uma associação legalmente constituída, sem fins lucrativos e que se preste a fins pacíficos e sociais (mesmo que para delimitado grupo), pode ser autorizada a utilizar-se de bem imóvel (terreno) dominical para edificar sua associação. E, mais, deve ser oportunidade buscar pelo Poder Público, onde firmaria cláusula obrigatória (quando da autorização via termo), de o espaço físico da associação a ser formado seja também ofertado à população, através de atividades de interesse social e de todos/comunitário. Já que o Estado não pode sozinho oferecer inúmeros direitos (sociais/coletivos etc.) Assegurados na própria Constituição da República, que busque por parcerias com a iniciativa privada. É uma questão de inteligência administrativa, ou melhor, dizendo de boa gerência da coisa pública.⁴
Por sua vez, a Consultoria Geral deste Tribunal, em sua manifestação, consignou que:

[...] É consabido que, mediante lei autorizativa, é permitida a doação ou concessão do direito real de uso de bens imóveis públicos

dominicais ou de uso especial, estes quando sem utilização pelo Poder Público, para entidades comunitárias sem fins lucrativos, contudo, na lição do ilustre autor, não vislumbramos respaldo legal na concessão real de direito de uso de terreno pertencente ao Poder Público à Associação de Servidores, considerando que se destina a uma determinada categoria profissional, não atendendo aos princípios constitucionais da impessoalidade e da isonomia de oportunidades aos administrados frente à Administração Pública.⁵

Importa assinalar que o uso de bens públicos por particulares deve atentar, conforme o magistério de Odede Medauar, a alguns requisitos, quais sejam:

a) compatibilidade com o interesse público - o uso privativo pelo particular não pode contrariar o interesse público, pois se assim fosse não poderia ocorrer. [...]

b) consentimento da Administração - o uso privativo do bem por particular depende de consentimento da Administração que é o título legal para esse uso.[...]

c) Observância das condições fixadas pela Administração - a Administração pode fixar preceitos relativos ao uso pelo particular e este deverá obedecer tais regras, sob pena de cessação do uso

d) Pagamento do preço - o uso privativo de bem público admite a cobrança de preço por parte da Administração a que se vincula o bem, havendo também usos gratuitos.

e) Precariedade - é a regra para o uso privativo; por motivo de atendimento ao interesse público, a Administração pode cessar unilateralmente o uso privativo, mesmo dotado de prazo determinado, mesmo formalizado mediante contrato; havendo prazo, a cessação do uso privativo, somente por motivo de interesse de interesse público, enseja indenização a favor do particular.⁶

Para melhor entendimento acerca da matéria é necessário discorrer sobre os instrumentos que viabilizam o uso de bens públicos por particulares. Valendo-se do ensino da mencionada autora pode-se afirmar que:

a) *Autorização de uso* - é o ato administrativo discricionário e precário, pelo qual a Administração consente que um particular utilize privativamente um bem público. Pode incidir sobre qualquer tipo de bem. De regra, o prazo do uso é curto. [...] Independe de autorização legislativa e licitação; pode ser revogada a qualquer tempo. Ex.: uso de área municipal para instalação de circo, para formar canteiro de obra pública.

b) *Permissão de uso* - é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual se atribui ao particular o uso privativo de bem público. Em geral, a permissão se aplica a usos privativos não conformes à real destinação do bem, mas compatíveis, por exemplo: bancas de jornais em ruas, mesas e cadeiras em frente a restaurantes e bares. Qualquer tipo de bem público poderá ser objeto de permissão de uso; independe de autorização legislativa; quanto à licitação, embora de regra não se exija, melhor parece efetuar o certame se o caso comportar disputa entre interessados, propiciando-se, desse modo, igualdade de oportunidade e evitando-se favoritismos;

c) *Concessão de uso* - é o contrato administrativo pelo qual a Administração consente que particular utilize privativamente bem público. Qualquer tipo de bem público pode ser objeto de concessão de uso. Em geral, a concessão se efetua para uso conforme a própria destinação do bem, ou seja, é inerente a esse tipo de bem o uso privativo, no todo ou em parte, de particular, como é o caso de boxes em mercados municipais, dependências de aeroportos, de portos, de estações rodoviárias, cantinas de escolas. Depende de autorização legislativa.[...] Sendo contrato, deve ser precedido de licitação, na modalidade de concorrência [...].

d) *Concessão de direito real de uso* - Essa figura foi criada no ordenamento brasileiro pelo Dec.-lei 271/67, arts. 7º e 8º. [...] Segundo o art. 7º do referido texto, a concessão de direito real de uso, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, incide sobre terrenos públicos, como direito real resolúvel. Seus fins são específicos, aí indicados: urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social. O art. 17, § 2º, da Lei 8.666/93 prevê a possibilidade de concessão de direito real de uso de bens públicos imóveis, dispensada a licitação, quando o uso se destina a outro órgão ou entidade da Administração Pública.⁷

A distinção apresentada é relevante porque a indagação, formulada pelo Presidente da Câmara de Gaspar, menciona o instituto da concessão gratuita de uso de terreno, pertencente ao patrimônio municipal, à associação de servidores. De outro lado, o parecer da assessoria jurídica trata de autorização de uso, consistindo, como já evidenciado, em institutos jurídicos diferentes.

Importa salientar que a autorização e a permissão de uso, pelas características já realçadas, parecem não ser adequadas para viabilizar a utilização de terreno público pela associação dos servidores, nos moldes questionados pelo Consulente, mormente porque tal uso implicará a construção de edificação, não sendo adequado se sujeitar à precariedade inerente a esses instrumentos.

No que tange à **concessão de direito real de uso**, cabe frisar que possui finalidades específicas. Ensina José dos Santos Carvalho Filho que:

O direito real oriundo da concessão é transmissível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, mas inafastável será a observância dos fins da concessão. O instrumento de formalização pode ser escritura pública ou termo administrativo, devendo o direito real ser inscrito no competente Registro de Imóveis. **Para a celebração desse ajuste, são necessárias lei autorizadora e licitação prévia, salvo se a hipótese estiver dentro das de dispensa de licitação.**⁸ Grifo nosso

Concernente à **concessão de uso**, o mencionado autor explica que:

A discricionariedade é a marca das concessões de uso, identificando-se nesse particular com autorizações e permissões de uso. Com efeito, a celebração do contrato de concessão de uso depende da aferição, pelos órgãos administrativos, da conveniência e oportunidade em conferir a utilização privativa do bem ao particular.[...]

Ao contrário do que ocorre com os atos anteriores de consentimento, a concessão de uso não dispõe de precariedade quase absoluta existente naquelas hipóteses. [...]

Sendo contratos administrativos, as concessões de uso de bem público recebem a incidência normativa própria do instituto, ressaltando a desigualdade das partes contratantes e a aplicação das cláusulas de privilégio decorrentes do direito público. Desse modo, deve ser realizada licitação prévia para a seleção do concessionário que apresentar as melhores condições para o uso de bem público. Será inexigível, porém, o procedimento quando a hipótese não comportar regime normal de competição entre eventuais interessados. A inexigibilidade, entretanto, deve ser considerada como exceção. Em se tratando de contrato administrativo, o prazo deve ser determinado, extinguindo-se direitos e obrigações quando do advento do termo final do acordo.⁹

Por fim, assinala Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

A concessão de uso é a principal modalidade contratual de transferência de utilização de um bem público a um particular, gratuita ou remunerada e sob condições pactuadas.

Essa transferência contratual de uso, todavia, não se negocia ao exclusivo talante da Administração: é necessário que, primeiro, a modalidade esteja prevista na lei reguladora dos bens públicos da pessoa jurídica de direito público titular do domínio e, segundo, que o uso que o particular dará também convenha, de alguma forma, ao interesse público. ¹⁰

Destarte, em relação à indagação sob comento, é possível concessão de uso de bem imóvel, pertencente ao patrimônio público, a particular, desde que se realize licitação, a fim de outros tenham oportunidade de concorrer à utilização do mencionado bem; que o uso a ser dado pelo particular convenha comprovadamente ao interesse público e que tenha amparo em autorização legislativa.

Caso opte pela concessão de direito real de uso, devem ser preenchidos os requisitos do art. 7º e seguintes do Decreto-Lei n. 271/67 e ser precedida de licitação, com exceção da hipótese contida no art. 17, § 2º da Lei Federal n. 8.666/93.

Finalmente, no que tange à possibilidade de ajuda de custo à atletas/servidores, para participarem de jogos realizados por associações de servidores públicos, importa acentuar que não se trata de eventos esportivos entre Municípios, como é o caso dos Jogos Abertos, no qual o ente público é representado através seus atletas, mas sim de evento organizado por associações de servidores, mostrando-se, por isso, mais adequada a sugestão advinda da própria Assessoria Jurídica da Câmara de Gaspar, no sentido de se captar recursos junto à iniciativa privada.

3. VOTO

Considerando que a concessão de direito real de uso se presta a finalidades específicas, devidamente delineadas no art. 7º e seguintes do Decreto-Lei n. 271/67, devendo ser precedida de licitação, com exceção da hipótese contida no art. 17, § 2º da Lei Federal n. 8.666/93 e estar sustentada em autorização legislativa;

Considerando que a concessão de uso de bem imóvel, pertencente ao patrimônio público, a particular, requer a realização de licitação, a fim de outros tenham oportunidade de concorrer à utilização do mencionado bem, havendo necessidade de que o uso a ser dado pelo particular não atente contra o interesse público e que tenha amparo em autorização legislativa;

Conforme se verifica, não há precedente específico em sede de Prejulgado em relação à utilização do pregão para as concessões de uso.

Porém, existe precedente sobre a alienação de terrenos e a concessão de direito real de uso.

No mesmo sentido dos Prejulgados deste Tribunal, encontra-se precedente do Tribunal de Contas do Estado do Paraná no ACÓRDÃO Nº 2315/23⁷ - Tribunal Pleno:

O município pode realizar a doação de imóveis com encargos desde que cumpridos os requisitos previstos na legislação regente (autorização em lei,

⁷ Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2023/8/pdf/00378475.pdf>

interesse público devidamente justificado, prévia avaliação e realização de procedimento licitatório), desde que não seja possível ou mais vantajosa a utilização da concessão real de uso e que o imóvel não seja proveniente de desapropriação, inexistindo a possibilidade de previsão de compra do imóvel pelo donatário, uma vez que o instituto da doação já possui como efeito jurídico a transmissão da titularidade da propriedade;

E também a Súmula nº 01 do TCE/PR:

Preferência pela utilização da Concessão de Direito Real Uso, em substituição a maioria das alienações de terrenos públicos, em razão de sua vantajosidade, visando fomentar à atividade econômica, observada prévia autorização legislativa e licitação na modalidade concorrência, exceto nos casos previstos no art. 17, inciso I, alínea "f" da Lei nº. 8.666/93. Caso o bem não seja utilizado para os fins consignados no contrato pelo concessionário, deverá reverter ao patrimônio público" (Súmula n.º 1).

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais também tem precedente relacionado ao tema em sede de julgamento de Processo de Consulta:

CONSULTA. **CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO E CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO.** NÚMERO DE EMPREGOS A SEREM GERADOS. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. POSSIBILIDADE. TIPO DE LICITAÇÃO. MAIOR OFERTA. OBSERVÂNCIA DE CRITÉRIOS TÉCNICOS OBJETIVOS E MÉTRICAS ADEQUADAS PARA AFERIR A VIABILIDADE ECONÔMICA DAS PROPOSTAS.

1. O NÚMERO DE EMPREGOS A SEREM GERADOS PODE CONSTITUIR UM DOS ELEMENTOS A SER AFERIDOS NO TIPO DE LICITAÇÃO "MAIOR OFERTA", PORTANTO PASSÍVEL DE SER UTILIZADO COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO NAS CONCESSÕES DE USO E DE DIREITO REAL DE USO. PARA TANTO, A ADMINISTRAÇÃO DEVERÁ ESTABELECER CRITÉRIOS TÉCNICOS OBJETIVOS E MÉTRICAS ADEQUADAS PARA QUANTIFICAR ESSES ELEMENTOS E AFERIR A VIABILIDADE ECONÔMICA DAS PROPOSTAS APRESENTADAS PELOS INTERESSADOS.

2. DECISÃO UNÂNIME. [CONSULTA n. 932769. Rel. CONS. CLÁUDIO TERRÃO. Sessão do dia 31/08/2016. Disponibilizada no DOC do dia 05/10/2016. Colegiado. PLENO.]
(grifo nosso)

Vejamos a fundamentação do voto do Relator, Exmo. Sr. Conselheiro Cláudio Terrão:

Mérito

Conforme relatado, o Consulente procura saber se em um procedimento licitatório para a concessão de direito real de uso ou para a concessão de uso de bem público a Administração poderia utilizar como tipo de julgamento a quantidade de empregos a serem gerados ou o valor do investimento da empresa vencedora.

Inicialmente, **é importante distinguir a concessão de uso da concessão de direito real de uso.** Discorrendo sobre esses dois institutos e fazendo referência ao trabalho desenvolvido por Eurico Azevedo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro tece as seguintes considerações:

Eurico Azevedo aponta as distinções entre a **concessão de uso** e a **concessão de direito real de uso**, dizendo que a primeira é contrato administrativo pelo qual o Poder Público cede ao particular a utilização de um bem do seu domínio para que ele se sirva de acordo com o fim a que está destinado e no interesse público; pode ter por objeto qualquer tipo de bem público. A **concessão de direito real** só pode ter por objeto os terrenos não edificados, tem a natureza de direito real sobre coisa alheia e se transfere por ato inter vivos ou por sucessão legítima ou testamentária. Seu objetivo é o de transpassar para terceiros o uso do terreno, para qualquer fim de interesse social, conservando o concedente a propriedade do solo.

Outra distinção que se faz necessária para os fins da presente consulta diz respeito à gratuidade e a onerosidade dos contratos.

Sobre esse tema, confirmam-se as lições de Arnaldo Wald:

O contrato gratuito é o que encerra uma liberalidade, importando na redução do patrimônio de um dos contratantes em benefício do outro.

O contrato oneroso é aquele no qual as partes transferem certos direitos, serviços ou vantagens uma à outra, mediante determinada compensação.

Importante ressaltar que a simples ausência de obrigação de pagamento pecuniário pelo contratado não torna o contrato, em si, gratuito.

A esse respeito, Wald explica que “ato gratuito é aquela pelo qual alguém transfere um bem ou presta um serviço sem qualquer espécie de compensação, sem nenhuma possibilidade ou intenção de conseguir algum benefício e sem assumir qualquer risco”.

A prestação pecuniária é, portanto, apenas uma das espécies de contraprestação que torna o contrato oneroso, podendo as partes, contudo, estipularem encargos recíprocos de outras naturezas sem que isso mude a natureza do negócio jurídico para gratuito.

Sendo assim, **se a Administração estipular que o concessionário deverá realizar investimentos de certa ordem ou impor-lhe a obrigação de gerar um número determinado de empregos, este contrato será considerado oneroso, ainda que não haja previsão de pagamento de valores pelo concessionário ao Poder Público.**

Diante dessas considerações, conclui-se que, ao contrário do que foi mencionado pelo consulente em sua pergunta, as concessões a que alude não podem ser consideradas gratuitas, mas, sim, onerosas, uma vez que, da forma como descritas, ambas impõem ao contratado encargos e condições para que ele possa utilizar os bens públicos.

Partindo dessas premissas e de que no direito brasileiro tanto a concessão de uso quanto a concessão de direito real de uso possuem natureza de contrato administrativo será exigível em regra, por força do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que a Administração realize prévio procedimento licitatório para a celebração desses negócios jurídicos.

No caso da concessão de direito real de uso, a Lei nº 8.666/93 é explícita ao determinar, no art. 23, § 3º, a utilização da modalidade concorrência, enquanto que na concessão de uso, não há norma legal expressa que determine a observância de modalidade específica.

A esse respeito, o Tribunal de Contas da União assim decidiu:

Nesse sentido, vale lembrar a abrangência do art. 2º da Lei nº 8.666/93, que dispôs: '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.'

Conforme se verifica, o mencionado art. 2º utilizou o termo 'concessão' referindo-se ao gênero, e não à espécie. Assim o fazendo, tornou necessária a licitação em toda e qualquer concessão, seja ela 'administrativa de uso' ou 'de direito real de uso'.

O Estatuto fez distinção apenas quanto à modalidade de licitação a ser empregada, tornando obrigatória a realização de concorrência somente

para as concessões de direito real de uso. (Rel. Min. Adylson Mota, Decisão nº 17/01, Plenário, Sessão de 24/01/01).

Superada a questão da modalidade, resta saber qual tipo de julgamento a Administração deve observar no procedimento licitatório para a concessão de uso e para a concessão de direito real de uso. Em relação a esta última espécie de contrato, o art. 45, § 1º, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, deixou claro que o julgamento deverá ocorrer, obrigatoriamente, pelo maior lance ou pela maior oferta.

Quanto à concessão de uso, ainda que não haja norma específica determinando a utilização de um critério de julgamento próprio, tem-se que os demais tipos previstos nos incisos I a III do § 1º do art. 45 da Lei nº 8.666/93 (menor preço, técnica e preço e melhor técnica) não parecem ser adequados para se avaliar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Sendo assim, por exclusão, **também deverá ser observado o maior lance ou a maior oferta no caso de concessões de uso.**

À primeira vista, pode-se pensar que o critério “maior oferta” estaria restrito ao maior pagamento realizado pelo interessado à Administração. Conquanto tal asserção possa parecer correta, ela diz respeito apenas a uma das possibilidades de se identificar a “maior oferta” nesse tipo de licitação.

É necessário, portanto, explorar os outros sentidos deste critério de julgamento para responder à indagação do consulente. Enquanto a clássica visão da “maior oferta” restringe-se ao aspecto pecuniário imediatista, outras dimensões tomam como base o efeito multiplicador das políticas econômicas keynesianas de estímulo à demanda. Sob esse prisma, a concessão de bens públicos para o setor empresarial privado induziria o aumento da produção, a geração de empregos e a ampliação do mercado de consumo local.

A arrecadação tributária também sofreria um impacto positivo, na medida em que as empresas e os trabalhadores (que se tornariam consumidores) passariam a recolher maiores tributos para o tesouro municipal, estadual e federal.

Com o aumento da renda local e a ampliação do mercado de consumo, as empresas também expandiriam a sua produção para atender à demanda emergente, dando início a um novo ciclo virtuoso de crescimento econômico e social. Novamente, o erário municipal também seria beneficiado com o movimento de expansão da demanda local, uma vez que tal fato, como já dito, estimularia o aumento da arrecadação tributária.

Pode haver, portanto, relação entre o número de empregos gerados em decorrência da cessão do bem público à empresa (especialmente no que tange à a massa salarial da organização) e o incremento potencial da arrecadação tributária do Município.

A “maior oferta”, nessa linha interpretativa, seria aquela que, com base em métricas apropriadas, definidas objetivamente pela Administração, apresentasse o maior número de empregos conjugado com a massa salarial passíveis de serem criados com a instalação da empresa no Município.

Esse sentido atribuído à “maior oferta” está em perfeita consonância com o art. 174 da Constituição Federal, o qual prevê como função do Estado na ordem econômica o incentivo – ou, nas palavras atuais, o fomento - aos demais agentes da economia.

Nesse contexto, imperioso realçar que, para Maria Sylvia Zanella de Pietro, a atividade de fomento desempenhada pela Administração Pública mantém íntima relação com o interesse público. Senão, vejamos:

A proteção do interesse público deixou de ser prerrogativa do Estado, que não mais tem condições de assumir todas as novas atividades de interesse geral. Como consequência, há uma necessidade de ampliação da atividade administrativa de fomento, significando, como uma das aplicações do princípio da subsidiariedade, o incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado deve ajudar, estimular, criar condições para que os vários

grupos de interesses, representados por entidade particulares, partam à busca de seus próprios objetivos.

Com efeito, a licitação, ainda que sob o critério “maior oferta”, **não pode ser utilizada pelo Estado com o simples e exclusivo intuito de aumentar seu patrimônio ou obter renda**. Tal interpretação estaria em dissonância com os objetivos previstos expressamente no 3º da Lei nº 8.666/93, quais sejam, a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A propósito, os dois últimos objetivos citados – busca pela proposta mais vantajosa e desenvolvimento nacional sustentável – também fornecem guarida para essa dimensão mais ampla do critério “maior oferta”. A maior vantagem, por exemplo, deve ser vista como a “melhor proposta” para a sociedade e não necessariamente como o preço mais alto a ser ofertado pelo licitante. Igualmente, o maior valor oferecido pelo licitante não deve atender apenas ao pilar econômico do desenvolvimento, olvidando-se do componente social e da sustentabilidade.

Em suma, diante dos efeitos positivos que tal operação pode produzir para a sociedade e para a Administração, entendo ser possível utilizar o número de empregos a serem gerados conjugado com a massa salarial paga aos trabalhadores como critério de julgamento nas concessões de uso e nas concessões de direito real de uso, uma vez que, dessa forma, o Poder Público também estará buscando a melhor oferta, ou seja, aquela que atenda ao interesse público em sua plenitude.

É necessário, contudo, pontuar que, para utilizar esse tipo de julgamento, a Administração deverá estabelecer critérios técnicos objetivos e métricas adequadas para aferir a viabilidade econômica das propostas apresentadas pelos interessados. Somente assim será possível verificar o potencial efetivo (massa salarial ou renda) decorrente da geração de empregos pela empresa na localidade em questão.

Por fim, entendo **não ser possível a utilização do valor do investimento a ser realizado pela empresa como critério de julgamento para as concessões de uso e de direito real de uso**. Isso porque, **o investimento, por si só, não implica geração de empregos ou qualquer outro benefício para a sociedade ou para a Administração**, diferentemente da melhor oferta decorrente do número de empregos a serem criados, que, como visto, tem a propensão de atender ao interesse público em sua plenitude.

O investimento corresponde a uma simples inversão patrimonial com vistas a adquirir bens ou serviços para dar início ou aprimorar o processo produtivo da empresa. Todavia, por maior que seja, nada assegura que ele será revertido em prol da sociedade ou da Administração, ainda que indiretamente.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, respondo ao questionamento formulado pelo consultante nos seguintes termos: **o número de empregos a serem gerados pode constituir um dos elementos a ser aferidos no tipo de licitação “maior oferta”, portanto passível de ser utilizado como critério de julgamento nas concessões de uso e de direito real de uso**. Para tanto, **a Administração deverá estabelecer critérios técnicos objetivos e métricas adequadas para quantificar esses elementos e aferir a viabilidade econômica das propostas apresentadas pelos interessados**.

É como voto, Senhor Presidente.

(grifo nosso)

Conforme se verifica, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais entende que, nos termos do art. 174 da Constituição Federal, o número de empregos a serem gerados pode constituir um dos elementos a ser aferidos no tipo de licitação maior

lance ou oferta, para ser utilizado como critério de julgamento nas concessões de uso e de direito real de uso. Vejamos o art. 174 da Constituição Federal:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

Para tanto, a Administração deverá estabelecer critérios técnicos objetivos e métricas adequadas para quantificar esses elementos e aferir a viabilidade econômica das propostas apresentadas pelos interessados.

Trata-se de uma decisão importante que não constitui inovação da legislação, mas sim a interpretação do critério de maior lance.

Isto posto, registra-se que todos os precedentes citados decorrem de julgamentos realizados sob a vigência da Lei n. 8.666/93. A instrução não encontrou precedentes sob a vigência e aplicação da Lei n. 14.133/2021.

Porém não há prejuízo, pois, em sede da concessão de direito real de uso, o tratamento da matéria pela nova legislação é semelhante.

Registra-se ainda que em processo de análise de edital de licitação, em controle de caso concreto, conforme consta na petição inicial do Processo Consulta @CON 24/00402366, a DLC emitiu o relatório DLC - 662/2013⁸ nos autos do Processo LCC-10/00695414, sob a relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Wilson Rogério Wandall, no qual posicionou pelo reconhecimento da utilização do Pregão, retirando a restrição anteriormente apontada.

O relatório está disponível no link: https://servicos.tce.sc.gov.br/endpoints-processo/pecas_processo/RelatorioTecnico/4067736.PDF

⁸ Disponível em:

https://servicos.tce.sc.gov.br/endpoints-processo/pecas_processo/RelatorioTecnico/4067736.PDF

Em pesquisa complementar de jurisprudência em outros Tribunais de Contas, bem como em Tribunais de Justiça, Superior Tribunal de Justiça e manifestações das Procuradorias dos Estados, o precedente mais citado, inclusive pelos Pareceres que instruem as consultas, é o Acórdão nº 1657/23, proferido pelo Tribunal Pleno do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, sob a relatoria do Conselheiro Jose Durval Mattos do Amaral.

Trata-se do **leading case** administrativo sobre o tema sob a ótica da Nova Lei de Licitações e Contratações.

Desta forma, cumpre analisar o referido Acórdão.

3.4. ANÁLISE DO ACÓRDÃO Nº 1657/23 DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR), no Acórdão nº 1657/23 - Tribunal Pleno⁹, sob a relatoria do Conselheiro Jose Durval Mattos do Amaral entendeu que o Pregão por Maior Preço, também chamado de Pregão Negativo, é plenamente legal nas licitações destinadas a concessões de uso de bens públicos.

Da leitura do Acórdão nº 1657/23 - Tribunal Pleno destacam-se os trechos das Manifestações da área técnica, do Ministério Público de Contas e o voto proferido pelo Exmo. Sr. Conselheiro Relator.

A Coordenadoria de Gestão Municipal, área técnica responsável pela instrução da Consulta, sugeriu que:

Relativamente aos certames realizados a partir de 04 de abril de 2023 (momento em que a revogação da Lei nº 10.520/02 se torna eficaz e efetiva): é possível a realização de “pregão negativo” para os certames de outorga de uso de bem público, o imóvel ou móvel, desde que o objeto do certame possua padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado, o que deverá ser avaliado e justificado na fase de planejamento do certame, nos termos do artigo 18 da NLLC.

Para as hipóteses em que a padronização do objeto não seja possível, a modalidade a ser adotada é a concorrência. A opção pela concorrência deverá, também, ser justificada na fase preliminar de planejamento do certame.

Uma e outra modalidade deverão observar as seguintes condicionantes: i) adoção do critério de julgamento maior lance, por ser o critério previsto na NLLC; ii) o modo de disputa a ser adotado será o aberto; iii) o ente legislativo deverá disciplinar, por lei, a gestão e destinação de seus bens,

⁹ Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2023/7/pdf/00377396.pdf>

recomendando-se que a destinação dos bens imóveis via outorga de concessão de uso de bem público ocorra mediante prévia autorização legislativa.

O Ministério Público de Contas também apresentou parecer pela possibilidade de utilização do pregão negativo:

[...] o Ministério Público de Contas, no Parecer n.º 11/23- PGC (peça n.º 14), concluiu pela possibilidade de utilização do pregão negativo nas licitações destinadas a concessões de uso de bens públicos, uma vez que respeitados os parâmetros apreendidos pelo TCU e pelo TCE/PR nos acórdãos referenciados no presente parecer, independentemente se a lei que irá nortear a licitação seja a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) ou a Nova Lei de Licitações (Lei n.º 14.133/2021).

O Voto do Exmo. Sr. Conselheiro Relator destaca 4 (quatro) Acórdãos do Tribunal de Contas da União, a seguir reproduzidos:

TCU. Consulta nº 030.658/2008-0. Acórdão 3042/2008 – Plenário. Relator Ministro Augusto Nardes. Julgado em 10.12.2008 (...)

9.1.1. o direito de um ente público, no caso o INSS, de contratar instituições financeiras para prestar serviços financeiros necessários à consecução de suas atividades de auto-administração e implementação de ações governamentais, como a gestão da folha de pagamentos previdenciários, pode ser considerado um ativo especial intangível e, nesta condição, pode ser ofertada sua exploração econômico - financeira ao mercado, por meio de licitação. Este bem ou direito não pode ser, no entanto, objeto de alienação;

9.1.2. **a adoção de critério de julgamento de propostas não previsto na legislação do Pregão, do tipo maior valor ofertado para o objeto mencionado no item anterior, somente seria 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. (...)

(grifo nosso)

TCU. Representação nº 011.355/2010 – 7. Acórdão nº 2844/2010 – Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Julgado em 27.10.2010

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. Incabível, na hipótese, a aplicação da lei de concessões, em confronto com o pregão, como pretende a representante, uma vez que o objeto licitado não é delegação de serviço

público e a hipótese está expressamente prevista no Regulamento de Licitações da Infraero. **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. 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. (...) (grifo nosso)

TCU. Consulta nº 033.466/2013. **Acórdão nº 1940/2015** – Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Julgado em 05.08.2015. (...)

5. Havendo interesse de a Administração Pública Federal promover prévio procedimento licitatório para contratação de prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares, com a previsão de contraprestação pecuniária por parte da contratada, deverá a contratante, além de franquear acesso ao certame tanto das instituições financeiras públicas como das privadas, adotar as seguintes medidas: 5.1. estimar o orçamento base da contrapartida financeira a ser paga pela futura contratada com fundamento em estudo ou avaliação de mercado, em cumprimento à finalidade da condição prevista no artigo 7º, §2º, inciso II, da Lei 8.666/1993; 5.2. **realizar licitação na modalidade pregão, prevista na Lei 10.520/2001, preferencialmente sob forma eletrônica, conforme exige o artigo 4º, § 1º, do Decreto 5.450/2005, tendo por base critério “maior preço”, em homenagem ao princípio da eficiência, insculpido no caput do artigo 37 da Constituição Federal e da seleção proposta mais vantajosa para a Administração Pública, inserto no caput do artigo 3º da Lei 8.666/1993;** 6. **A receitas públicas advindas de contraprestação pecuniária ao contrato de prestação, em caráter de exclusivo, dos serviços de gestão financeira da folha de pagamento e de outros serviços similares integram o Orçamento Geral da União,** devendo, assim, serem recolhidas à conta única do Tesouro Nacional e estarem previstas na Lei Orçamentária, em respeito aos princípios da universalidade orçamentária e da unicidade de caixa, presentes nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei nº 4.320/64. (grifo nosso)

TCU. Representação nº 019.436/2014-9. **Acórdão nº 478/2016** – Plenário. Relator Ministro Marcos Bemquerer. Julgado em 02.03.2016. (...) Especificamente no tocante ao novo certame a ser realizado pelo 23º Batalhão de Caçadores do Exército/CE para cessão de uso de imóvel para funcionamento de lanchonete, há que se ressaltar que a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que a modalidade de licitação que melhor se coaduna à situação em tela é a realização de pregão, não devendo o órgão se valer, indevidamente, de certames na modalidade convite para aquisição de bens e serviços comuns, por se tratar de um meio que permite viabilizar o

direcionamento dos resultados nesses certames licitatórios. 16. Acerca desse entendimento, transcrevo a seguir trecho do Voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues que embasou o Acórdão n. 2.050/2014 – Plenário: (...)

Importa notar que a jurisprudência do Tribunal recomenda a utilização de pregão para a concessão remunerada de uso de bens públicos. O tema foi exaustivamente discutido na apreciação de representação acerca de possível irregularidade no uso dessa modalidade para concessão áreas comerciais em aeroportos (TC 011.355/2010-7). Na ocasião, concluiu o Tribunal **ser 'plenamente legal a utilização da modalidade pregão para licitação destinada à outorga de concessões de uso de áreas comerciais em aeroportos' (Sumário aprovado pelo Acórdão 2.844/2010 – Plenário).** Os fundamentos desse entendimento, plenamente aplicável à concessão de áreas comerciais em mercados públicos, tal qual o entreposto paulistano, encontram-se assentados no voto condutor Acórdão 2.844/2010 – Plenário, que transcrevo, no essencial:

(...) **Por essas razões, aconselhável que a Ceagesp licite a concessão de áreas comerciais por meio de pregão eletrônico, nos termos assentados na ordem jurídica em vigor.** A impossibilidade de utilização de pregão dos tipos melhor técnica e técnica e preço não pode ser interpretada, entretanto, como vedação ao estabelecimento de requisitos de habilitação dos licitantes, porque, encerrada a fase de apresentação de lances, caberá ao pregoeiro verificar o 'atendimento das condições fixadas no edital' para habilitação do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar (art. 4º, inciso XII, da Lei 10.520/2002). Essa habilitação, em sentido amplo, compreende o atendimento dos requisitos atinentes à habilitação jurídica, às qualificações técnica e econômico-financeira e à regularidade fiscal e trabalhista (arts. 4º, inciso XIII, da Lei 10.520/2002, e 27 da Lei 8.666/1993). (grifos acrescidos)"

17. Diante desse contexto, faz-se necessário que este Tribunal determine ao 23º Batalhão de Caçadores do Exército/CE que, ao realizar nova licitação com o mesmo objeto do Convite n. 03/2014, utilize a modalidade pregão, em consonância com entendimento jurisprudencial desta Corte de Contas. (grifo nosso)

Em seguida, o Exmo. Sr. Jose Durval Mattos do Amaral, Conselheiro Relator conclui:

Da leitura dos trechos em destaque, é possível concluir que a construção da figura do pregão por maior lance, negativo ou invertido, encontra integral suporte nas condições construídas pela sólida jurisprudência e doutrina acerca do tema que, ao longo dos anos, perfilhou conceitos, hipóteses e condicionantes para a sua correta estruturação e implementação nos casos práticos pertinentes.

Desse modo, a meu ver, prudente é a análise segmentada realizada pela Coordenadoria de Gestão Municipal, especificamente no que tange ao enfrentamento do tema diante da Lei n.º 10.502/2002 e da Lei n.º 14.133/2021, contudo, ao final, prepondera a situação jurídica atualmente estabelecida para a adoção do pregão em comento nas situações em que se mostrar condizente com as diretrizes trazidas na jurisprudência acima destacada.

Ora, independentemente da legislação vigente, principalmente se considerado que as previsões referentes ao leilão se mantiveram idênticas tanto na Lei n.º 8.666/93 quanto na Nova Lei de Licitações, e, ainda, tendo-se em vista que ambas são omissas quanto ao pregão negativo – tanto no sentido de prevê-lo quanto no de vetá-lo –, deve prevalecer, notadamente por força da segurança jurídica a ser resguardada, todo o acima exposto e bem sintetizado pela unidade técnica no seguinte sentido:

. Há pouca disciplina sobre os contratos que geram receita para a Administração Pública;

. Para os contratos que geram receita, a estruturação do certame adequado e necessário demanda o exercício da analogia. . a licitação na modalidade pregão, com critério de julgamento na maior oferta ou maior lance, 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, objetivando conquistar a maior vantagem à Administração no processo de disputa.

. a adoção do pregão para a concessão de uso de bens públicos se mostra especialmente louvável, porque concretiza os princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade, moralidade, dentre outros.

. a adoção do critério de julgamento pela maior oferta, em lances sucessivos, é a adequada aplicação da lei ao caso concreto, ajustando-o 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.

Assim, seja sob a égide da Lei n.º 10.502/2002 ou da Lei n.º 14.133/2021 – cuja vigência foi postergada para 30/12/2023 –, entendo que a figura do pregão negativo se mantém inalterada e segue nos moldes acima delineados, merecendo por conseguinte a presente consulta resposta pela possibilidade de utilização do pregão negativo nas licitações destinadas a concessão de uso de bens públicos.

A conclusão do Egrégio Plenário do TCE/PR é que a figura do pregão negativo se mantém inalterada e segue nos moldes acima delineados, merecendo por conseguinte a presente consulta resposta pela possibilidade de utilização do pregão negativo nas licitações destinadas a concessão de uso de bens públicos.

O fundamento principal é que desde 2008 a jurisprudência do Tribunal de Contas da União se firmou para a utilização do Pregão (eletrônico) em face das inúmeras vantagens comparativas da modalidade pregão para a Administração Pública em termos de proporcionar maior eficiência, transparência e competitividade.

Desta forma, em face da jurisprudência consolidada do TCU e da real necessidade dos gestores, é lícita a utilização do pregão negativo nas licitações destinadas a concessão de uso de bens públicos.

Continuando na pesquisa apura-se que no mesmo sentido do TCE/PR é o entendimento da Procuradoria Geral do Distrito Federal. Vejamos:

3.5. POSICIONAMENTO DA PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL

A Procuradoria Geral do Distrito Federal (PGDF)¹⁰ manifestou que a utilização do Pregão eletrônico está alinhada com o posicionamento do Tribunal de Contas da União quanto à legalidade de utilização do pregão para licitação destinada à outorga de concessões/permissões de uso de áreas públicas.

Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho do Parecer Jurídico n. 414/2020 - PGDF/PGCONS, citado no Parecer Jurídico n. 299/2022 - PGDF/PGCONS:

“No caso dos autos, a escolha da modalidade de licitação, a saber, Pregão Eletrônico, mostra-se alinhada com o posicionamento do Tribunal de Contas da União, o qual já firmou o entendimento no sentido de ser plenamente legal a utilização da modalidade pregão para licitação destinada à outorga de concessões/permissões de uso de áreas públicas, para o funcionamento de restaurante/lanchonete, por se tratar de bem comum.

Para fins de corroborar com essa informação, convém colacionar trecho do Acórdão 1413/2020 – Plenário – TCU, que determina: “adote o pregão eletrônico para a aquisição de bens e serviços comuns, em cumprimento ao disposto no art. 1º da Lei 10.520/2002 c/c o art. 4º do Decreto 5.450/2005”

Na mesma linha, temos os Pareceres Jurídicos nos 706/2017 - PGDF/GAB/PRCON e 1.069/2018-PGCONS/PGDF, além da recente Cota de (des)Aprovação do Parecer no 19/2020 PGCONS/PGDFE. Em todos fixou-se o entendimento de que é viável a concessão de uso de área pública para a exploração de lanchonete por licitação via Pregão Eletrônico.

Daquele último Parecer, vale destacar as passagens abaixo:

“..... Contudo, para casos tais, já há manifestação do Tribunal de Contas da União favorável à utilização de pregão (em detrimento da Concorrência) quando o serviço a ser prestado pelo particular puder ser caracterizado como comum.

Com efeito, no Acórdão 919/2016 - Plenário, o TCU entendeu que a cessão das áreas comerciais de centrais públicas de abastecimento de gêneros alimentícios deve observar as normas atinentes à concessão remunerada de uso de bem público, utilizando-se na licitação, preferencialmente, a modalidade pregão eletrônico.

No mesmo sentido, o relator do Acórdão TCU 478/2016 – Plenário registrou em seu voto: (....)

“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).”

O Tribunal de Contas do Distrito Federal, caminhando no mesmo sentido, recomendou à CEASA/DF, em sua Decisão 2925/2016, “a adoção da modalidade pregão, segundo o critério de maior preço oferecido para a

¹⁰ Disponível em: <http://parecer.pg.df.gov.br/arquivo/PGCONS/2022/PGCONS.0299.2022SEI.pdf>

seleção da proposta vencedora, nas futuras licitações para a ocupação de áreas à título de Termo de Permissão Remunerada de Uso – TPRU".

Conclui-se, portanto, pela correção na escolha da modalidade pregão, uma vez que o objeto em questão configura objeto de natureza comum (art. 1º, parágrafo único, da Lei n 10.520/2002).

Conforme se verifica, os fundamentos para o posicionamento da PGDF também decorrem do posicionamento do TCU e encontram confirmação em Parecer da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, a seguir transcrito.

3.6. PARECER DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

De forma exauriente, a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul (PGE/RS)¹¹ emitiu Parecer sobre a matéria.

Iniciamos reproduzindo a ementa:

CONCESSÃO E PERMISSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS. LEI FEDERAL Nº 14.133/2021. MODALIDADE LICITATÓRIA. PREGÃO INVERTIDO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CRITÉRIO. MAIOR DESCONTO COM TAXA NEGATIVA. VIABILIDADE. RECOMENDAÇÕES

1. A publicação da Lei Federal nº 14.133/2021 não obliterou a lacuna que motivou a construção da solução jurídica a recomendar o emprego da modalidade pregão para concessões e permissões onerosas de uso de bens públicos durante a vigência da Lei Federal nº 8.666/1993.

2. É juridicamente viável o uso do pregão invertido na vigência da Lei Federal nº 14.133/2021, conforme precedentes do Tribunal de Contas da União, até que sobrevenha legislação específica a respeito do tema.

3. Encontra-se afastada a possibilidade de adoção da modalidade pregão no caso de a destinação da concessão ou permissão de uso ultrapassar o escopo de bem e serviço comum.

4. Recomendação de adoção do critério de julgamento “maior desconto” com taxa negativa, convertendo os valores de forma que o percentual de desconto ofertado seja proporcional à receita gerada.

Consoante se depreende da leitura da ementa, no item 1 a PGE/RS entende que a solução jurídica a recomendar o emprego da modalidade pregão para concessões e permissões onerosas de uso de bens públicos durante a vigência da Lei Federal n. 8.666/1993 em face da lacuna legislativa continua válida sob a vigência da Lei n. 14.133/2021.

¹¹ Disponível em: <http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa20242.pdf>

No item 2 a PGE/RS ressalva que é juridicamente viável o uso do pregão invertido na vigência da Lei Federal no 14.133/2021, conforme precedentes do Tribunal de Contas da União até que sobrevenha legislação específica a respeito do tema.

No item 3 a PGE/RS restringe a possibilidade de adoção da modalidade pregão no caso de a destinação da concessão ou permissão de uso ultrapassar o escopo de bem e serviço comum.

E no item 4 recomenda a adoção do critério de julgamento “maior desconto” com taxa negativa, convertendo os valores de forma que o percentual de desconto ofertado seja proporcional à receita gerada.

Da leitura do Parecer da PGE/RS, é oportuno transcrever a diferenciação dos conceitos doutrinários de permissão de uso, concessão de uso e concessão de direito real de uso:

A **permissão de uso de bem público**, como ensina Celso Antonio Bandeira de Mello, é “ato unilateral, precário e discricionário quanto à decisão de outorga, pelo qual se faculta a alguém o uso de um bem público. Sirva de exemplo a já mencionada hipótese de solicitação, feita por quem explore bar ou restaurante, para instalar mesinhas na calçada lindeira ao estabelecimento”.

A **concessão de uso de bem público**, por sua vez, é “contrato administrativo pelo qual, como o nome já indica, a Administração trespassa a alguém o uso de um bem público para uma finalidade *específica*”. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32a Edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 953-954).

Alguns exemplos da utilização desse último instituto pela Administração Pública são o da instalação, mediante remuneração mensal, de estabelecimentos comerciais em espaços dentro de rodovias, aeroportos, hospitais e parques, ou da destinação de um terreno desafetado à exploração de um estacionamento.

Depreende-se, a partir daí, que a permissão é, em geral, utilizada para finalidades mais simples, que não demandam comprometimento significativo por parte do permissionário, e dotada de certa precariedade; a concessão, por outro lado, requer um certo grau de investimento do concessionário e uma maior estabilidade da relação, considerando a constância da exploração de seu objeto.

Enquanto a permissão é precária e pode ser desfeita pela Administração Pública de forma discricionária, sem maiores impactos, rescindir uma concessão de uso antes do termo estipulado pode gerar, conforme o caso, o dever de indenizar o concessionário.

[...]

Por último, a **concessão de direito real de uso** é instrumento utilizado para o desenvolvimento da política urbana e trata-se, ainda segundo Celso Antonio (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32a Edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 955-956), de “*contrato pelo qual a Administração transfere, por tempo certo ou por prazo indeterminado, como direito real resolúvel, o uso remunerado ou gratuito de terreno público*”.

Apesar de serem por vezes confundidas, há uma diferença fundamental entre a concessão de uso e a concessão de direito real de uso, que não admite zonas de contato entre os institutos: enquanto a primeira

possui natureza jurídica obrigacional, a segunda é essencialmente um direito real.

Ademais, a concessão de direito real de uso é comum no âmbito das políticas habitacionais, como desenvolvimento de política pública, sendo predominante sua utilização para fins de moradia, de modo que se distancia consideravelmente dos demais institutos.

É pertinente mencionar que, na redação da Lei Federal no 14.133/2021, o legislador separou expressamente os instrumentos no rol do art. 2º, sugerindo que merecem tratamentos distintos:

Art. 2º. Esta Lei aplica-se a:

I - alienação e concessão de direito real de uso de bens; [...]

IV - concessão e permissão de uso de bens públicos; [...]

A partir das definições doutrinárias e da previsão da Lei n. 14.133/2021, o Parecer da PGE/RS demonstra o motivo da adoção do Pregão Eletrônico nas licitações para aquisição de bens, serviços comuns e para concessão de uso, inclusive com alteração da legislação local:

Como já mencionado, em relação à concessão e à permissão de uso, a Lei Federal no 8.666/1993 não fez previsão expressa da modalidade a ser adotada, havendo reconhecida lacuna legislativa sobre a questão, gerando dúvida a respeito da necessidade de a concessão de uso ser licitada por meio de concorrência, tal como a concessão de direito real de uso.

Nesse contexto, como destacado pela assessoria da CELIC em sua manifestação (fls. 182-192), houve uma gradual construção jurisprudencial e doutrinária no sentido de recomendar a utilização do pregão nessas hipóteses, por ser a modalidade capaz de proporcionar maior eficiência, transparência e competitividade, sendo assim a mais adequada para atender ao interesse público.

Nesses termos, o acórdão no 2844/2010 do Tribunal de Contas da União, precedente essencial à compreensão do tema:

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.

Referido acórdão serviu de justificativa para mudanças legislativas no Estado do Rio Grande do Sul, no âmbito da Lei Estadual no 13.191/2009 (Lei do Pregão Eletrônico), efetivadas pela Lei Estadual no 14.312/2013, que passou a incluir a concessão de uso entre os contratos administrativos precedidos pela modalidade licitatória pregão eletrônico:

Art. 2.º Será adotado o pregão eletrônico nas licitações para aquisição de bens, serviços comuns e para concessão de uso.

No mesmo sentido, a doutrina admitiu o uso do pregão, batizando-o de pregão “negativo” ou “invertido”, pois vinha sendo considerado aplicável a contratos que geram receita à Administração Pública, ao contrário do pregão “comum”, que gera despesa como contraprestação do Poder Público pelo bem ou serviço comum de que necessita.

Nas palavras de Flávio Amaral Garcia (GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos. 5a Edição. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 156):

[N]ão se vislumbra nenhum impedimento para a utilização do pregão para a concessão remunerada dos bens públicos, já que a lógica é a mesma, mas apenas inversa, ou seja: o que interessa é o maior valor a ser ofertado. Não há incongruência ou, mesmo, impossibilidade de utilizar o pregão para essas hipóteses, como, aliás, já restou consignado pelo próprio TCU.

A possibilidade e a preferência pelo uso do pregão nos casos de concessão e permissão remunerada de uso de bem público, portanto, foi pacificada e tornou-se a regra na Administração Pública durante a vigência da Lei Federal n. 8.666/1993, inclusive como modalidade incorporada na legislação estadual.

A partir deste momento, o Parecer trabalha sobre a análise do tema com o advento da Nova Lei de Licitações e Contratações:

No entanto, diante da superveniência da Lei Federal nº 14.133/2021 e da consequente revogação da Lei Estadual nº 13.191/2009, ressurgiu a dúvida quanto à modalidade licitatória, em especial se o leilão passou a ser a modalidade cabível.

Tal como a lei anterior, a Nova Lei de Licitações e Contratos é silente em prever de forma expressa a modalidade licitatória e o procedimento adequado às concessões e permissões de uso de bem público, restando verificar, assim, se houve mudança capaz de atrair as concessões e permissões para outra modalidade, notadamente, por suas características, o leilão.

A Lei Federal n. 14.133/21 define o leilão em seu artigo 6º, inciso XL, como a “*modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance*”, tornando apenas mais enxuto o conceito da Lei Federal nº 8.666/93, a qual o define como a “*modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação*” (art. 22, § 5º).

De igual modo, os incisos que tratam das hipóteses de dispensa do leilão e mencionam permissão de uso permanecem idênticos (incisos ‘f’, ‘h’ e ‘i’ do art. 76 da Nova Lei, e do art. 17 na lei anterior).

Por fim, as regras incidentes à concessão de direito real de uso, pela distância conceitual e pela complexidade inerente ao regramento desse instituto, não recomendam a aplicação analógica à permissão e a concessão de uso, considerando as já referidas diferenças expressivas entre as naturezas jurídicas dos instrumentos.

Como se vê, no que diz respeito às concessões e permissões onerosas de uso de bem público, há ausência de inovações significativas no paradigma legislativo atinente ao procedimento licitatório aplicável, isto é, a lacuna constatada durante a vigência da Lei Federal no 8.666/1993 e que motivou a construção da solução jurídica que definiu a possibilidade de emprego da modalidade pregão permanece existindo sob a égide da Lei Federal nº 14.133/2021.

Em seguida, o Parecer inicia a conclusão citando o princípio da segurança jurídica para manter o entendimento consolidado:

Assim, da análise do texto legislativo, não se verificam indícios de que o entendimento tenha perdido a utilidade no regime da Nova Lei de Licitações e Contratos, sendo possível a aplicação do pregão.

Adotar modalidade diversa tem o potencial de colidir com a segurança jurídica que o entendimento consolidado ao longo das últimas duas décadas proporcionou ao gestor, notadamente em face da inexistência de regramento específico diferenciado pela Lei Federal nº 14.133/21.

E cita o Acórdão nº 1657/23 do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, já citado no item 3.3 deste Relatório.

Em seguida conclui:

Diante do exposto, a solução entremostra-se pertinente ao caso, sendo o pregão modalidade licitatória adequada para as concessões e permissões de uso de bem público, conforme entendimento consolidado sob o prisma da Lei Federal nº 8.666/1993, ao menos até que sobrevenha disciplina legislativa específica sobre o tema.

Por fim, cumpre ressaltar que o pregão é direcionado a bens e serviços comuns, de forma que, se a concessão ou a permissão de uso ultrapassarem esse escopo, por razões de complexidade e de relação jurídica cuja casuística impede o exame objetivo no presente momento, afasta-se, em princípio, a possibilidade de adoção da modalidade, recomendando-se que, sendo verificadas situações peculiares, seja realizada consulta específica a esta Procuradoria-Geral do Estado.

Neste apontamento, o Parecer da PGE/RS faz a ressalva que “se a concessão ou a permissão de uso ultrapassarem” (o escopo de bens e serviços comuns) “por razões de complexidade e de relação jurídica cuja casuística impede o exame objetivo no presente momento, afasta-se, em princípio, a possibilidade de adoção da modalidade, recomendando-se que, sendo verificadas situações peculiares, seja realizada consulta específica a esta Procuradoria-Geral do Estado”.

Para complementar, o Parecer da PGE/RS passa a analisar o critério de julgamento do pregão negativo. Vejamos o raciocínio desenvolvido:

Uma vez estabelecido que o pregão permanece sendo a modalidade licitatória aplicável para as concessões e permissões de uso de bem público, cumpre examinar qual é o critério de julgamento adequado em tais hipóteses.

O Decreto Federal n. 10.024/2019, que regulamenta o pregão eletrônico na esfera federal, estabelece “menor preço” e “maior desconto” como os critérios de julgamento aplicáveis à modalidade:

Art. 7º Os critérios de julgamento empregados na seleção da proposta mais vantajosa para a administração serão os de menor preço ou maior desconto, conforme dispuser o edital.

Trata-se de critérios de julgamento que sintetizam a ideia de “melhor preço”, pensados sob a lógica do pregão “comum”, em que a Administração Pública busca o contrato mais vantajoso para *adquirir* bens ou serviços, isto é, contratos que minimizem as despesas da Administração.

As concessões e permissões de uso, por outro lado, são realizadas por lógica inversa, na medida em que compreendem usos de interesse

preponderantemente privado e que resultam em receita para a Administração. Dessa forma, os critérios de julgamento “menor preço” ou “maior desconto”, atrelados à ideia de “pagar menos” e não de “receber mais”, à primeira vista não parecem os mais adequados para as concessões e permissões.

Nesse contexto, durante a disciplina da Lei Federal no 8.666/1993, surgiu construção jurisprudencial e doutrinária no sentido de admitir o uso do critério “maior lance” ou “maior oferta” nessas hipóteses. Destaca-se trecho do voto do relator no supracitado acórdão do TCU:

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. Incabível, na hipótese, a aplicação da lei de concessões, em confronto com o pregão, como pretende a representante, uma vez que o objeto licitado não é delegação de serviço público [...] **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.** (destaques acrescidos)

Nessa quadra, a Lei Estadual nº 13.191/2009 incorporou esse entendimento, estabelecendo a maior oferta como o critério de julgamento a ser aplicado nas concessões de uso de bem público no Estado do Rio Grande do Sul, do seguinte modo:

Art. 5º - Para o julgamento das propostas serão fixados critérios objetivos que permitam aferir o menor preço, devendo ser considerados os prazos para a execução do contrato e do fornecimento, as especificações técnicas, os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade e as demais condições definidas no edital. Parágrafo único. No caso de concessão de uso, o critério de julgamento será o de maior oferta.

Convém registrar, de qualquer forma, que esse procedimento não foi adotado de forma unânime pelos entes da Administração Pública. Como se verifica nos editais anexos a este PROA, a União optou por adotar o critério do “maior desconto” em suas licitações para concessão de uso, valendo-se de uma fórmula matemática para conversão de valores, por meio da qual o “maior desconto” representa maior receita mensal. Por exemplo, o edital na fl. 22 utiliza a fórmula “ $TU = (D \times R\$ 1.000,00) \times 100$ ”, em que TU representa a taxa de utilização, isto é, o valor mensal que será pago pelo concessionário, e D é o valor do desconto ofertado.

Trata-se de opção desenvolvida como forma de conciliar as ideias, aparentemente antagônicas, de “maior desconto”, com a obtenção do maior valor possível pelo uso do bem. É o que Flávio Amaral Garcia chama de “taxa de desconto negativa em percentual”:

Admite-se também que o critério de julgamento no pregão seja o maior desconto, naquilo que se convencionou denominar de pregão negativo. Enquanto no menor preço é a Administração quem arca com o valor a ser pago ao licitante vencedor, aqui a mecânica é a mesma, com a diferença de que se sagra vencedor quem oferece o maior desconto. [...] O fundamento, em ambas as situações, é o princípio da economicidade, não havendo nenhuma razão para afastar o pregão

desde que caracterizado o serviço como sendo comum. Daí a possibilidade de se fixar como critério de julgamento uma taxa de desconto negativa em percentual (GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos. 5a Edição. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 156).

Em síntese, a fórmula matemática ou taxa de desconto negativa é um modo de obter o “maior lance” dentro do critério “maior desconto”. Ambos os critérios de julgamento satisfazem o objetivo da licitação: a obtenção da proposta mais vantajosa, ou o “melhor preço”, pelo uso do bem. Assim, tem-se que, durante a vigência da Lei Federal nº 8.666/1993, o critério de julgamento no pregão negativo poderia ser maior lance ou maior desconto, conforme a norma vigente a cada ente licitante, ou a critério discricionário, na ausência de norma específica.

Apesar de ter mantido a redação em vigor acerca do conceito e critérios de julgamento do pregão, a Lei Federal nº 14.133/21 alterou esse cenário ao elencar o rol dos critérios de julgamento, parecendo expressar que “maior lance” seria critério exclusivo do leilão, não podendo ser adaptado a outras modalidades de licitação.

Note-se:

Art. 6º (...)

XLI - pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;

(...)

Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:

I - menor preço;

II - maior desconto;

III - melhor técnica ou conteúdo artístico;

IV - técnica e preço;

V - maior lance, no caso de leilão;

VI - maior retorno econômico.

Embora a doutrina não seja unânime a respeito da questão, existe a tendência de interpretar os critérios de julgamento no sentido de que o maior lance não guarda congruência com a utilização em modalidade licitatória diversa do leilão. Nesse sentido, compete transcrever os seguintes autores:

“O critério de maior lance (artigo 33, inciso V) está, desde logo excluído, porquanto destinado única e exclusivamente à modalidade leilão [...]”

(TAKAHASHI, Leonardo Frenhan. Das modalidades de licitação. In: CAMARGO, Bibiana Helena Freitas; ROSSI, Sergio Ciquera (Org). Reflexões Sobre a Nova Lei de Licitações. São Paulo: Escola Paulista de Contas Públicas, 2022. p. 150)

“Julgamento pelo critério do maior lance: Esse critério é aplicável, exclusivamente, na licitação da modalidade leilão [...]” (CALASANS JR, José. Manual da Licitação. São Paulo: Atlas, 2021. P. 176)

“Quando ele [Legislador] estabelece que a maior proposta financeira ocorrerá somente nos casos de leilão, acaba por restringir a alienação de bens móveis ou imóveis inservíveis ou legalmente apreendidos. Apesar disso, uma questão paradoxal quanto à Lei 14.133/21 consiste no fato de que, apesar de ter sido elaborada na intenção de consolidar práticas estabelecidas pelo cotidiano da Administração Pública, acabou por não contemplar a hipótese de maior lance utilizada em pregões negativos [...]” (POZZO, Augusto Neves Dal; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (coord). Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.)

“No projeto da nova lei de licitações o critério de maior lance teve seu alcance redimensionado. Quis o Legislador que a maior proposta financeira terá lugar somente no caso do leilão [...] Uma curiosidade

notável é o projeto de lei não contemplar outra hipótese de maior lance, aquela usada em pregões negativos. [...] O novo projeto de lei adotou sistemática similar à da Lei 8.666/1993 e restringiu o alcance do critério maior lance apenas para os leilões. Apesar de a validade jurídica do critério já ter sido ratificada pelo Tribunal de Contas da União em algumas ocasiões, essa fórmula parece ter passado despercebida pelo Legislador.” (MEDEIROS, Isaac Kofi. Critérios de Julgamento das Propostas. In: NIEBUHR, Joel de Menezes (org). Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/221786>. Acesso em: ago/2023.)

Nesse sentido, na disciplina da Lei Federal nº 14.133/2021, não haveria mais espaço para o uso dos critérios maior lance ou maior oferta, como era praxe no Estado do Rio Grande do Sul durante a vigência da Lei Federal nº 8.666/1993 e da Lei Estadual nº 13.191/2009.

No entanto, digno de registro que essa não foi a interpretação do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, que, como se depreende do excerto reproduzido acima, entendeu pela possibilidade de a Administração Pública continuar com o uso do maior lance.

No uso do maior lance, impõe-se referir, existe a possibilidade de que ocorra a superação do entendimento consolidado durante a vigência da lei anterior; por outro lado, o maior desconto com taxa negativa é alternativa que permite alcançar o melhor preço dentro do pregão invertido, mantendo conformidade com a legislação vigente e com a prática administrativa consolidada no âmbito federal.

Ante o exposto, delineiam-se as seguintes conclusões:

a) permanece possível, mesmo no regime da Lei Federal nº 14.133/2021, a construção da solução jurídica que recomenda o emprego da modalidade pregão para as concessões e permissões onerosas de uso de bens públicos;

b) é juridicamente viável o uso do pregão invertido na vigência da Lei Federal nº 14.133/2021, conforme precedentes do Tribunal de Contas da União, até que sobrevenha legislação específica a respeito do tema;

c) encontra-se afastada a possibilidade de adoção da modalidade pregão no caso de a destinação da concessão ou permissão de uso ultrapassar o escopo de bem e serviço comum;

d) recomenda-se a adoção do critério de julgamento “maior desconto” com taxa negativa, isto é, fórmula de conversão de valores em que o percentual de desconto ofertado é proporcional à receita gerada.

Visto o posicionamento da PGE/RS, cumpre analisar um artigo doutrinário que realiza a análise da matéria com interpretação ampla para o objeto do Pregão.

3.7. ANÁLISE DO ARTIGO DOUTRINÁRIO SOBRE “COMO PODE OCORRER A CONCESSÃO DE DIREITO DE USO DE BEM PÚBLICO POR MEIO DA MODALIDADE DE PREGÃO SEGUNDO A LEI Nº 14.133/21”.

Em artigo publicado no Portal Solicita¹², a Professora Fernanda Alves Andrade Guarido¹³ e o Professor Luiz Alberto Blanchet¹⁴ analisam “como pode ocorrer a concessão de direito de uso de bem público por meio da modalidade de pregão segundo a lei nº 14.133/21”.

Inicialmente os autores analisam que o art. 6º, XLI da Lei 14.133/21 expressamente consignou que pregão é “modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto”.

Desta forma, aduzem que o “conceito parece ter limitado a realização do pregão para os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, formas que conduzem a aquisições com pagamentos voltados à economicidade”.

Em seguida, pontuam que “a concessão de uso, como visa a cessão de espaço público para uso mediante remuneração, deve ser realizada pelo critério de julgamento do tipo maior oferta que, por sinal, não foi expresso nesses termos em nenhum dos incisos do artigo 33 da lei 14.133/21”.

Pontuam também que no “artigo 76, inciso I da Lei nº 14.133/21 está registrado que o leilão é a modalidade licitatória para a realização da alienação de bens imóveis”.

Como contraponto à previsão legal da Lei nº 14.133/21, os autores do artigo aduzem que o “pregão do tipo maior oferta é uma realidade consolidada ao tempo da lei nº 10.520/02, estando inserida nos atos normativos de determinadas Administrações e sendo referendada pelo TCU”.

¹² Disponível em: <https://portal.sollicita.com.br/Noticia/19566/a-lei-14.133%2F21-e-o-fim-do->

¹³ Pós-doutora em Direito Econômico pela PUCPR. Doutora e Mestre em Administração Pela Universidade Positivo. Membro do Conselho Consultivo da Revista Public Sciences e Policies, da Universidade de Lisboa. Advogada. Sócia de Blanchet, Guarido e Prates Menezes. Membro-Fundadora e Pesquisadora do IBEPEs – Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas Sociais. Professora na Unypública. Professora de pós-graduações lato sensu em Licitações e Contratos Administrativos na UNIBRASIL, de Direito Administrativo da Universidade Positivo e de Auditoria da UFPR. Atuou na capacitação de servidores públicos nos temas atinentes às licitações, e aos contratos Administrativos pelas empresas JML e Negócios Públicos. Foi Professora e Pesquisadora do Curso de Direito da FAE Centro Universitário.

¹⁴ Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR, Especialista em Direito Privado pela UFPR, Membro Catedrático da Academia de Direito Constitucional, Membro do Instituto dos Advogados do Paraná, Membro do Instituto Brasileiro da Energia, Membro Fundador da Red Docente Eurolatinaamericana de Derecho Administrativo – REDOEDA. Professor Titular de Direito Administrativo da PUCPR, Pesquisador, Sócio fundador de Blanchet, Guarido e Prates Menezes Advogados Associados, Ex Assistente Jurídico da Presidência da Companhia Paranaense de Energia, onde atuou por 27 anos.

Argumentam também que “a Lei nº 10.520/02 não recomenda a realização de pregão do tipo maior oferta, mas ele se tornou rotina e teve a deferência do controle externo”.

Os autores também pontuam sobre as diferenças da concessão de direito real de uso, que exigia a modalidade concorrência nos termos do art. 23, §3º da Lei 8.666/93, em relação a concessão administrativa de uso de bem público, mais simples e corriqueira:

Sob a vigência da lei 8.666/93, em regra, para que a Administração Pública pudesse alienar um espaço de sua propriedade, obtendo destinação econômica também deveria fazer uso de licitação. A concessão de direito real de uso de bem público, a teor do art. 23, §3º da Lei 8.666/93 deveria se realizar mediante licitação na modalidade de concorrência.

A concessão administrativa de uso de bem público, algo mais simples e mais corriqueiro, destinada, por exemplo, à percepção de valor mensal pela ocupação por particulares de espaços públicos para a exploração comercial de determinados negócios, tornou-se usual no âmbito da Administração Pública. Trata-se de instituto distinto da concessão de direito real de uso de bem público que, com o tempo, passou a ser realizada por meio da modalidade licitatória pregão.

Em seguida, os autores analisam o conceito de bem ou serviço comum para analisar duas proposições, a seguir reproduzidas:

1ª proposição) se for admitido que a concessão administrativa de uso de bem público envolve bem ou serviço comum faz-se necessário enfrentar a limitação imposta pela última parte do texto do artigo 6º, XLI que obriga que os pregões para aquisição de bens e de serviços comuns sejam realizados pelo critério de julgamento de menor preço ou de maior desconto, que fatalmente conduzem a aquisições voltadas à economicidade e não necessariamente a aquisições pelo maior valor de oferta como se faz necessário para o uso de bem público. Este entendimento foi adotado pelo TCU em decisões pretéritas que serão comentadas a seguir.

2ª proposição) ao contrário, se não for admitido que a concessão administrativa de uso de bem público envolva bem ou serviço comum, mas, ainda assim, que é possível o uso do pregão para realizá-la, passa-se a admitir que o pregão pode ser realizado para contratação de outros objetos. Por esta proposição, compreende-se que o pregão é obrigatório para bens e serviços comuns e facultativo para outros objetos. E, em sendo facultativo para outros objetos, admite outros critérios de julgamento. **Saliente-se que esta é interpretação dos autores como possível para o texto da lei nº 14.133/21.**

(Grifo nosso)

Pela 2ª proposição, os autores propõe uma interpretação ampla no sentido que:

[...] o pregão pode ser realizado para outros objetos, que não sejam bens e serviços comuns. Neste caso, a realização da modalidade licitatória pregão seria admitida facultativamente e os critérios de julgamento poderiam ser os

outros previstos no artigo 33 da Lei 14.133/21, a saber: melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior lance ou maior retorno econômico.

Os autores citam trechos de julgados do TCU, dentre eles, o Acórdão 3042/2008 – Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes e o Acórdão nº 2844/20107. Acórdão nº 2844/2010 – Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, citados como fundamentos no julgamento do TCE/PR, já reproduzido, para ilustrar que o TCU busca enquadrar diversos serviços como comuns para fins de utilização do Pregão.

Mas, para os autores, o Pregão pode ser utilizado para outros objetos que não sejam necessariamente bens e serviços comuns.

Na elaboração do artigo, os autores raciocinam:

Admite-se, pois a realização de pregão para concessão administrativa de uso de bem público por satisfazer ao interesse público e porque a falta de disciplina legal específica não compromete nem a legalidade e nem a pertinência do pregão para a concessão de uso de áreas comerciais. Nestes casos, o critério de julgamento deve ser o de maior oferta, ou maior lance, como consta do art. 33, V da Lei 14.133/21.

Neste caso, observa-se que o texto do artigo 33, V que menciona o maior lance apenas para o leilão deverá permitir abrir o critério de julgamento também para o pregão para concessão administrativa de uso de bem público.

Observe mais, que o leilão fora preterido como modalidade viável para a concessão administrativa de uso de bem público em detrimento do pregão. Tal fato fora registrado no acórdão TCU 3042/2008, Plenário. Ali se apontou que o pregão para registro de preços se mostrou mais adequado que o leilão pela classificação de várias propostas ordenadas de forma decrescente, sendo que o leilão conduz à validade de apenas um lance vencedor não se mostrando a melhor solução ao caso.

Por óbvio, peculiaridades haverá de ser observadas na realização do certame. Trata-se, por exemplo, dos encargos ao concessionário e da necessidade e do grau de investimento a ser realizado pelo licitante vencedor, o que haverá de implicar, entre outros dados e ações, no prazo de duração da modalidade licitatória.

Dando um passo atrás, na observância do prazo para apresentação de propostas e de lances previsto no artigo 55 da lei 14.133/21, por exemplo, demandará decisão e coerência lógica, posto que ali se definiu os prazos mínimos pelos critérios de julgamento. Os oito ou os dez dias úteis dos critérios de menor preço ou de maior desconto em interpretação literal, não se enquadrariam à solução estudada (art. 55, I, “a” e art. 55, II “a”, lei nº 14.133/21).

Tampouco os quinze dias úteis do critério de julgamento de maior lance podem ser (art. 55, III, Lei nº 14.133/21). O grau da atividade envolvida, a (des)necessidade de visita técnica, a realização de estudos e a análise dos investimentos envolvidos parecem ser os critérios condutores da decisão acerca do prazo mínimo para apresentação de propostas e lances que, em benefício dos interessados poderão ser maiores que os mínimos estipulados na regra. E assim há de ser naquilo que se revelar peculiar ao certame.

Em seguida concluem:

O presente artigo objetivou analisar a realização da concessão administrativa de uso de bem público através da modalidade licitatória pregão

sob a égide da Lei nº 14.133/21. Registrou-se a existência de aparente lacuna da lei 14.133/21. Não se encontrou, em princípio, motivo para a omissão, que mais parece ter consistido numa falha do legislador que parece ter se dado por satisfeito ao atribuir o leilão como modalidade licitatória para alienação de bens da Administração.

Concluiu-se, com base em jurisprudência anterior à própria lei nº 14.133/21 pela possibilidade de inovar no que tange à previsão legal, ou mesmo de compreender a regra à luz de sua interpretação teleológica ou lógico-sistemática. É que a lei obrigou o uso do pregão para contratação de bens e de serviços comuns, mas não proibiu o uso da modalidade para outros objetos. Além disto, a Corte de Contas entendeu que a concessão administrativa de uso de bem público se alinha ao pregão, podendo abarcar, por exemplo, serviços comuns. A Corte de Contas também entendeu que a lacuna da lei 10.520/02 não impedia o uso do pregão para tal objeto: como a disciplina do pregão parece ter sido similar e a disciplina da alienação parece ter apenas excluído a concorrência, parece possível permanecer defendendo a licitude do objeto. Noutro giro, a lei 14.133/21 atribuiu o leilão à realização de alienação de bens públicos, mas não vedou o uso de outra modalidade.

Por outro lado, ainda que num esforço hermenêutico como vinha fazendo o TCU se considere a alienação ou a concessão de uso de bem público afeita ao conceito de comum, a realização do certame mediante pregão fora justificada na inovação que, no caso, entendeu-se que se alinhava ao princípio da eficiência (Acórdão TCU nº 3042/2008, Plenário).

Em suma, a concessão administrativa deverá ser realizada pelo critério de maior oferta ou maior lance, os prazos de apresentação de propostas e lances serão definidos considerando aspectos do objeto do certame, assim como as questões contratuais que se revelarem peculiares, a exemplo do prazo de duração de tais contratos.

A satisfação do interesse público deverá dar o tom da conversa e, por ela, não faz sentido algum limitar a realização das alienações estritamente para a modalidade leilão. Cabe aos agentes públicos exercer a criatividade e a inovação, provocando o controle externo ante a nova regra, na descoberta da realização do sentido e do conteúdo da Lei nº 14.133/21.

Portanto, os autores defendem que o Pregão pode ser utilizado para a concessão administrativa de uso de bem público, que “deverá ser realizada pelo critério de maior oferta ou maior lance”, com “prazos de apresentação de propostas e lances” adequados ao objeto licitado.

É relevante destacar que os autores entendem que, utilizando a interpretação teleológica ou lógico-sistemática, “a lei obrigou o uso do pregão para contratação de bens e de serviços comuns, mas não proibiu o uso da modalidade para outros objetos”.

3.8. PESQUISAS DE PROJETOS DE LEI FEDERAL

A instrução realizou pesquisas de projetos de lei na Câmara dos Deputados:

<https://www.camara.leg.br>

e

no

Senado

Federal:

<https://www12.senado.leg.br/hpsenado>, mas não encontrou propostas de alteração da legislação sobre o tema.

3.9. POSICIONAMENTO PARCIALMENTE DIVERGENTE – BLOG ZÊNITE

A Equipe Técnica da Zênite, no Blog Zênite, publicado em 30 de junho de 2022¹⁵, entendeu de modo diverso, ao afirmar que pela opção literal da nova Lei, para as concessões e permissões de uso de bens públicos deve ser adotada a modalidade leilão:

DIRETO AO PONTO

(...) concluímos que a Lei nº 14.133/2021 aplica-se aos casos de concessões e permissões de uso de bens públicos. E, seguindo a opção literal da nova Lei, deve ser adotado critério de julgamento “maior lance” e pela modalidade leilão.

Porém, em seguida, **faz a seguinte ressalva**:

Ainda que essa tenha sido a opção literal da Lei nº 14.133/2021, **não se afasta a adoção do pregão por maior lance, em função de prática já consolidada.**

(Grifo nosso)

Ou seja, a equipe técnica da Zênite também admite a adoção do pregão por maior lance. Vejamos a fundamentação apresentada:

FUNDAMENTAÇÃO

A Lei nº 14.133/2021, publicada no DOU no dia 1º de abril de 2021, prevê, expressamente, no seu art. 2º, inciso IV, sua aplicabilidade aos casos de “concessão e permissão de uso de bens públicos”. Com isso, qualquer dúvida resta, de plano, afastada.

Apesar da previsão expressa, estabelecendo a aplicação da Lei nº 14.133/2021 aos casos de concessões e permissões de uso de bens públicos, não foi instituída qualquer disciplina ou procedimento específico para esses casos.

Em vista desse silêncio e considerando que, em geral, as licitações para concessões e permissões de uso de bens públicos adotam o critério de julgamento de maior lance, de acordo com a sistemática implantada pela Lei nº 14.133/2021, as licitações para esse fim deverão ser processadas pela modalidade leilão.

Isso porque o art. 6º, inciso XL, considera o leilão a “modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a **quem oferecer o maior lance**”.

Nesse sentido, o art. 33, inciso V, da Lei nº 14.133/2021 confirma a conclusão de que o critério de julgamento “maior lance” fica restrito aos casos de leilão:

¹⁵ Disponível em: <https://zenite.blog.br/aplica-se-a-nova-lei-no-14-133-2021-para-concessoes-e-permissoes-de-uso-de-bens-publicos-qual-sera-o-procedimento-a-ser-observado/>

Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:

(...)

V – maior lance, no caso de leilão;

A rigor, entendemos possível considerar a concessão e a permissão de uso de bens públicos como espécies de alienação de bens imóveis, com a peculiaridade de envolver apenas a posse e não a propriedade e ser por tempo determinado. Adotada essa compreensão, a opção da nova Lei de Licitações foi pela adoção do procedimento do leilão, conforme consta do art. 6º, inciso XL.

3.10. CONSIDERAÇÕES SOBRE A UTILIZAÇÃO DO PREGÃO

As questões trazidas pelos Consulentes decorrem de dificuldades reais na gestão do Poder Público.

Desta forma, o estudo da melhor solução impõe a análise das consequências práticas da Decisão nos termos dos princípios da Nova Lei de Licitações e Contratações, expostos no art. 5º da lei, transcrito no item 3.2. deste relatório, bem como da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro¹⁶ (LINDB), em especial os artigos 20 a 22, a seguir reproduzidos:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#) [\(Regulamento\)](#)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#) [\(Regulamento\)](#)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. [\(Regulamento\)](#)

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

¹⁶ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. [\(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018\)](#)

Embora a Nova Lei de Licitações e Contratações tenha sido aprovada recentemente e a lacuna legislativa seja objeto de construção jurisprudencial do Tribunal de Contas da União desde 2008, o legislador não optou por tratar diretamente a matéria objeto das Consultas.

De toda forma, de acordo com a sistemática anterior à Nova Lei de Licitações e Contratações, a doutrina denomina como Pregão Negativo ou invertido os pregões que utilizam o maior lance ou o maior desconto com taxa negativa como critério de julgamento.

A denominação “negativo” decorre da inversão da lógica da modalidade, que é a busca por lances cada vez menores ao longo da sessão pública.

NIEBUHR (2015)¹⁷ explica que “pregão negativo é aquele em que a disputa alcança ou parte do preço zero, dispondo-se os licitantes a pagarem para a Administração Pública pela execução do contrato. Sucede que, quando a Administração deixa de pagar e passa a receber, o que interessa a ela já não é mais o menor preço, e sim o maior lance ou oferta”.

Portanto, com a adoção do critério de julgamento pelo “maior desconto” com taxa negativa, ao buscar o maior lance ou oferta, a Administração assegura que a utilização do Pregão possa atingir o interesse público nas permissões e concessões do direito de uso.

Trata-se da aplicação dos princípios da eficiência e economicidade.

Na prática, adota-se o maior lance ou oferta.

Conforme restou reiteradamente citado e desenvolvido durante o presente relatório, a solução adotada e pacificada pelo Tribunal de Contas da União para a utilização do Pregão para as permissões e concessões de uso se mostra acertada pelo potencial de ampliar o universo de participantes e a competitividade.

¹⁷ Niebuhr, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Isto posto, pelo princípio da segurança jurídica do entendimento que se mostra pacificado no TCU desde 2008 e para viabilizar que os jurisdicionados possam ter uma solução com eficiência, entende-se que a utilização do Pregão deva ser mantida.

Em relação a posição doutrinária citada no sentido que o pregão pode ser realizado para outros objetos, que não sejam bens e serviços comuns, a instrução se posiciona de forma contrária.

Entende-se que as ressalvas relacionadas à limitação do escopo do Pregão, somente permitindo a bem e serviço comum, bem como a eventual legislação posterior que altere a matéria são pertinentes e necessárias.

Desta forma, é possível chegar às seguintes conclusões sobre a utilização do Pregão:

a) Com fundamento nos princípios da segurança jurídica, eficiência e economicidade, a modalidade Pregão pode ser utilizada para a realização da concessão e permissão de uso de bens públicos previstas no art. 2º, IV, da Lei Federal nº 14.133/2021 até que eventualmente sobrevenha legislação que disponha especificamente sobre o tema e altere a disciplina das modalidades de licitação (art. 28 e seguintes) ou os critérios de julgamento (art. 33 e seguintes).

b) O Pregão deve ser utilizado exclusivamente para a aquisição de bens e serviços comuns (art. 6º, XLI da Lei Federal nº 14.133/2021), com a adoção do critério de julgamento “maior desconto” com taxa negativa, ou seja, com a adoção da fórmula de conversão de valores em que o percentual de desconto ofertado é proporcional à receita gerada.

3.11. ANÁLISE DA ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS PELO LEILÃO

A alienação de bens imóveis está prevista no art. 76, I, da Lei n. 14.133/2021, reproduzido no item 3.2. deste relatório.

Inicialmente, cumpre assinalar que a disciplina prevista na Nova Lei de Licitações e Contratações inovou em relação à Lei n. 8.666/93 no pertinente à modalidade indicada.

A Lei n. 8.666/93 previa que as alienações far-se-iam usualmente por concorrência, admitindo-se o leilão de modo excepcional.

Por sua vez, a Lei 14.133/2021 previu a utilização da modalidade leilão.

Vejamos o quadro comparativo das leis:

Lei n. 8.666/93	Lei n. 14.133/2021
<p>Seção VI Das Alienações Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:</p> <p>a) dação em pagamento; b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i; (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009) c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei; d) investidura; e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994) f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007) g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)</p>	<p>Capítulo IX Das Alienações Art. 76. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I - tratando-se de bens imóveis, inclusive os pertencentes às autarquias e às fundações, exigirá autorização legislativa e dependerá de licitação na modalidade leilão, dispensada a realização de licitação nos casos de:</p> <p>a) dação em pagamento; b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas “f”, “g” e “h” deste inciso; c) permuta por outros imóveis que atendam aos requisitos relacionados às finalidades precípua da Administração, desde que a diferença apurada não ultrapasse a metade do valor do imóvel que será ofertado pela União, segundo avaliação prévia, e ocorra a torna de valores, sempre que for o caso; d) investidura; e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo; f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente usados em programas de habitação ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública; g) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis comerciais de âmbito local, com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e destinados a programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública; h) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; i) legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública competentes; j) legitimação fundiária e legitimação de posse de que trata a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017;</p>

i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra, onde incidam ocupações até o limite de que trata o [§ 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009](#), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; e [\(Redação dada pela Lei nº 13.465, 2017\)](#)

Conforme dispõe o *caput* do art. 76 da Lei n. 14.133/2021, a alienação dos bens da Administração Pública é subordinada inicialmente à apresentação de justificativa do interesse público para realizar a alienação.

Em seguida, deve ser precedida de avaliação do bem.

Nos termos do inciso I, **tratando-se de bens imóveis**, inclusive os pertencentes às autarquias e às fundações, a alienação exigirá autorização legislativa e dependerá de licitação na modalidade leilão.

É possível interpretar que a alienação do inciso I, *caput*, é a alienação típica, na qual a Administração aliena um bem imóvel desafetado.

Por sua vez, nas alíneas do inciso I constam outras hipóteses de alienação de bens imóveis que dispensam a realização de licitação:

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas “f”, “g” e “h” deste inciso;
- c) permuta por outros imóveis que atendam aos requisitos relacionados às finalidades precípua da Administração, desde que a diferença apurada não ultrapasse a metade do valor do imóvel que será ofertado pela União, segundo avaliação prévia, e ocorra a torna de valores, sempre que for o caso;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo;
- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente usados em programas de habitação ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;
- g) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis comerciais de âmbito local, com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e destinados a programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;
- h) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) onde incidam ocupações até o limite de que trata o [§ 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009](#), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;

i) legitimação de posse de que trata o [art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976](#), mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública competentes;

j) legitimação fundiária e legitimação de posse de que trata a [Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017](#);

Em relação ao critério de julgamento para a alienação de bens imóveis, o art. 33, V dispõe que o julgamento das propostas no caso de leilão será pelo critério do maior lance, não permitindo a utilização de outro critério.

Na vigência da Lei n. 8.666/93, a utilização da concorrência permitia a adoção do critério técnica e preço.

Ocorre que na disciplina da Nova Lei de Licitações e Contratações, o único critério previsto é o maior lance, que busca a maior receita possível.

Ao tratar do leilão na Nova Lei de Licitações e Contratações, Marçal Justen Filho ensina que:

Em se tratando de processo orientado a obter a maior receita possível, os atributos subjetivos do licitante são irrelevantes. Por isso, **a regra geral é o descabimento de requisitos de habilitação e outras formalidades**. No entanto, nem sempre assim se passa.

Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas (p. 452). Thomson Reuters Revista dos Tribunais.

Neste contexto, é importante delimitarmos as diferenças da alienação de bens imóveis sem contrapartida, da alienação de bens imóveis com contrapartida.

3.12. DA ALIENAÇÃO DIRETA DE BENS IMÓVEIS SEM CONTRAPARTIDA E DA ALIENAÇÃO COM CONTRAPARTIDAS

Da leitura do conteúdo das Consultas e dos Pareceres Jurídicos que as instruem, resta claro que a real dificuldade dos gestores para a alienação de imóveis são para os casos de pretensão de exigir contrapartidas para, por exemplo, buscar atrair a instalação das empresas que a curto/longo prazo, proporcionem retorno ao Município no âmbito da arrecadação, geração de empregos e/ou outros fatores que variam a depender do caso concreto.

Para os casos nos quais o único interesse é a alienação de bens imóveis desafetados por valores de mercado, a utilização do leilão, com o critério do maior lance, é solução adequada.

Simplesmente aplica-se o art. 76 acima transcrito, com a alienação do bem imóvel pelo critério do maior lance.

Mas, no caso de se exigirem contrapartidas para que o “adquirente”/ “comprador” assuma o compromisso de gerar empregos, desenvolvimento econômico, ou qualquer outra contrapartida lícita a ser formulada pelo Município ou Estado, a escolha do critério do maior lance deve ser adotada em conjunto com o estabelecimento de critérios objetivos e razoáveis que permitam a ampla concorrência e não constituam direcionamento da licitação.

Explica-se:

No Leilão, podemos traçar exemplificativamente os seguintes cenários:

a) Alienação de Bem Imóvel com o uso da modalidade leilão pelo critério do maior lance, sem contrapartidas.

b) Alienação de Bem Imóvel com o uso da modalidade leilão pelo critério do maior lance, com a adoção de critérios objetivos como contrapartidas, aptos a serem cumpridos por empresas de diversos setores, sem restringir a ampla concorrência ou direcionar a licitação.

c) Alienação de Bem Imóvel com contrapartidas subjetivas, que não vão comportar a modalidade leilão.

Por exemplo, para o item “a”, trata-se de um leilão comum de bem imóvel.

Para o item “b”, os requisitos objetivos devem ser avaliados em casos concretos para poder verificar a sua razoabilidade.

Da mesma forma, para o item “c”, os requisitos subjetivos devem ser avaliados em casos concretos. Porém, em tese, a adoção de critérios subjetivos não coadunam com a modalidade leilão por maior lance, pois torna-se difícil compatibilizar o critério do maior lance com eventuais condições subjetivas que possam restringir a concorrência.

Estas 3 (três) hipóteses fazem parte da realidade de Municípios por todo o país que buscam atrair empresas.

Em sede de análise de processo de consulta, sem se ater ao exame de um caso concreto, não é possível asseverar se a alienação com contrapartidas está sendo realizada de forma adequada ou não, pois não há acesso a como foram estabelecidas e justificadas as contrapartidas.

O importante é que os Municípios buscam atrair investimentos e empresas, sendo a concessão real de uso e a alienação de bens imóveis uma das formas consolidadas para este objetivo.

Relembramos que na análise do julgamento da CONSULTA n. 932769 pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, sob a relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão, restou decidido que o número de empregos a serem gerados pode constituir um dos elementos a ser aferidos no tipo de licitação maior lance ou oferta, para ser utilizado como critério de julgamento nas concessões de uso e de direito real de uso. Para tanto, a Administração deverá estabelecer critérios técnicos objetivos e métricas adequadas para quantificar esses elementos e aferir a viabilidade econômica das propostas apresentadas pelos interessados.

Vejamos a ementa novamente:

CONSULTA. **CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO E CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO. NÚMERO DE EMPREGOS A SEREM GERADOS. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. POSSIBILIDADE. TIPO DE LICITAÇÃO. MAIOR OFERTA. OBSERVÂNCIA DE CRITÉRIOS TÉCNICOS OBJETIVOS E MÉTRICAS ADEQUADAS PARA AFERIR A VIABILIDADE ECONÔMICA DAS PROPOSTAS.**

1. O NÚMERO DE EMPREGOS A SEREM GERADOS PODE CONSTITUIR UM DOS ELEMENTOS A SER AFERIDOS NO TIPO DE LICITAÇÃO "MAIOR OFERTA", PORTANTO PASSÍVEL DE SER UTILIZADO COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO NAS CONCESSÕES DE USO E DE DIREITO REAL DE USO. PARA TANTO, A ADMINISTRAÇÃO DEVERÁ ESTABELECE CRITÉRIOS TÉCNICOS OBJETIVOS E MÉTRICAS ADEQUADAS PARA QUANTIFICAR ESSES ELEMENTOS E AFERIR A VIABILIDADE ECONÔMICA DAS PROPOSTAS APRESENTADAS PELOS INTERESSADOS.

2. DECISÃO UNÂNIME. [CONSULTA n. 932769. Rel. CONS. CLÁUDIO TERRÃO. Sessão do dia 31/08/2016. Disponibilizada no DOC do dia 05/10/2016. Colegiado. PLENO.]
(grifo nosso)

Desta forma, a solução concreta para o problema real dos gestores municipais passa pela adoção da modalidade de licitação adequada, podendo a Administração utilizar o critério de maior lance ou oferta exigindo critérios técnicos objetivos, como é o caso recorrente da geração de empregos.

Registra-se que em todos os casos, as licitações devem ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, conforme dispõe o art. 17, §2º, Lei n. 14.133/2021.

Isto posto, convém ressaltar que o Município, como ente autônomo nos termos do art. 18¹⁸ da Constituição da República, tem competência prevista no art. 30¹⁹ também da Constituição Federal para legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

No caso concreto, pelas Decisões do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, Procuradoria do Distrito Federal, Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul, decisões do TCU e STF resta claro que é fato a omissão da lei para tratar do tema, o que possibilita que os Municípios brasileiros legislem de forma suplementar.

Desta forma, vejamos no próximo tópico o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

3.13. DA COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES – PRECEDENTES DO STF

A Constituição Federal de 1988 dispõe:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XI - procedimentos em matéria processual;

[...]

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

¹⁸ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

¹⁹ Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Em pesquisa sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a competência legislativa dos entes para legislar sobre licitações e contratos administrativo, não se encontra uma pacificação de entendimentos.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 927, sob a relatoria do Exmo. Sr. Ministro Carlos Velloso, o STF reconheceu que a União havia extrapolado a sua competência de disciplinar as normas gerais ao limitar a disposição dos bens imóveis dos demais entes da federação, conforme se constata da ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei n. 8.666, de 21.06.93.
I. - Interpretação conforme dada ao art. 17, I, "b" (doação de bem imóvel) e art. 17, II, "b" (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, "c" e par. 1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte.
II. - Cautelar deferida, em parte."
(ADI 927 MC, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/1993, DJ 11-11-1994 PP-30635 EMENT VOL-01766-01 PP-00039)

A matéria deve ser novamente julgada, pois a referida limitação foi repetida na Lei nº 14.133/21, tendo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) questionado a possível violação ao pacto federativo e à repartição de competências do art. 76 da Nova Lei de Licitações e Contratações ao propor Ação Direta de Inconstitucionalidade em 26/06/2024 autuada sob o n.7680²⁰, distribuída ao Exmo. Sr. Ministro André Mendonça, conforme se apura de consulta ao trâmite processual em 11/09/2024:

22/08/2024 Vista à PGR
21/08/2024 Manifestação da AGU ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - Petição: 103044 - Data: 21/08/2024, às 20:21:43, via Web Service MNI 2.2.2.
14/08/2024 Vista ao AGU
14/08/2024 Petição Informações - Petição: 98916 Data: 14/08/2024, às 14:41:29
14/08/2024 Petição Informações - Petição: 98782 Data: 14/08/2024, às 11:07:37
07/08/2024 Juntada de comprovante de recibo ref. OFÍCIO ELETRÔNICO 15991/2024 - Presidente do Senado Federal (Recebido em 23/07/2024)
07/08/2024 Juntada de comprovante de recibo ref. OFÍCIO ELETRÔNICO 15988/2024 - Presidente da República (Recebido em 23/07/2024)
29/07/2024 Petição Informações - Petição: 92071 Data: 29/07/2024, às 16:14:32
23/07/2024 Expedido(a) ADI - INFORMAÇÃO PETIÇÃO INICIAL - PRESIDENTE DA REPÚBLICA - RELATOR
23/07/2024 Expedido(a) ADI - INFORMAÇÃO PETIÇÃO INICIAL - SENADO FEDERAL - RELATOR

²⁰ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6967768>

23/07/2024 Expedido(a) ADI - INFORMAÇÃO PETIÇÃO INICIAL - CÂMARA DOS DEPUTADOS - RELATOR
23/07/2024 Comunicação assinada ADI - INFORMAÇÃO PETIÇÃO INICIAL - PRESIDENTE DA REPÚBLICA - RELATOR
23/07/2024 Comunicação assinada ADI - INFORMAÇÃO PETIÇÃO INICIAL - SENADO FEDERAL - RELATOR
23/07/2024 Comunicação assinada ADI - INFORMAÇÃO PETIÇÃO INICIAL - CÂMARA DOS DEPUTADOS - RELATOR
23/07/2024 Publicação, DJE Divulgado em 22/07/2024
22/07/2024 Certidão Certifico a elaboração de 3 ofícios, sendo 1 ao Presidente da República, 1 à Câmara dos Deputados e 1 ao Senado Federal. Decisão de 22/7/2024.
22/07/2024 Pedido de informações ^{MIN. ANDRÉ MENDONÇA} Sem Descrição
27/06/2024 Conclusos ao(à) Relator(a)
27/06/2024 Distribuído MIN. ANDRÉ MENDONÇA
27/06/2024 Autuado
26/06/2024 Protocolado Petição Inicial (nº 79578) recebida em 26/06/2024, às 17:13:20

Em relação ao decidido na ADI 927, caberia aplicar o brocardo latim *a maiori ad minus* – que nos termos do vocabulário jurídico do STF²¹ é o argumento utilizado no processo lógico de enunciação de regras implícitas a partir de regras explícitas.

Ou seja, se o ente pode disciplinar a respeito da doação dos seus bens imóveis (mais), deve poder disciplinar sobre a forma como deve licitar a sua concessão (menos), desde que respeitadas as normas gerais da União – que, como dispõe os precedentes do TCU e do TCE/PR supracitados, são precárias em relação aos contratos que geram receitas ou retorno para a Administração.

A fim de verificar se, de fato, haveria possibilidade dos demais entes legislar sobre o assunto, cabe prosseguir na análise de precedentes do STF sobre a interpretação a ser dada sobre os artigos da Constituição Federal que tratam sobre a competência dos entes federativos para legislar sobre licitações e contratos – sem a pretensão de esgotar toda a jurisprudência sobre o tema.

Em 2017, ao julgar a ADI 3735, sob a relatoria do Exmo. Sr. Ministro Teori Zavascki, impetrada contra Lei do Mato Grosso do Sul que estabelecia exigência de certidão negativa de violação a direitos do consumidor, o STF assim decidiu:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI 3.041/05, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES COM O PODER PÚBLICO. DOCUMENTOS EXIGIDOS PARA HABILITAÇÃO. CERTIDÃO NEGATIVA DE VIOLAÇÃO A DIREITOS DO CONSUMIDOR. DISPOSIÇÃO COM SENTIDO AMPLO, NÃO VINCULADA

²¹ Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/tesouro/pesquisa.asp?pesquisaLivre=QUEM%20PODE%20O%20MAIS%20PODE%20O%20MENOS>>. Acesso em 19/08/2024.

A QUALQUER ESPECIFICIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, POR INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA (ART. 22, INCISO XXVII, DA CF).

1. A igualdade de condições dos concorrentes em licitações, embora seja enaltecida pela Constituição (art. 37, XXI), pode ser relativizada por duas vias: (a) pela lei, mediante o estabelecimento de condições de diferenciação exigíveis em abstrato; e (b) pela autoridade responsável pela condução do processo licitatório, que poderá estabelecer elementos de distinção circunstanciais, de qualificação técnica e econômica, sempre vinculados à garantia de cumprimento de obrigações específicas.

2. Somente a lei federal poderá, em âmbito geral, estabelecer desequilíbrios entre os concorrentes e assim restringir o direito de participar de licitações em condições de igualdade. **Ao direito estadual (ou municipal) somente será legítimo inovar neste particular se tiver como objetivo estabelecer condições específicas, nomeadamente quando relacionadas a uma classe de objetos a serem contratados ou a peculiares circunstâncias de interesse local.**

3. Ao inserir a Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor no rol de documentos exigidos para a habilitação, o legislador estadual se arvorou na condição de intérprete primeiro do direito constitucional de acesso a licitações e criou uma presunção legal, de sentido e alcance amplíssimos, segundo a qual a existência de registros desabonadores nos cadastros públicos de proteção do consumidor é motivo suficiente para justificar o impedimento de contratar com a Administração local.

4. Ao dispor nesse sentido, a Lei Estadual 3.041/05 se dissociou dos termos gerais do ordenamento nacional de licitações e contratos, e, com isso, usurpou a competência privativa da União de dispor sobre normas gerais na matéria (art. 22, XXVII, da CF).

5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.”

(ADI 3735, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017)

(grifo nosso)

Portanto, depreende-se que ao disciplinar sobre uma classe específica de objetos – bens públicos – o direito estadual (ou municipal) estaria de acordo com o precedente supracitado.

Posteriormente, ao julgar a ADI4658, sob a relatoria do Exmo. Sr. Ministro Edson Fachin, apresentada contra Lei do Estado do Paraná que ampliava hipótese de dispensa de licitação, o STF decidiu nos seguintes termos:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. ARTIGO 34, VII DA LEI ESTADUAL PARANAENSE N. 15608/2007. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO. NORMAS GERAIS. HIPÓTESE INOVADORA DE DISPENSA DE LICITAÇÃO. INVASÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS.

1. Esta Corte já assentou o entendimento de que **assiste aos Estados competência suplementar para legislar sobre licitação e contratação, desde que respeitadas as normas gerais estabelecidas pela União.**

2. Lei estadual que ampliou hipótese de dispensa de licitação em dissonância do que estabelece a Lei 8.666/1993.

3. Usurpa a competência da União para legislar sobre normais gerais de licitação norma estadual que prevê ser dispensável o procedimento licitatório para aquisição por pessoa jurídica de direito interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública, e que tenha sido criado especificamente para este fim específico, sem a limitação temporal estabelecida pela Lei 8.666/1993 para essa hipótese de dispensa de licitação.

4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, com modulação de efeitos, a fim de preservar a eficácia das licitações eventualmente já finalizadas com base no dispositivo cuja validade se nega, até a data desde julgamento.

(ADI 4658, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 25-10-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-245 DIVULG 08-11-2019 PUBLIC 11-11-2019)

Do voto do eminente Exmo. Sr. Ministro Edson Fachin, extrai-se passagens que se mostram pertinentes para elucidar a questão:

Nessa linha de entendimento, vale rememorar o que consignou o saudoso Ministro Teori Zavascki, no voto que proferiu no julgamento da ADI 3.735, de sua relatoria (DJe de 1º.8.2017), ocasião em que se analisou, igualmente, hipótese de invasão, por Estado-membro, da competência da União para legislar sobre regras gerais de licitação:

“No arranjo de competências legislativas instituído pelo texto da CF/88, a responsabilidade pelo estabelecimento de normas gerais sobre licitações e contratos foi privativamente outorgada ao descortino da União (art. 22, XXVII). Esta privatividade, contudo, não elidiu a competência dos demais entes federativos para legislar sobre o tema. Na medida em que se limitou ao plano das “normas gerais”, a própria regra, de competência do art. 22, XXVII, da CF pressupõe a integração da disciplina jurídica da matéria pela edição de outras normas, “não gerais”, a serem editadas pelos demais entes federativos, no desempenho das competências próprias que lhes cabem, seja com fundamento nos arts. 24 e 25, §1º, da CF – no caso dos Estados-membros – ou no art. 30, II, da CF – no tocante aos Municípios. Isso quer dizer que, embora tenha sido capitulada como uma competência legislativa de exercício privativo da União, a disciplina geral de licitações e contratos não segue estritamente o mesmo regime jurídico que caracteriza as demais incumbências previstas no art. 22 da Constituição Federal, cuja transferência para os Estados somente é admitida mediante autorização formal de lei complementar, e mesmo assim, apenas, para o tratamento de questões específicas (art. 22, § único, da CF). Por essa razão, há na doutrina quem subscreva o posicionamento de que a edição de normas gerais sobre licitações e contratos estaria melhor acomodada no repertório do art. 24 da Constituição, título que abriga as hipóteses de competência concorrente na Federação brasileira”.

Indene de dúvidas, pois, que assiste competência aos Estados para legislar suplementarmente acerca de temas especiais, em observância aos interesses locais, em matéria de licitação e contratação.

Todavia, essa atribuição de competência não lhes permite disciplinar a matéria de forma diversa das normas gerais estabelecidas pela União. E, na lição de Marçal Justen Filho, a disciplina acerca das hipóteses em que o procedimento licitatório é obrigatório ou não inclui-se no núcleo de certeza positiva do conceito indeterminado de norma geral sobre licitação. Afirma Marçal:

“Assim, pode-se afirmar que norma geral sobre licitação e contratação administrativa é um conceito jurídico indeterminado cujo núcleo de certeza positiva compreende a disciplina imposta pela União e de observância obrigatória por todos os entes federados (inclusive da Administração indireta), atinente à disciplina de: (a) **requisitos mínimos necessários e indispensáveis à validade da contratação administrativa**; (b) **hipóteses de obrigatoriedade e de não obrigatoriedade de licitação**; (c) **requisitos de participação em licitação**; (d) **modalidades de licitação**; (e) **tipos de licitação**; (f) **regime jurídico de contratação administrativa**.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 16)
(grifo nosso)

Prosseguindo, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário - RE 1.327.523 – RJ, o STF foi instado a analisar a constitucionalidade de lei municipal que exigia a autorização legislativa prévia para a alienação de imóveis públicos.

Ao denegar o prosseguimento do RE, o Relator, Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli, argumentou o quanto segue:

No que se refere ao caso presente, é de se verificar que a Constituição Federal não prevê regra de competência legislativa nem disciplina direta e integralmente a matéria de administração de bens públicos, ou, mais especificamente, da alienação desses bens, tornando aplicável, dessa forma, a regra do art. 25, § 1º, da Constituição Federal, que reserva aos entes subnacionais as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição.

[...]

No meu entendimento, o legislador estadual, seja ele constituinte, seja ordinário, possui competência legislativa para editar normas sobre a gestão dos respectivos bens públicos, desde que observadas as orientações constitucionais e as regras gerais relativas à licitação e contratações públicas editadas pela União, notadamente dispostas nas Leis nº 8.666/1993 (vigente até abril de 2023) e nº 14.133/2021.

[...]

Assoma-se às razões anteriormente consignadas a circunstância de que todos os entes federativos são detentores de competência legislativa para dispor sobre procedimentos administrativos.
(grifo nosso)

Recentemente, em 27/05/2024, no julgamento do Recurso Extraordinário 1.188.352/DF, sob a relatoria do Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux, o STF se debruçou novamente sobre o tema ao decidir sobre a possibilidade de que Lei Estadual inverta fases do procedimento de licitação:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DISTRITAL 5.345/2014 QUE INSTITUI, NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REGIONAL, A INVERSÃO DA ORDEM DAS FASES DO PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGIFERANTE RESERVADA À UNIÃO

PARA PRODUZIR NORMAS GERAIS EM TEMA DE LICITAÇÃO. ARTIGO 22, INCISO XXVII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EFICIÊNCIA E DA ECONOMICIDADE. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. A federação brasileira revela-se ainda altamente centralizada, limítrofe ao federalismo meramente nominal, situação essa que se agrava sobretudo frente à própria engenharia constitucional estabelecida pela repartição de competências dos arts. 21 a 24 da CRFB/88. É necessário revitalizar a vertente descentralizadora do princípio federativo brasileiro a qual abandona qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União.

2. **A imposição constitucional de existência de um núcleo comum e uniforme de normas deve ser sopesada com a noção de laboratório da democracia (laboratory of democracy). É desejável que os entes federativos gozem de certa liberdade para regular assuntos de forma distinta, não apenas porque cada um deles apresenta peculiaridades locais que justificam adaptações da legislação federal, mas também porque o uso de diferentes estratégias regulatórias permite comparações e aprimoramentos quanto à efetividade de cada uma delas.**

3. A amplitude com que a Suprema Corte define com conteúdo do que sejam normas gerais influi decisivamente sobre a experiência federalista brasileira. Qualquer leitura maximalista do aludido conceito constitucional milita contra a diversidade e a autonomia das entidades integrantes do pacto federativo, em flagrante contrariedade ao pluralismo que marca a sociedade brasileira. Contribui ainda para asfixiar o experimentalismo local tão caro à ideia de federação. Nesse cenário, é preciso extrema cautela na árdua tarefa de densificar o sentido e o alcance da expressão normas gerais, limitando a censura judicial às manifestações nitidamente abusivas de autonomia.

4. Mercê de a licitação ser regulada em lei federal que estabelece normas gerais, a circunstância não inviabiliza que os legisladores estaduais, distritais e municipais detenham competência complementar para inverter a ordem das fases a licitação, em contraste ao que previsto na Lei 8.666/1993, observados, sempre, os dispositivos constitucionais pertinentes e da explicitação da motivação para realização do ato. A Lei 5.345/2014, do Distrito Federal, sob essa ótica, não viola o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal. Isso porque a disciplina da ordem das fases do procedimento, nada obstante compondo o texto da Lei 8.666/1993, **não tem natureza de norma geral, já que não afasta a obrigatoriedade de licitação, não cria modalidade ou tipo novo, nem afasta o regime jurídico administrativo.** A inversão de fases não produz conteúdo insólito no ordenamento jurídico, configurando-se mera disciplina procedimental que atende a autonomia das entidades federativas subnacionais para editarem leis de auto-organização.

5. O postulado constitucional da eficiência (CRFB, arts. 37, caput) justifica a iniciativa do legislador distrital em estabelecer a preferência pela inversão das fases licitatórias. A obrigatoriedade de licitação se impõe como forma de assegurar à Administração Pública a melhor proposta, aquela que atende à finalidade determinada de modo mais eficiente. Em razão da repartição social dos custos com licitação e contratos públicos, a eficiência favorece indistintamente toda a sociedade, correspondendo ao interesse público geral.

a. A alteração procedimental instituída pelo Distrito Federal não descarta da observância aos princípios consagrados na Constituição Federal, nem os ofende. De resto, o que é medular: **a essência do procedimento licitatório não se desestabiliza** à circunstância de que tal e qual fase preceda ou suceda à outra.

b. O advento da Lei 14.133/2021 não esvaziou o objeto do Tema da repercussão geral, dado que, nos termos de seu art. 193, II, apenas após

decorridos dois anos de sua publicação ter-se-á revogada a Lei 8.666/1993, prazo esse que foi prorrogado até 30 de dezembro de 2023, após a edição da Medida Provisória nº 1.167/23 e da Lei Complementar nº 198/2023.

6. O princípio da eficiência resta observado na inversão de fases, porquanto permite que apenas a documentação de habilitação do licitante com a melhor proposta seja analisada. Importa ainda na diminuição considerável do número de recursos e da litigiosidade, além de propiciar melhor aproveitamento do tempo no processamento do certame.

7. A fase da apresentação da proposta, antecedendo à fase de habilitação, permite melhor conhecimento dos preços praticados no mercado, o que torna o certame mais competitivo, com maior lisura e maior controle social dos atos da Administração Pública, constituindo-se aprimoramento das licitações.

8. Sob o prisma da constitucionalidade material, ao inverter as fases de habilitação e classificação das propostas na licitação, a Lei distrital 5.345/2014 **não fixa exigência adicional aos licitantes, não suprime qualquer fase, nem exclui do universo de possíveis contratantes pelo Poder Público nenhum sujeito**. Antes, constitui simples alteração de natureza procedimental.

9. Recurso extraordinário PROVIDO, com a fixação da seguinte tese de repercussão geral: “São constitucionais as leis dos Estados, Distrito Federal e Municípios que, no procedimento licitatório, antecipam a fase da apresentação das propostas à da habilitação dos licitantes, desde que devidamente motivado o ato administrativo, em virtude da competência dos demais entes federativos de legislar sobre procedimento administrativo”.
(grifo nosso)

Por serem extremamente didáticos, cabe citar alguns trechos dos votos do Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, destaca-se o seguinte trecho do voto do Relator, Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux, o seguinte:

Nas palavras do Justice Brandeis, “**é um dos felizes incidentes do sistema federal que um único Estado corajoso possa, se seus cidadãos assim decidirem, servir como laboratório, e tente experimentos sociais e econômicos inovadores sem riscos para o resto do país**” (tradução livre, voto divergente em *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 - 1932). Sob este prisma, impor ao Estado-membro a simples reprodução acrílica de norma federal, quando tal circunstância não decorre de mandamento constitucional ou de algum imperativo real de uniformidade nacional, inviabiliza uma das facetas do federalismo enquanto meio de, nos estritos limites das competências constitucionais de cada ente, inovar e evoluir na política regulatória.
[...]

A questão federativa a ser respondida no presente caso, cuja interpretação é perfeitamente compatível com a atuação desta Corte, refere-se ao alcance da competência federal para editar normas gerais em matéria de licitação e contrato, tendo sido exaustivamente debatida por este Supremo Tribunal Federal em outras ocasiões. Cito exemplificativamente os seguintes precedentes: ADI 3.059, Relator Min. Ayres Britto, em que fiquei redator para o acórdão, julgada em 09/04/2015; ADI 927-MC, Relator Min. Carlos Velloso, julgada em 03/11/1993; e o RE 423.560, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012, abaixo transcrito.
[...]

Deveras, a Lei 8.666/1993, conforme declarado na ADI-MC 927/SP, nos dispositivos em que não se estabelece norma geral, configura lei federal. Nesse julgamento da medida cautelar, sobrelevando o princípio federativo, o Supremo Tribunal Federal possibilitou que Estados, Distrito Federal e

Municípios **pudessem legislar sobre a alienação de seus bens**, de modo diverso ao previsto na Lei 8.666/1993. Eis a ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei nº 8.666, de 21.06.93. I. Interpretação conforme dada ao art. 17, I, "b" (doação de bem imóvel) e art. 17, II, "b" (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação . 17, I, "c" e § 1º do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte II. Cautelar deferida, em parte

Ao emprestar interpretação conforme à Constituição ao art. 17, I, b, e II, b, entendendo que "a expressão - 'permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo' – somente tem aplicação no âmbito do governo central, vale dizer, no âmbito da União Federal", o Ministro Carlos Velloso, consignou:

"No ponto, a lei trataria mal a autonomia estadual e a autonomia municipal, se interpretada no sentido de proibir a doação a não ser para outro órgão ou entidade da Administração Pública. [...] Referentemente à permuta de bem móvel art. 17, II, b - que a lei estabelece exclusivamente entre órgãos ou que será "permitida entidades da Administração Pública", parece-me que o legislador federal se excedeu. O que se disse relativamente à doação de bens imóveis art. 17, I, b tem aplicação aqui. A interpretação conforme, no ponto, é esta: a norma mencionada "permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública", inscrita no art. - 17, II, b — somente tem aplicação no âmbito federal." (Plenário, DJ de 10/11/1993).

[...]

Além disso, **o caráter instrumental das contratações públicas e parcerias com a iniciativa privada decorre de viabilizarem a concretização dos objetivos constitucionais da atuação estatal**, por meio da aquisição de bens e serviços, do desenvolvimento de infraestrutura e da prestação de serviços públicos.

[...]

A inversão, como se disse, **não inova em termos de exigências** estabelecidas na Lei 8.666/1993 para a participação nas licitações, seja na fase de habilitação, seja na da apresentação de propostas. Logo, **não põe em risco a uniformidade dos parâmetros entre os entes federativos**, muito menos constitui circunstância alheia às condições estabelecidas na licitação. Por fim, **não ocasiona barreira à livre concorrência e nem afeta a finalidade de selecionar a melhor proposta**.

(grifo nosso)

Por sua vez, o Exmo. Sr. Ministro Luiz Edson Fachin, em seu voto, traz reflexões a cerca da competência legislativa dos entes federativos:

Interpretando os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade nesses termos, seria possível, então, superar o conteúdo meramente formal do princípio e reconhecer um aspecto material, consubstanciado, à semelhança do direito norte-americano, numa **presunção de autonomia a favor dos entes menores** (presumption against pre-emption), **para a edição de leis que resguardem seus interesses**. Assim, apenas quando a lei federal claramente indicar que os efeitos de sua aplicação devem ser suportados pelos entes menores (clear statement rule), seria possível afastar a **presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior**.

[...]

No entanto, para o caso dos autos a discussão envolve, ainda, a disputa de sentido desses conceitos quando se opõem às competências expressas da União, de Estados e de Municípios. Nessas hipóteses, é necessário não apenas que a legislação federal abstenha-se de intervir desproporcionalmente nas competências locais, como também que, no exercício das competências concorrentes, a interferência das legislações locais na regulamentação federal não desnature a restrição claramente indicada por ela.

À luz da doutrina de Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento, Leonardo Martins e Roberto Mangabeira Unger, é preciso reconhecer que os **Estados-membros devem servir como verdadeiros laboratórios legislativos**, ou seja, como especialidades em que se possibilita a procura de novas ideias sociais, políticas e econômicas, sempre na busca de soluções mais adequadas para os seus problemas peculiares e, eventualmente, tais resoluções serem passíveis de incorporação mais tarde por outros Estados ou até mesmo pela União em caso de êxito.

Essa leitura está afinada com a reorientação de práticas e atitudes dadas pelo experimentalismo democrático.

[...]

Nos estritos limites constitucionais, poder-se-ia trazer à colação o trecho do voto do e. Ministro Carlos Velloso na ADI 933:

“A formulação do conceito de ‘normas gerais’ é tanto mais complexa quando se tem presente o conceito de lei sentido material – norma geral, abstrata. Ora, se a lei, em sentido material, é norma geral, como seria a lei de ‘normas gerais’ referida na Constituição? Penso que essas ‘normas gerais’ devem apresentar generalidade maior que apresentam, de regra, as leis. Penso que ‘norma geral’, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências. Com propriedade, registra a professora Alice Gonzalez Borges que as ‘normas gerais’, leis nacionais, ‘são necessariamente de caráter mais genérico e abstrato do que as normas locais. Constituem normas de leis, direito sobre direito, determinam parâmetros, com maior nível de generalidade e abstração, estabelecidos para que sejam desenvolvidos pela ação normativa subsequente das ordens federadas’, pelo que ‘não são normas gerais as que ocupem de detalhamentos, pormenores, minúcias, de modo que nada deixam à criação própria do legislador a quem se destinam, exaurindo o assunto de que tratam’. Depois de considerações outras, no sentido da caracterização de ‘norma geral, conclui: ‘são normas as que se contenham no mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeito a seus comandos genéricos, básicos”. (Alice Gonzalez Borges, ‘Normas Gerais nas Licitações Contratos Administrativos’, RDP 96/81).”

Não obstante o esforço de delimitação semântica do conceito de normas gerais, a tarefa que ainda compete ao intérprete é extremamente complexa. Trata-se precisamente de analisar a proporcionalidade na predominância dos interesses entre os entes federais, na linha do que sustenta Bernardo Gonçalves Fernandes:

“Além do princípio da indissolubilidade do vínculo Federativo (já citado), existe um outro princípio importante para o federalismo e para o tema ora em análise. Esse princípio é chamado de Princípio da predominância dos interesses. Nesses termos, à luz do referido princípio: a União tem sempre interesse geral; os Estados-membros, interesse regional e os Municípios, interesse local. (...) Nesses termos, deve haver razoabilidade na análise da situação concreta porque o interesse que é local será também regional e também nacional (...).”

(FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015, pp. 746-750)

[...]

Cabe indagar se referida Lei federal 8.666/93 estabelece, de forma clara (clear statement rule), a impossibilidade de inversão das fases no certame licitatório. A resposta é negativa.

[...]

Como facilmente se depreende da leitura do texto normativo, a União, ao dispor sobre regras gerais de licitações, não vedou expressamente que Estados e Municípios, com vistas à concretização dos princípios constitucionais inerentes à licitação, pudessem inverter fases do procedimento, sem, contudo, abrir mão de qualquer delas ou de suas exigências tal como dispostas na legislação. A ausência de regra clara (clear statement rule), portanto, não afasta a presunção relativa de autonomia do demais entes federativos e, por essa razão, impõe que se reconheça como compatível com a distribuição constitucional de competência norma estadual que disponha, sem excluir qualquer delas, sobre a ordem de fases do procedimento externo das licitações.

[...]

Tal raciocínio inicia-se com a decisão proferida no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927, prolatada meses após a vigência da Lei, no qual somente se negou essa qualificação aos dispositivos que tratavam da permuta e doação de bens públicos móveis:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei n. 8.666, de 21.06.93. I. - Interpretação conforme dada ao art. 17, I, “b” (doação de bem imóvel) e art. 17, II, “b” (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, “c” e par. 1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. II. - Cautelar deferida, em parte.” (ADI 927 MC, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/1993, DJ 11-11-1994 PP-30635 EMENT VOL-01766-01 PP-00039)

[...]

De fato, dos precedentes que acima citei – e que apenas exemplificam a posição que a Corte vem espelhando – é possível depreender, ademais, uma linha decisória, que se resume na necessidade de uniformização do tratamento da matéria específica para manter hígidas as funções reitoras do procedimento licitatório: assegurar a igualdade de condições entre os concorrentes e obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Em síntese, Ministro Presidente:

a) A distribuição de competência entre os diversos entes federativos, à luz do federalismo cooperativo inaugurado pela Constituição de 1988 não se satisfaz tão somente com o princípio informador da predominância de interesses, ou seja, a pluralidade de regimes normativos não consegue se harmonizar apenas com as regras de competência expressa;

b) Isso porque se vislumbra a existência de espaços de indeterminação, nos quais os entes, embora sejam legitimados a agir com autonomia, podem sobrepor-se a áreas de competências de outros entes. Em situações como essa, a regra de circunscrever-se à territorialidade não satisfaz plenamente o conflito existente entre elas;

c) Para o desate desse nó, decorre, à luz da normatividade constitucional, o princípio da subsidiariedade e dos dois critérios que permitem a sua aplicação: presunção contra a preempção (presumption against pre-emption) e a clareza de que a legislação sobre o tema deve ser editada de modo amplo, geral e uniforme pela União, afastando de forma clara qualquer potencialidade legiferante em sentido diverso (clear statement rule);

d) No presente caso, a União, no exercício de sua competência privativa, não afastou expressamente a possibilidade de inversão das fases do procedimento licitatório, a fim de que a classificação das propostas possa

ocorrer antes da habilitação dos proponentes. Ao não afastar de modo claro o exercício da competência dos demais entes, reconhece-se competência autônoma dos Estados para assim proceder.
(grifo nosso)

E, por fim, do voto do Exmo. Sr. Ministro Gilmar Mendes extrai-se o seguinte:

Primeiro, porque o Ente distrital **não criou nova fase de uma modalidade específica ou tampouco introduziu nova modalidade de licitação**, mesclando-as, o que seria expressamente vedado pelo § 8º do art. 22 da Lei 8.666/1993, o qual torno a transcrever:

“§ 8º. É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo”

Tal regra geral proibitiva – de observância obrigatória aos entes subnacionais, por força do inciso XXII do art. 22 da CF – estaria sendo transgredida se a lei de ente subnacional inovasse com a introdução de nova modalidade de licitação, o que não o fez, tendo em vista que cuidou apenas das modalidades de concorrência e de tomada de preços, já existentes.

Igualmente, seria ilegítima se a lei estadual/distrital/municipal realizasse a conjugação de fases entre as modalidades existentes ou se dispusesse de forma diversa dentro das fases em si, estipulando novas exigências em descompasso com a lei geral.

Por fim, caso lei de entes subnacionais: estipulasse novas formas de dispensa de licitação; exigisse novos documentos ou certificados; ou, ainda, promovesse modificação de valores para fins de enquadramento em diferentes modalidades, como forma de burlar as regras previstas na Lei 8.666/1993, não tenho dúvidas em assentar sua inconstitucionalidade, tal como teve oportunidade de julgar esta Corte em inúmeros precedentes, como se percebe das seguintes ementas:
[...]

Com efeito, **esta Corte vem cada vez mais pavimentando o caminho a permitir maior espaço de atuação legislativa suplementar de Estados e também dos Municípios em matéria relacionada a licitações, em temáticas que não conflitem diretamente com o disposto em norma geral elaborada pela União.**

Na obra O Federalista, há uma análise dessa imbrincada relação entre o poder das esferas estaduais em cotejo com o nível federal, na percutiente passagem escrita por James Madison:

“Os poderes delegados no Governo Federal pela Constituição proposta são poucos e definidos. Os que irão permanecer nos Governos dos Estados são numerosos e indefinidos. Os primeiros serão exercidos precipuamente sobre objectos externos, como a guerra, a paz, a negociação e o comércio externo; e será a este último que o poder de tributação estará, na sua maior parte, ligado. Os poderes reservados aos vários Estados estender-se-ão a todos os objectos que, no curso normal das coisas, dizem respeito á vida, à liberdade, e à propriedade do povo, e à ordem interna, ao desenvolvimento e à prosperidade do Estado”. (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 2011, p. 424/425, grifo nosso)

Nessa confluência de ideias e parafraseando Madison, **os poderes atribuídos aos Estados devem envolver as matérias que digam respeito à ordem interna, ao desenvolvimento e à prosperidade do Estado**, tal como a redução do “volume de documentos a ser analisado pela Administração e [d]a quantidade de decisões passíveis de contestação nas vias administrativa e judicial, tornando o processo mais eficiente e efetivo, sem prejuízo do direito de ampla defesa dos participantes”, com a simples

inversão de duas fases do procedimento licitatório, contendo, em uma das modalidades (registro de preços - pregão eletrônico), idêntica previsão da lei geral (Lei 10.520/2002).
(grifo nosso)

Ao analisar os precedentes citados, entende-se que há uma tendência no Supremo Tribunal Federal em reconhecer que os demais entes federativos tem competência para legislar sobre a matéria de licitações e contratos, em especial quando visam dispor de seus próprios bens.

Neste contexto, diante falta de normas sobre contratos que geram receitas, ou de concessões de uso ou alienações com contrapartidas, entende-se que cabe ao Município a competência para propor leis para tratar de licitações e contratos de forma suplementar à legislação federal, no caso, a Lei nº 14.133/21.

Embora o parecer traga os entendimentos consolidados do Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Paraná e Procuradorias Estaduais no sentido de suprir a lacuna do legislador, a ressalva sobre a possibilidade do Município legislar sobre licitações e contratos de forma suplementar à legislação federal implica no exercício da autocontenção - evitando sanar a omissão através de interpretações ampliativas.

Com isso, os o Municípios poderão exercer a sua competência legislativa para o seu desenvolvimento, a sua prosperidade e autonomia.

Sobre os aspectos concretos da legislação local a ser eventualmente proposta e aprovada, entende-se que não compete ao Tribunal de Contas dispor sobre critérios e balizas que devem ser observados, além do já exposto no relatório no sentido de interferir na atividade legislativa.

4. CONCLUSÕES

Isto posto, entende-se que a Administração deverá avaliar as melhores oportunidades para viabilizar os projetos que envolvam a destinação de imóveis públicos desafetados para a atração de investimentos.

O administrador pode utilizar todos os institutos previstos em lei, como a alienação, a concessão de direito real de uso de bens e a concessão e permissão de uso de bens públicos.

O Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406/2002²², dispõe no art. 98 que:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Na sequência, no art. 99, o legislador trata das espécies de bens públicos, elencando os bens de uso comum do povo, os de uso especial e os dominicais:

Art. 99. São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Nos termos do subsequente art. 100, os **bens públicos de uso comum do povo** e os **de uso especial são inalienáveis**, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Por sua vez, o art. 101 dispõe que os **bens públicos dominicais** podem ser alienados ou objetos de concessão de direito real de uso, observadas as exigências da lei.

Desta forma, apenas poderão ser alienados os bens imóveis públicos desafetados, sem destinação ou utilidade.

Reitera-se que o entendimento, emitido com fundamento nos princípios da segurança jurídica, eficiência e economicidade, a modalidade Pregão pode ser utilizada para a realização da concessão e permissão de uso de bens públicos previstas no art. 2º, IV, da Lei Federal nº 14.133/2021 até que eventualmente sobrevenha legislação que disponha especificamente sobre o tema e altere a disciplina das modalidades de licitação (art. 28 e seguintes) ou os critérios de julgamento (art. 33 e seguintes).

O Pregão deve ser utilizado exclusivamente para a aquisição de bens e serviços comuns (art. 6º, XLI da Lei Federal nº 14.133/2021), com a adoção do critério de julgamento “maior desconto” com taxa negativa, ou seja, com a adoção da fórmula

²² Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

de conversão de valores em que o percentual de desconto ofertado é proporcional à receita gerada. Ou seja, como exposto, adota-se o critério de julgamento maior lance ou oferta, devendo o Pregão ser realizado preferencialmente sob a forma eletrônica.

Se tratando de alienação de bem público imóvel, o legislador exigiu a adoção do critério do maior lance na modalidade leilão, sem prever a possibilidade de exigência de contrapartidas ou a combinação de critérios de julgamento.

Porém, buscando sanar a dificuldade real dos gestores municipais, a instrução entende que a alienação de bem imóvel pelo Município pode se dar ao menos de 3 (três) maneiras:

a) Alienação de Bem Imóvel com o uso da modalidade leilão pelo critério do maior lance, sem contrapartidas.

Neste caso, como já demonstrado, aplica-se a própria lei, art. 76, I da Lei n. 14.133/2021.

b) Alienação de Bem Imóvel com o uso da modalidade leilão pelo critério do maior lance ou oferta, com contrapartidas objetivas, aptas a serem cumpridas por diversas empresas, sem restringir a ampla concorrência ou direcionar a licitação.

Neste caso, trata-se de uma construção para sanar a real necessidade dos gestores municipais.

c) Alienação de Bem Imóvel com contrapartidas subjetivas, que não vão comportar a modalidade leilão.

Destaca-se ainda a possibilidade do Município legislar de forma a suplementar a Lei n. 14.133/2021, como por exemplo, nos aspectos relacionados à alienação de bens imóveis locais, alienação com contrapartida, concessão de direito real de uso de bens e a concessão e permissão de uso de bens públicos.

Portanto, em relação à política local instituída para a alienação de bens imóveis desafetados mediante contrapartidas, embora não seja possível avaliar os casos concretos em sede de Processo de Consulta, a orientação é que o Município realize o devido estudo técnico preliminar para analisar a melhor forma de realizar os objetivos pretendidos, podendo legislar e/ou adotar o leilão ou outra modalidade de licitação pertinente às características do objeto a ser licitado.

Por fim, se tratando de concessão real de uso de bens, entende-se que é possível utilizar a modalidade Concorrência e o critério de julgamento técnica e preço nos termos do art. 6º, XXXVIII, que prevê a utilização da modalidade concorrência

para a contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: (a) menor preço; (b) melhor técnica ou conteúdo artístico; (c) técnica e preço; (d) maior retorno econômico; e (e) maior desconto.

A escolha do critério e a exigência de contrapartidas devem ser objeto de definição na fase preparatória do processo licitatório (art. 18, Lei n. 14.133/2021).

Ressalta-se que, consoante exposto na análise da utilização do Pregão para a concessão e permissão de uso de bens, não é possível adotar o mesmo raciocínio para a concessão de direito real de uso de bens e serviços comuns.

Este é o entendimento da PGE/RS, conforme trecho reproduzido novamente:

Por fim, as regras incidentes à concessão de direito real de uso, pela distância conceitual e pela complexidade inerente ao regramento desse instituto, não recomendam a aplicação analógica à permissão e a concessão de uso, considerando as já referidas diferenças expressivas entre as naturezas jurídicas dos instrumentos.

Portanto, entende-se que o Pregão não deva ser utilizado no caso da concessão real de uso de bens.

É importante concluir que os Municípios, como entes autônomos nos termos do art. 18 da Constituição da República, tem competência prevista no art. 30 também da Constituição Federal para legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

Por último, registra-se que em relação à dificuldade para cadastro no sistema e-Sfinge em decorrência do critério escolhido da licitação, a instrução vai sugerir que o fato seja encaminhado ao setor competente para busca por solução.

Com estas premissas, passamos à resposta dos questionamentos.

5. RESPOSTA AOS QUESTIONAMENTOS

5.1. A primeira Consulta @CON 24/00402366 formula duas questões:

1) Qual a modalidade de licitação deve ser adotada nos casos de permissão/cessão de uso onerosa de bens públicos que possam ser explorados

economicamente, a fim de garantir a competitividade e isonomia entre os interessados?

Resposta: Pregão, com a adoção do critério de julgamento maior lance ou oferta, a ser realizado preferencialmente sob a forma eletrônica.

Justifica-se a utilização do termo “maior lance ou oferta” e não do termo “maior desconto” com taxa negativa”, pois o primeiro termo traz maior facilidade para compreensão.

2) Como a administração pública deve conduzir as situações em que é necessário selecionar interessados em obter a permissão/cessão de uso de bens públicos que possam ser explorados economicamente, considerando a impossibilidade de utilizar a modalidade pregão com o critério de maior lance no contexto da Lei Federal nº 14.133/2021?

Resposta: É possível utilizar o Pregão, com a adoção do critério de julgamento de maior lance ou oferta, a ser realizado preferencialmente sob a forma eletrônica.

5.2. A segunda Consulta @CON 24/00440705 formula duas questões:

1) Qual a modalidade de licitação deve ser adotada nos casos de permissão/cessão de uso onerosa de bens públicos que possam ser explorados economicamente, a fim de garantir a competitividade e isonomia entre os interessados?

Resposta: Pregão, com a adoção do critério de julgamento maior lance ou oferta, a ser realizado preferencialmente sob a forma eletrônica.

2) Como a administração pública deve conduzir as situações em que é necessário selecionar interessados em obter a permissão/cessão de uso de bens públicos que possam ser explorados economicamente, considerando a impossibilidade de utilizar a modalidade pregão com o critério de maior lance no contexto da Lei Federal nº 14.133/2021?

Resposta: É possível utilizar o Pregão, com a adoção do critério de julgamento de maior lance ou oferta, a ser realizado preferencialmente sob a forma eletrônica.

5.3. A terceira Consulta @CON 24/00417479 questiona a modalidade correta a ser aplicada no processo licitatório, para fins de alienação de bem imóvel, mediante o cumprimento de critérios objetivos, nos termos do art. 26 da Lei Municipal 7.660/2019?

Resposta: A alienação de bens imóveis da Administração Pública deve ser precedida da apresentação de justificativa do interesse público, avaliação, autorização legislativa e deve ser realizada na modalidade leilão, com o critério do maior lance ou oferta, devendo ser realizada preferencialmente sob a forma eletrônica (art. 17, §2º, Lei n. 14.133/2021).

Admite-se que a alienação de bem imóvel com o uso da modalidade leilão seja realizada pelo critério do maior lance ou oferta, sem contrapartidas.

Admite-se também que a alienação de bem imóvel com o uso da modalidade leilão pelo critério do maior lance ou oferta seja realizada com a exigência de contrapartidas objetivas, razoáveis, aptas a serem cumpridas por diversas empresas, sem restringir a ampla concorrência ou direcionar a licitação.

Não admite-se que a alienação de bem imóvel seja realizada com o uso da modalidade leilão com a exigência de contrapartidas subjetivas. Neste caso, o administrador deve verificar o caso concreto para decidir qual a modalidade adequada às características do objeto a ser licitado para realizar a alienação, a concessão de direito real de uso de bens ou a concessão e permissão de uso do referido bem imóvel.

5.4. A quarta Consulta @CON 24/00468030 traz duas questões:

1) É possível utilizar a modalidade Concorrência e o critério de julgamento técnica e preço, consistindo em maior número de empregos gerados e/ou mais investimento e/ou maior capacidade de atendimento/processamento, para o empreendimento possa, de fato, retornar o maior movimento econômico à municipalidade?

Resposta: Sim, é possível utilizar a modalidade Concorrência e o critério de julgamento técnica e preço nos termos do art. 6º, XXXVIII, que prevê a utilização da modalidade concorrência para a contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser:

a) menor preço; b) melhor técnica ou conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; e e) maior desconto.

A Concessão de direito real de uso permite a exigência de contrapartidas que devem ser objeto de definição na fase preparatória do processo licitatório, nos termos do art. 18, Lei n. 14.133/2021.

2) Se a resposta for negativa, utilizando a modalidade Leilão há possibilidade da maior oferta ser qualitativa, empregos gerados e/ou maior investimento e/ou maior capacidade de atendimento/processamento ao invés de monetária?

Resposta: a modalidade leilão exige a adoção do critério do maior lance, devendo ser realizada preferencialmente sob a forma eletrônica (art. 17, §2º, Lei n. 14.133/2021).

A Lei n. 14.133/2021 não prevê a combinação de critérios de julgamento.

Porém, pela omissão do legislador, entende-se que a alienação de bem imóvel com o uso da modalidade leilão pode ser realizada pelo critério do maior lance, sem contrapartidas.

Bem como admite-se que a alienação de bem imóvel com o uso da modalidade leilão pelo critério do maior lance ou oferta seja realizada com a exigência de contrapartidas objetivas, razoáveis, aptas a serem cumpridas por diversas empresas, sem restringir a ampla concorrência ou direcionar a licitação.

Não admite-se que a alienação de bem imóvel seja realizada com o uso da modalidade leilão com a exigência de contrapartidas subjetivas. Neste caso, o administrador deve verificar o caso concreto para decidir qual a modalidade adequada às características do objeto a ser licitado para realizar a alienação, a concessão de direito real de uso de bens ou a concessão e permissão de uso do referido bem imóvel.

5.5. A quinta Consulta @CON 24/00541056 traz sete questões:

1. É possível realizar leilão vinculando o vendedor a cumprir obrigações em relação a encargos de instalação/ampliação de empresas para gerar empregos e movimento econômico no Município de Cunha Porã/SC?

Resposta: Sim, admite-se que a alienação de bem imóvel com o uso da modalidade leilão pelo critério do maior lance seja realizada com a exigência de

contrapartidas objetivas, razoáveis, aptas a serem cumpridas por diversas empresas, sem restringir a ampla concorrência ou direcionar a licitação.

Não admite-se que a alienação de bem imóvel seja realizada com o uso da modalidade leilão com a exigência de contrapartidas subjetivas. Neste caso, o administrador deve verificar o caso concreto para decidir qual a modalidade adequada às características do objeto a ser licitado para realizar a alienação, a concessão de direito real de uso de bens ou a concessão e permissão de uso do referido bem imóvel.

2. É possível vincular o licitante vencedor do certame impondo cláusula de reversão em caso de descumprir a finalidade empresarial do imóvel adquirido?

Em tese é possível, desde que a finalidade empresarial do imóvel a ser adquirido seja inserida e justificada previamente com fundamentos razoáveis e objetivos.

3. É possível utilizar modalidade de concorrência e estabelecer critérios de julgamento de técnica e preço?

Resposta: Sim, é possível utilizar a modalidade Concorrência e o critério de julgamento técnica e preço nos termos do art. 6º, XXXVIII, que prevê a utilização da modalidade concorrência para a contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: a) menor preço; b) melhor técnica ou conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; e e) maior desconto.

A Concessão de direito real de uso permite a exigência de contrapartidas que devem ser objeto de definição na fase preparatória do processo licitatório, nos termos do art. 18, Lei n. 14.133/2021.

4. É possível alienar através de leilão criando requisitos de habilitação para atingir a finalidade industrial?

Resposta: Sim, conforme exposto na resposta ao item 1, admite-se que a alienação de bem imóvel com o uso da modalidade leilão pelo critério do maior lance ou oferta seja realizada com a exigência de contrapartidas objetivas, razoáveis, aptas a serem cumpridas por diversas empresas, sem restringir a ampla concorrência ou direcionar a licitação.

Não admite-se que a alienação de bem imóvel seja realizada com o uso da modalidade leilão com a exigência de contrapartidas subjetivas. Neste caso, o administrador deve verificar o caso concreto para decidir qual a modalidade adequada às características do objeto a ser licitado para realizar a alienação, a concessão de direito real de uso de bens ou a concessão e permissão de uso do referido bem imóvel.

5. De que forma poderia ser realizada a venda através da utilização de critério de técnica e preço, sendo que não é possível a finalização no sistema através de alienação na modalidade de concorrência?

Resposta: a sugestão da instrução será no sentido de alterar o sistema do Tribunal de Contas para permitir a adoção das referidas modalidades.

6. Se o pagamento dos lotes for realizado de forma parcelada, desta forma, seria possível a vinculação à contrato administrativo? Seria possível vincular forma parcelada ao leilão?

Resposta: em tese, a compra do leilão é para a maior oferta, em preço à vista. Mas, nada impede, a depender da realidade local, que o leilão permita excepcionalmente o pagamento parcelado, desde que o critério de pagamento seja inserido de forma objetiva e razoável, após o devido estudo técnico preliminar que demonstre que esta é a melhor opção e que a opção é apta a ser cumprida por diversas empresas, sem restringir a ampla concorrência ou direcionar a licitação.

7. Seria possível aplicar por analogia a legislação estadual 18.320, de 30 de dezembro de 2021, para alienação por concorrência?

Resposta: a solução da Consulta não pode analisar caso concreto.

5.6. Por fim, a sexta Consulta @CON 24/00541218 questiona:

[...] a solução mais adequada para que se dê a escolha dos Concessionários dos imóveis a partir do julgamento de critérios estipulados pelo Conselho de Desenvolvimento Econômico, e não baseado no maior lance, conforme determina a Lei 14.133/2021.

Resposta: Conforme exposto nas respostas anteriores, admite-se a alienação de bem imóvel com o uso da modalidade leilão pelo critério do maior lance

ou oferta realizada com a exigência de contrapartidas objetivas, razoáveis, aptas a serem cumpridas por diversas empresas, sem restringir a ampla concorrência ou direcionar a licitação.

Não se admite que a alienação de bem imóvel seja realizada com o uso da modalidade leilão com a exigência de contrapartidas subjetivas. Neste caso, o administrador deve verificar o caso concreto para decidir qual a modalidade adequada às características do objeto a ser licitado para realizar a alienação, a concessão de direito real de uso de bens ou a concessão e permissão de uso do referido bem imóvel.

6. CONCLUSÃO

Ante o exposto, respeitosamente, a Diretoria de Licitações e Contratações sugere ao Exmo. Sr. Relator Conselheiro Aderson Flores:

6.1. Conhecer das Consultas @CON 24/00402366, @CON 24/00417479, @CON 24/00440705 e @CON 24/00468030, @CON 24/00541056 e @CON 24/00541218.

6.2. Reconhecer a conexão das consultas @CON 24/00417479, @CON 24/00440705 e @CON 24/00468030, @CON 24/00541056 e @CON 24/00541218 com a Consulta @CON 24/00402366, nos termos do art. 119-C, §1º do Regimento Interno.

6.3. Determinar a vinculação das Consultas @CON 24/00417479, @CON 24/00440705 e @CON 24/00468030, @CON 24/00541056 e @CON 24/00541218 para processamento e julgamento conjunto com a Consulta @CON 24/00402366.

6.4. Constituir Prejudicado nos seguintes termos:

1. Na Lei Federal nº 14.133/2021, para a realização da concessão e permissão de uso de bens e serviços comuns, a Administração pode utilizar a modalidade de licitação Pregão, a ser realizada preferencialmente sob a forma eletrônica, com a adoção do critério de julgamento maior lance ou oferta (leia-se maior

desconto com taxa negativa), enquanto não sobrevier legislação específica sobre o tema.

2. Os Municípios, como entes autônomos nos termos do art. 18, tem competência prevista no art. 30, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para legislar sobre licitações e contratações para complementar a legislação federal e estadual no que couber.

3. A alienação de bens imóveis da Administração Pública deve ser precedida da apresentação de justificativa do interesse público, avaliação, autorização legislativa e deve ser realizada na modalidade leilão, com a utilização do critério do maior lance ou oferta, devendo ser realizada preferencialmente sob a forma eletrônica, nos termos do art. 17, §2º da Lei n. 14.133/2021.

4. Nos termos do art. 174 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, admite-se que a alienação de bem imóvel com o uso da modalidade leilão pelo critério do maior lance ou oferta seja realizada com a exigência de contrapartidas objetivas, razoáveis, aptas a serem cumpridas por diversas empresas, sem restringir a ampla concorrência ou direcionar a licitação. O número de empregos a serem gerados pode constituir um dos elementos a ser aferidos, devendo a Administração utilizar critérios técnicos objetivos e métricas adequadas para quantificar esses elementos e aferir a viabilidade econômica das propostas apresentadas pelos interessados.

5. Não se admite que a alienação de bem imóvel seja realizada com o uso da modalidade leilão pelo critério de maior lance ou oferta com a exigência de contrapartidas subjetivas. Neste caso, o administrador deve verificar o caso concreto para decidir qual a modalidade adequada às características do objeto a ser licitado para realizar a alienação, a concessão de direito real de uso de bens ou a concessão e permissão de uso do referido bem imóvel.

6. Para realizar a concessão de direito real de uso, a Administração pode utilizar a modalidade Concorrência e os critérios previstos no art. 6º, XXXVIII

da Lei n. 14.133/2021, sendo permitida a exigência de contrapartidas que devem ser objeto de definição na fase preparatória do processo licitatório. Nos termos do art. 174 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o número de empregos a serem gerados pode constituir um dos elementos a ser aferidos, devendo a Administração utilizar critérios técnicos objetivos e métricas adequadas para quantificar esses elementos e aferir a viabilidade econômica das propostas apresentadas pelos interessados.

6.5. Determinar a Diretoria de Informática para que em conjunto com a Diretoria de Licitações e Contratações atualize o cadastro no sistema e-Sfinge para possibilitar a realização das Licitações nas modalidades e critérios definidos pelo Egrégio Plenário deste Tribunal de Contas em solução ao julgamento das presentes Consultas.

6.6. Dar ciência aos Consulentes e aos responsáveis pelo Controle Interno dos respectivos Municípios.

Diretoria de Licitações e Contratações, em 29 de outubro de 2024.

MARCELO DE ALMEIDA SARKIS

Auditor Fiscal de Controle Externo

De acordo.

BERNARDO HUMERES

Coordenador e.e.

De acordo.

Encaminhem-se os autos à apreciação do Exmo. Sr. Relator, ouvido preliminarmente o Ministério Público de Contas.

ROGERIO LOCH

Diretor

Parecer: MPC/SRF/817/2024

Processo: @CON 24/00402366

Unidade Gestora: Prefeitura de Brusque

Assunto: Interpretação da Lei n. 14.133/2023 no que tange à modalidade de licitação e ao critério a serem adotados nos casos de permissão/cessão de uso onerosa de bens públicos.

Número Unificado: MPC-SC 2.4/2024.392

1. Relatório

Cuida-se de Consulta formulada pelo Sr. Daniel Felício, secretário de transparência e accountability do Município de Brusque, suscitando dúvidas acerca da modalidade de licitação a ser adotada nos casos de permissão/cessão onerosa de bens públicos que possam ser explorados economicamente, a fim de garantir a competitividade e isonomia entre os interessados.

Outras 5 (cinco) consultas, formuladas por consulentes de diferentes unidades gestoras, foram vinculadas a estes autos para julgamento conjunto, devido à conexão ou continência entre as matérias: @CON 24/00417479, @CON 24/00440705, @CON 24/00468030, @CON 24/00541056, e @CON 24/00541218.

Ante a complexidade do assunto, a DLC solicitou prorrogação do prazo original de análise (fls. 31-33), o que foi deferido pelo ilustre Relator (fl. 34).

Ato contínuo, por meio do Relatório n. DLC-1069/2024 (fls. 35-125), a equipe de auditoria sugeriu o conhecimento das demandas consultivas e a remessa de resposta englobando todas as seis consultas, com a consequente constituição de prejulgado.

Vieram-me os autos.

2. Admissibilidade

À luz do art. 104, incisos I a V e §§ 2º e 3º, da Resolução n. TC-6/2001,¹ subscrevo, em linhas gerais, o entendimento da Diretoria de Licitações e Contratações no tocante ao conhecimento das consultas, haja vista que os respectivos questionamentos preencheram os requisitos essenciais de admissibilidade (fls. 37-51).

Apenas no tocante à sétima indagação formulada pela Prefeita de Cunha Porã nos autos do processo @CON 24/00541056,² divirjo do entendimento da equipe de auditoria quanto ao suposto caráter eminentemente concreto da dúvida apresentada (fl. 122), circunstância que, na visão dos auditores, impediria o seu conhecimento.

Diversamente, tenho que a dúvida versa eminentemente sobre questão em tese, a propósito da possibilidade, ou não, da aplicação analógica de lei estadual por ente municipal, razão pela qual igualmente me posiciono pela cognoscibilidade do ponto.

3. Mérito

Em linhas gerais, tenho que as respostas alvitadas pelos auditores do Tribunal guardam consonância com os normativos e precedentes aplicáveis às dúvidas suscitadas, conforme breves considerações que seguem.

¹ **Art. 104.** A consulta deverá revestir-se das seguintes formalidades: I - referir-se à matéria de competência do Tribunal; II – versar sobre interpretação de lei ou questão formulada em tese; III - ser subscrita por autoridade competente; IV - conter indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada; V - ser instruída com parecer de assessoria técnica ou jurídica, se existente, da entidade a que se vincula a autoridade consultante. [...].

§ 2º O Relator ou o Tribunal Pleno, diante da relevância jurídica, econômica, social ou da repercussão da matéria no âmbito da Administração Pública, poderá determinar o seguimento do feito mesmo não estando preenchidos todos os requisitos de admissibilidade. (Incluído pela Resolução N. TC-0158/2020)

§ 3º Poderá ser conhecida a consulta que versar sobre dúvida quanto à interpretação de lei ou à questão que se refiram a caso concreto, devendo a resposta do Tribunal ser formulada em tese.

² 7. Seria possível aplicar por analogia a legislação estadual 18.320, de 30 de dezembro de 2021, para alienação por concorrência?

No que tange às 2 (duas) questões de igual teor ventiladas nos processos @CON 24/00402366 e @CON 24/00440705, manifesto concordância com as respostas alvitadas pela equipe de auditoria nos itens 5.1 e 5.2 do Relatório n. DLC-1069/2024 (fls. 117-118):

1) Qual a modalidade de licitação deve ser adotada nos casos de permissão/cessão de uso onerosa de bens públicos que possam ser explorados economicamente, a fim de garantir a competitividade e isonomia entre os interessados?

Resposta: Pregão, com a adoção do critério de julgamento maior lance ou oferta, a ser realizado preferencialmente sob a forma eletrônica. Justifica-se a utilização do termo “maior lance ou oferta” e não do termo “maior desconto” com taxa negativa”, pois o primeiro termo traz maior facilidade para compreensão.

2) Como a administração pública deve conduzir as situações em que é necessário selecionar interessados em obter a permissão/cessão de uso de bens públicos que possam ser explorados economicamente, considerando a impossibilidade de utilizar a modalidade pregão com o critério de maior lance no contexto da Lei Federal nº 14.133/2021?

Resposta: É possível utilizar o Pregão, com a adoção do critério de julgamento de maior lance ou oferta, a ser realizado preferencialmente sob a forma eletrônica.

Isso porque, muito embora a Lei n. 14.133/21 tenha expressamente previsto sua aplicabilidade para concessões e permissões de uso de bens públicos (art. 2º, inc. IV),³ não trouxe regramento acerca dos procedimentos aplicáveis em tais situações, à semelhança da Lei n. 8.666/93.

Diante da omissão legal, a equipe de auditoria fez ver a existência de precedentes admitindo a utilização, em casos tais, da modalidade pregão combinada com o critério de julgamento de maior lance ou oferta, cabendo destaque para o Acórdão n. 1657/2023 do Tribunal de Contas paranaense:⁴

Ementa: Consulta. Pregão negativo, invertido ou por maior lance. Concessão de uso de bem público. Pela viabilidade.

³ **Art. 2º** Esta Lei aplica-se a: [...] IV - concessão e permissão de uso de bens públicos; [...].

⁴ Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2023/7/pdf/00377417.pdf>.

[...].

OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, por unanimidade, em:

I. Conhecer da consulta para, no mérito, responder no sentido de que seja sob a égide da Lei n.º 10.502/2002 ou da Lei n.º 14.133/2021 – cuja vigência foi postergada para 30/12/2023 –, entendo que a figura do pregão negativo se mantém inalterada e segue nos moldes delineados pela jurisprudência e pela doutrina, sendo possível, por conseguinte, a utilização do pregão negativo nas licitações destinadas a concessão de uso de bens públicos.

O aresto colacionado, partindo de julgados do TCU,⁵ apresenta a figura jurídica do “pregão negativo”, criada pela jurisprudência para designar a hipótese de uso da modalidade licitatória do pregão – a qual ordinariamente serve para os certames necessários à aquisição de bens e serviços comuns –, nas concessões de uso de bens públicos.

Também foi referido precedente da Corte de Contas catarinense (LCC-10/00695414), em relação ao qual destaco o posicionamento estabelecido à época pelo Ministério Público de Contas, assentindo com a prática em comento (Parecer n. MPTC/15820/2013):⁶

Sem dúvida que o instituto do **Pregão** comporta uma linha de entendimento evolutivo, visto que o fim visado é o interesse público, e nesse sentido há de se estar atento à evolução jurisprudencial e doutrinária na interpretação da norma legal aplicada aos casos analisados. Outra não é a visão de Joel Menezes Niebhur quando se alonga no tema (fl. 446) da seguinte forma:

A Administração deixou de pagar e passou a receber.

O inciso X do artigo 4.º da Lei nº 10.520/02 prescreve que no pregão o tipo de licitação é do de menor preço. Não admite qualquer outro. Entretanto, menor preço e maior preço guardam a mesma essência. Em tese, a disputa de menor preço pode alcançar o valor zero. E se chegar a zero, pode haver inversão, e os licitantes passarem a oferecer à Administração pelo contrato.

⁵ Acórdãos n. 3042/2008, n. 2844/2010, n. 1940/2015 e n. 478/2016.

⁶ Parecer disponível em:

<https://consulta.tce.sc.gov.br/RelatoriosDecisao/Pareceres/3814117.HTM>.

Daí, passa a maior lance ou oferta. No entanto, a essência é a mesma, o melhor preço. Apenas muda o sinal, positivo ou negativo, dependendo da perspectiva. Não há diferença substancial. Então, é viável defender o que se vem chamando de pregão negativo por meio de interpretação sistêmica. (NIEBHUR, Joel de Menezes. Pregão Presencial e Eletrônico. 6. ed. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2011. P. 60)

Já se mencionou anteriormente que não deve ser esquecido o objeto buscado pela Administração, no caso a prestação de um serviço (de ofertar vagas de estacionamento no centro da Capital), dando destinação a um terreno sub-utilizado e visando o interesse, de índole pública, de instituir melhorias no caótico sistema de mobilidade urbana de Florianópolis. Este Órgão Ministerial já havia citado em seu parecer inicial (fl. 381) deliberação do TCU, também citado (fl. 446) pelo jurista Niebhur já referido quanto à admissibilidade do Pregão para a concessão de uso de bem público, no caso nas licitações voltadas à outorga de uso de áreas comerciais em aeroportos).

Os precedentes neste sentido não se circunscrevem apenas ao caso acima citado, mas também podem ser incorporados outros casos de utilização pela Administração Pública, conforme abaixo se transcreve de fl. 447:

17. A utilização da modalidade pregão para promover concessão de uso de bem público tornou-se usual na Administração Pública. São varias experiências. Por exemplo, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL adotou o pregão para a concessão de uso de dependência do prédio da procuradoria (pregão presencial nº 041/2007). Assim também o TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO promoveu recente pregão presencial para a concessão de uso de espaço reservado ao funcionamento de restaurante/lanchonete (pregão presencial n.º 01/2011). O Estado de Minas Gerais fez uso do pregão para conceder o uso de espaço público na Cidade Administrativa Presidente Tancredo Neves (PROCESSO Nº 01ª/2010). O Ministério da Educação também se utiliza da modalidade pregão para concessão de uso de espaços em campi universitário (pregão presencial nº 009/2010).

Tais informações demonstram que a modalidade licitatória do Pregão evoluiu de sua concepção inicial, restrita inicialmente à ANATEL (segundo a doutrina de Jorge Ulysses Jacoby Fernandes citado no parecer deste Órgão Ministerial de fl. 377) para avançar como modalidade empregada em diversos atos da Administração, contemplando inclusive o uso de espaços públicos.

Tal concepção quanto ao instituto da modalidade Pregão viria a ser convalidada em determinados julgados do Poder Judiciário, conforme citado à fl. 448-449 em se tratando de concessão de uso:

O argumento tem algum apelo formal, uma vez que é inegável a proximidade da locação imobiliária e da cessão de uso. Todavia, tal proximidade conceitual não implica identidade. Além disso, não se teceu argumento algum sobre algum prejuízo na opção da modalidade do pregão. Cabe enfatizar a tendência da Administração Pública pela adoção do pregão como regra geral. Para o caso concreto, em que o em cujo uso se irá ceder tem forte apelo econômico, eis que situado em aeroporto com capacidade esgotada em um dos três mais visitados pontos turísticos do País, a fase de negociação do pregão tende a ser importante para obtenção do maior preço possível a ser pago. Por outro lado, nada se alegou quanto à ofensa à competitividade ou qualquer princípio da Administração.

Além disso, o Dec. Nº 3.725/01, ao regulamentar a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, não vincula procedimento licitatório específico de bens imóveis para fins de cessão de uso de área para exploração de atividades de apoio necessárias ao desempenho da atividade do órgão, dentre elas, inclusive, atividades de restaurante e lanchonete. A Lei nº 10.520, por sua vez, em seu art. 1.º estabelece a adoção de licitação na modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns, considerados estes, cujos padrões de desempenho e qualidade possam, objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado.

(...)

Nestes termos, pois, não vislumbro qualquer inadequação a obstar a efetivação do procedimento licitatório por meio da modalidade pregão, haja vista a ausência de modalidade específica para a cessão de uso em comento.

(JFBA, MS 28295-83.2010.4.1.3300, 14ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia)

[...].

Em conclusão, ratifica-se a conclusão já externada por este Órgão Ministerial à fl. 392 de que “Sem dúvida, a decisão de dar destinação útil ao imóvel revelou-

se para a Administração, dentre outras possibilidades como a alienação, a melhor maneira de utilização de imóvel de sua propriedade.”

Em abono, referencio precedente consultivo do Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás, consubstanciado no julgamento do Processo n. 00753/19.⁷

Nesse passo, e na esteira dos argumentos bem colocados sobre a matéria pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul,⁸ entendo, diante do hiato legal, pela viabilidade do emprego da modalidade pregão eletrônico (negativo/invertido) para concessões e permissões de uso de bens públicos, até que eventualmente sobrevenha legislação específica que trate da matéria.⁹

Passando ao exame da dúvida suscitada no processo @CON 24/00417479, igualmente subscrevo a resposta sugerida pela DLC no item 5.3 do Relatório n. DLC-1069/2024 (fl. 119):

5.3. A terceira Consulta @CON 24/00417479 questiona a modalidade correta a ser aplicada no processo licitatório, para fins de alienação de bem imóvel,

⁷ “CONSULTA. CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO. LEI N. 8.666/93. [...]. PREGÃO PARA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA. AVALIAÇÃO E AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PRÉVIAS AO CERTAME. [...]. Para concessão de direito de uso (administrativa de uso), utiliza-se o pregão, preferencialmente eletrônico. A autorização legislativa e a avaliação prévia precedem o certame licitatório”.

Disponível em: <https://www.tcmgo.tc.br/site/wp-content/uploads/2019/12/AC-CON-00027-19.pdf>.

⁸ “CONCESSÃO E PERMISSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS. LEI FEDERAL Nº 14.133/2021. MODALIDADE LICITATÓRIA. PREGÃO INVERTIDO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CRITÉRIO. MAIOR DESCONTO COM TAXA NEGATIVA. VIABILIDADE. RECOMENDAÇÕES 1. A publicação da Lei Federal nº 14.133/2021 não obliterou a lacuna que motivou a construção da solução jurídica a recomendar o emprego da modalidade pregão para concessões e permissões onerosas de uso de bens públicos durante a vigência da Lei Federal nº 8.666/1993. 2. É juridicamente viável o uso do pregão invertido na vigência da Lei Federal nº 14.133/2021, conforme precedentes do Tribunal de Contas da União, até que sobrevenha legislação específica a respeito do tema. 3. Encontra-se afastada a possibilidade de adoção da modalidade pregão no caso de a destinação da concessão ou permissão de uso ultrapassar o escopo de bem e serviço comum. 4. Recomendação de adoção do critério de julgamento “maior desconto” com taxa negativa, convertendo os valores de forma que o percentual de desconto ofertado seja proporcional à receita gerada”.

Parecer n. 20.242/2023, prolatado nos autos do processo administrativo n. PROA 23/1300-0004850-3. Disponível em: <http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa20242.pdf>.

⁹ O Estado do Rio Grande do Sul, por meio da edição da Lei Estadual n. 14.312/2013 (art. 2º), disciplinou a matéria de maneira a incluir as concessões de uso no rol de objetos a serem licitados pela via do pregão eletrônico: “Art. 2.º Será adotado o pregão eletrônico nas licitações para aquisição de bens, serviços comuns e para concessão de uso”.

mediante o cumprimento de critérios objetivos, nos termos do art. 26 da Lei Municipal 7.660/2019?

Resposta: A alienação de bens imóveis da Administração Pública deve ser precedida da apresentação de justificativa do interesse público, avaliação, autorização legislativa e deve ser realizada na modalidade leilão, com o critério do maior lance ou oferta, devendo ser realizada preferencialmente sob a forma eletrônica (art. 17, §2º, Lei n. 14.133/2021).

Admite-se que a alienação de bem imóvel com o uso da modalidade leilão seja realizada pelo critério do maior lance ou oferta, sem contrapartidas.

Admite-se também que a alienação de bem imóvel com o uso da modalidade leilão pelo critério do maior lance ou oferta seja realizada com a exigência de contrapartidas objetivas, razoáveis, aptas a serem cumpridas por diversas empresas, sem restringir a ampla concorrência ou direcionar a licitação. [...].

De acordo com o regramento atualmente previsto no art. 76, inc. I, da Lei n. 14.133/2021,¹⁰ as alienações de bens imóveis, inclusive os pertencentes às autarquias e fundações, devem, em regra, ser viabilizadas mediante licitação na modalidade leilão.

E para além da possibilidade de se realizar leilão simples pautado exclusivamente no maior lance ou oferta, não contraria a natureza do referido critério de julgamento o estabelecimento de condições objetivas a serem atendidas pelos licitantes interessados, encontrando-se na esfera de discricionariedade do Poder Público estipular requisitos uniformes e razoáveis que procurem condicionar a venda do bem à realização de contrapartidas objetivas com vistas ao melhor atendimento do interesse público.

A esse respeito, trago precedente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, atinente ao julgamento do Processo n. TC-014713.989.19-2, em 21.08.2019:¹¹

¹⁰ Art. 76. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I - tratando-se de bens imóveis, inclusive os pertencentes às autarquias e às fundações, exigirá autorização legislativa e dependerá de licitação na modalidade leilão, dispensada a realização de licitação nos casos de: [...].

¹¹ Disponível em: https://jurisprudencia.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/7/6/5/734567.pdf.

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO COM FUTURA CONVERSÃO EM DOAÇÃO COM ENCARGOS. FOMENTO À INDÚSTRIA E COMÉRCIO. **TIPO DE JULGAMENTO: MAIOR LANCE OU OFERTA. ATRIBUIÇÃO DE PONTOS A CRITÉRIOS DETERMINADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. POSSIBILIDADE.** DESCUMPRIMENTO DOS ENCARGOS. REVERSÃO DO BEM AO PODER PÚBLICO INDEPENDENTE DE PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. REGULARIDADE. MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL DO OBJETO SEM REABERTURA DE PRAZO PARA FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS. ILEGALIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO.

1. A expressão ‘maior oferta’ engloba todo e qualquer elemento que torne a contratação mais vantajosa ao órgão público licitante.

[...].

Controvérsia relativa ao tipo de julgamento do certame („maior lance ou oferta“) requer cautelosa reflexão, norteadas pelas justificativas da Origem, fundadas em parecer técnico-jurídico fiador da iniciativa e, ainda, à quantidade considerável de lotes – cerca de cento e trinta – objeto de cessão.

Com efeito, entende-se, à primeira vista, que estaríamos diante de critério restrito ao maior pagamento proposto à Administração. Essa conclusão advém, sobretudo, do termo „maior lance“; nada obstante, deve-se ter em mente que a expressão „maior oferta“ engloba todo e qualquer elemento que torne a contratação mais vantajosa ao órgão público licitante.

Nesse sentido, evidente que o erário poderá perceber benefícios superiores por meio da expansão do mercado de produção e de consumo local, posto que, de fato, este cenário surtirá efeitos positivos na arrecadação tributária do Município.

Assim, delimitar a acepção de aludido conceito terminaria, inegavelmente, por aniquilar o propósito do procedimento licitatório em questão – que é, conforme declarado pela Administração licitante, “aumentar a receita da Prefeitura, que passa por sérias dificuldades financeiras” (Evento 21.1, fls. 06) –, na medida em que **se poderia ter como resultado a concessão de direito real de uso de loteamentos públicos para empresas que oferecessem desembolsos imediatos mais altos, porém, com diminuta previsão de geração de empregos na região, assim como ínfima estimativa de tributos em longo prazo, em detrimento de interessadas que, a despeito de apresentarem**

propostas com pagamentos instantâneos menores, pudessem, de fato, aquecer a economia local mediante eficazes estímulos à demanda.

Portanto, cabível a metodologia de julgamento engendrada pela Prefeitura de Matão, atribuindo pontos para elementos¹¹ que, segundo ponderações inseridas na esfera de sua discricionariedade, possam revelar a melhor contratação possível dentre aquelas que lhe sejam apresentadas. (Grifei)

Exemplo de contrapartida passível de exigência, neste contexto, é o estabelecimento de número de empregos mínimos a serem gerados por empresas no contexto de política de fomento industrial.

Nesse sentido, ilustrativo o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais no julgamento da Consulta n. 932769, em 31.08.2016, referenciado pelos auditores do Tribunal na altura das fls. 70-73:¹²

CONSULTA. CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO E CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO. NÚMERO DE EMPREGOS A SEREM GERADOS. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. POSSIBILIDADE. TIPO DE LICITAÇÃO. MAIOR OFERTA. OBSERVÂNCIA DE CRITÉRIOS TÉCNICOS OBJETIVOS E MÉTRICAS ADEQUADAS PARA AFERIR A VIABILIDADE ECONÔMICA DAS PROPOSTAS.

1. O número de empregos a serem gerados pode constituir um dos elementos a ser aferidos no tipo de licitação “maior oferta”, portanto passível de ser utilizado como critério de julgamento nas concessões de uso e de direito real de uso. Para tanto, a Administração deverá estabelecer critérios técnicos objetivos e métricas adequadas para quantificar esses elementos e aferir a viabilidade econômica das propostas apresentadas pelos interessados.

Avançando para o exame das 2 (duas) dúvidas apresentadas pelo Prefeito de Quilombo no processo **@CON 24/00468030**, a equipe de auditoria propôs resposta nos seguintes termos (fls. 119-120):

1) É possível utilizar a modalidade Concorrência e o critério de julgamento técnica e preço, consistindo em maior número de empregos gerados e/ou mais investimento e/ou maior capacidade de atendimento/processamento, para o empreendimento possa, de fato, retornar o maior movimento econômico à municipalidade?

¹² Disponível em: <https://tcnatas.tce.mg.gov.br/tcjuris/Nota/BuscarArquivo/1182918>.

Resposta: Sim, é possível utilizar a modalidade Concorrência e o critério de julgamento técnica e preço nos termos do art. 6º, XXXVIII, que prevê a utilização da modalidade concorrência para a contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: a) menor preço; b) melhor técnica ou conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; e e) maior desconto. A Concessão de direito real de uso permite a exigência de contrapartidas que devem ser objeto de definição na fase preparatória do processo licitatório, nos termos do art. 18, Lei n. 14.133/2021.

2) Se a resposta for negativa, utilizando a modalidade Leilão há possibilidade da maior oferta ser qualitativa, empregos gerados e/ou maior investimento e/ou maior capacidade de atendimento/processamento ao invés de monetária?

Resposta: a modalidade leilão exige a adoção do critério do maior lance, devendo ser realizada preferencialmente sob a forma eletrônica (art. 17, § 2º, Lei n. 14.133/2021). A Lei n. 14.133/2021 não prevê a combinação de critérios de julgamento. Porém, pela omissão do legislador, entende-se que a alienação de bem imóvel com o uso da modalidade leilão pode ser realizada pelo critério do maior lance, sem contrapartidas. Bem como admite-se que a alienação de bem imóvel com o uso da modalidade leilão pelo critério do maior lance ou oferta seja realizada com a exigência de contrapartidas objetivas, razoáveis, aptas a serem cumpridas por diversas empresas, sem restringir a ampla concorrência ou direcionar a licitação. Não admite-se que a alienação de bem imóvel seja realizada com o uso da modalidade leilão com a exigência de contrapartidas subjetivas. Neste caso, o administrador deve verificar o caso concreto para decidir qual a modalidade adequada às características do objeto a ser licitado para realizar a alienação, a concessão de direito real de uso de bens ou a concessão e permissão de uso do referido bem imóvel.

O primeiro questionamento tomou como ponto de partida a Lei Municipal n. 2.964/2021 de Quilombo, a qual foi editada com o objetivo de promover o desenvolvimento local por meio de incentivos de natureza econômica a empresas que venham a se instalar no seu território, mediante concessão de direito real de uso de bens imóveis (fl. 2 daqueles autos).

A pergunta está voltada à hipótese de utilização da concorrência, tendo como critério de julgamento a técnica e preço, mediante contrapartidas a

serem consideradas no certame (maior número de empregados, maior investimento, maior capacidade de atendimento/processamento etc.).

Na revogada Lei n. 8.666/93, a leitura combinada do art. 23, § 3º¹³ com o art. 45, § 1º, inc. IV¹⁴ oferecia regra para as concessões de direito real de uso de bens imóveis públicos, com determinação de emprego da modalidade concorrência e do tipo maior lance ou oferta.

Diferentemente, a Lei n. 14.133/21 - muito embora se aplique a tais concessões (art. 2º, inc. I) -,¹⁵ silenciou acerca da matéria, razão pela qual, na visão deste representante ministerial, os entes federados passaram a ter competência legislativa para definir os contornos normativos do assunto.

A propósito, referencio raciocínio desenvolvido pelo TCM/GO envolvendo a concessão de uso, mas igualmente aplicável às concessões de direito real de uso no contexto do panorama normativo atual, após a revogação da Lei n. 8.666/93:¹⁶

18. Sabe-se que concessão de uso é o gênero do qual decorrem duas espécies: concessão de direito real de uso e concessão de direito de uso (esta última também conhecida como concessão administrativa de uso).

19. Acerca da primeira, concessão de direito real de uso, que confere ao concessionário direito real, transferível a terceiros, cujos fins foram previamente fixados na lei reguladora, não pairam dúvidas em relação à modalidade licitatória aplicável, uma vez que se encontra expressamente previsto na Lei de Licitações ser a concorrência (art. 23, § 3º, Lei n. 8.666/93).

[...].

¹³ Art. 23. [...]. § 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.

¹⁴ Art. 45. [...]. § 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: [...];

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

¹⁵ Art. 2º Esta Lei aplica-se a: I - alienação e concessão de direito real de uso de bens; [...].

¹⁶ Acórdão n. 27/2019 – Plenário (Consulta n. 753/19). Disponível em:

<https://www.tcmgo.tc.br/site/wp-content/uploads/2019/12/AC-CON-00027-19.pdf>.

Na segunda espécie e, diga-se de passagem, menos complexa, a administração (concedente) apenas confere ao concessionário um direito pessoal, intransferível a terceiros. Esta, todavia, não foi objeto de previsão na Lei Geral de Licitações.

22. Apesar desta omissão, não há dúvidas acerca da necessidade de realização de procedimento licitatório para tal. Isto porque tanto a Constituição Federal, no art. 37, XXI, quanto a Lei de Licitações, em seu art. 2º, impõem a regra de licitar, inclusive no caso de concessões, objeto da presente consulta.

23. Há quem defenda que não se trata de omissão, mas sim de regra de competência normativa, vez que “em matéria de uso de bens públicos, não há uma competência normativa reservada à União, nem mesmo para normas gerais”. Assim, os estudos indicam que a fonte do direito, na concessão de uso, é sempre a legislação local, seja a legislação federal, específica do tema, para a União, seja a lei estadual para o Estado, seja a lei municipal para o Município. (Grifei)

Partindo desta premissa, e embora não tenham sido identificados precedentes específicos, avalizo a resposta engendrada pela DLC, no sentido de se admitir, em tese, a utilização da concorrência por técnica e preço para se instrumentalizar as concessões visadas pelo consulente.

Isso porque, à míngua de qualquer diretiva da Lei n. 14.133/21 sobre o assunto, não se identifica absoluta incompatibilidade lógica ou procedimental na licitação pretendida, cujos contornos têm o condão de possibilitar que o respectivo ente federado possa estabelecer regras de julgamento mais elaboradas (*vide* art.

36 da NLLC),¹⁷ pautadas nos objetivos específicos que pretenda fomentar quanto à utilização de seus bens.

De toda sorte, necessário que, na etapa de planejamento do certame, sejam adequadamente justificados os critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, a teor do art. 18, inc. IX,¹⁸ da Lei n. 14.133/21.

Quanto à segunda pergunta, tenho que a resposta consignada pela DLC constitui desdobramento da conclusão já estabelecida no exame da consulta analisada anteriormente, a propósito da possibilidade de se utilizar o leilão com o estabelecimento de contrapartidas.

Aqui, apenas pontuo que a indagação do consulente diz respeito à possibilidade de se utilizar o leilão para concessões de direito real de uso, e não alienação.

E novamente, diante do vácuo legal da Lei n. 14.133/21, não vejo óbices ao emprego do leilão em casos tais, na forma sugerida pela equipe de

¹⁷ Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.

§ 1º O critério de julgamento de que trata o caput deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:

I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado;

II - serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;

III - bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;

IV - obras e serviços especiais de engenharia;

V - objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.

¹⁸ Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: [...];

IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, **justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço**, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio; [...].

auditoria, desde que as contrapartidas exigidas sejam objetivas e não representem favorecimento injustificado de licitantes.

Já no que tange aos 7 (sete) questionamentos formulados pela Prefeita de Cunha Porã no processo @CON 24/00541056, a equipe de auditoria sugeriu respondê-las do modo que segue (fls. 120-122):

1. É possível realizar leilão vinculando o vendedor a cumprir obrigações em relação a encargos de instalação/ampliação de empresas para gerar empregos e movimento econômico no Município de Cunha Porã/SC?

Resposta: Sim, admite-se que a alienação de bem imóvel com o uso da modalidade leilão pelo critério do maior lance seja realizada com a exigência de contrapartidas objetivas, razoáveis, aptas a serem cumpridas por diversas empresas, sem restringir a ampla concorrência ou direcionar a licitação. Não admite-se que a alienação de bem imóvel seja realizada com o uso da modalidade leilão com a exigência de contrapartidas subjetivas. Neste caso, o administrador deve verificar o caso concreto para decidir qual a modalidade adequada às características do objeto a ser licitado para realizar a alienação, a concessão de direito real de uso de bens ou a concessão e permissão de uso do referido bem imóvel.

2. É possível vincular o licitante vencedor do certame impondo cláusula de reversão em caso de descumprir a finalidade empresarial do imóvel adquirido?

Resposta: Em tese é possível, desde que a finalidade empresarial do imóvel a ser adquirido seja inserida e justificada previamente com fundamentos razoáveis e objetivos.

3. É possível utilizar modalidade de concorrência e estabelecer critérios de julgamento de técnica e preço?

Resposta: Sim, é possível utilizar a modalidade Concorrência e o critério de julgamento técnica e preço nos termos do art. 6º, XXXVIII, que prevê a utilização da modalidade concorrência para a contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: a) menor preço; b) melhor técnica ou conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; e e) maior desconto. A Concessão de direito real de uso permite a exigência de contrapartidas que devem ser objeto de definição na fase preparatória do processo licitatório, nos termos do art. 18, Lei n. 14.133/2021.

4. É possível alienar através de leilão criando requisitos de habilitação para atingir a finalidade industrial?

Resposta: Sim, conforme exposto na resposta ao item 1, admite-se que a alienação de bem imóvel com o uso da modalidade leilão pelo critério do maior lance ou oferta seja realizada com a exigência de contrapartidas objetivas, razoáveis, aptas a serem cumpridas por diversas empresas, sem restringir a ampla concorrência ou direcionar a licitação.

Não admite-se que a alienação de bem imóvel seja realizada com o uso da modalidade leilão com a exigência de contrapartidas subjetivas. Neste caso, o administrador deve verificar o caso concreto para decidir qual a modalidade adequada às características do objeto a ser licitado para realizar a alienação, a concessão de direito real de uso de bens ou a concessão e permissão de uso do referido bem imóvel.

5. De que forma poderia ser realizada a venda através da utilização de critério de técnica e preço, sendo que não é possível a finalização no sistema através de alienação na modalidade de concorrência?

Resposta: a sugestão da instrução será no sentido de alterar o sistema do Tribunal de Contas para permitir a adoção das referidas modalidades.

6. Se o pagamento dos lotes for realizado de forma parcelada, desta forma, seria possível a vinculação à contrato administrativo? Seria possível vincular forma parcelada ao leilão?

Resposta: em tese, a compra do leilão é para a maior oferta, em preço à vista. Mas, nada impede, a depender da realidade local, que o leilão permita excepcionalmente o pagamento parcelado, desde que o critério de pagamento seja inserido de forma objetiva e razoável, após o devido estudo técnico preliminar que demonstre que esta é a melhor opção e que a opção é apta a ser cumprida por diversas empresas, sem restringir a ampla concorrência ou direcionar a licitação.

7. Seria possível aplicar por analogia a legislação estadual 18.320, de 30 de dezembro de 2021, para alienação por concorrência?

Resposta: a solução da Consulta não pode analisar caso concreto.

Em relação às dúvidas n. 1 e n. 4 - envolvendo a utilização da modalidade leilão com o emprego de condicionantes -, trata-se de variantes de

questionamentos já enfrentados mais acima, de modo que deve se aplicar a mesma linha de raciocínio alhures desenvolvida, na forma da resposta cogitada pela equipe de auditoria.

Em correlação com tais questionamentos, considero apropriada a resposta sugerida pela DLC a propósito da dúvida n. 2, haja vista que a previsão de reversão do bem pelo descumprimento de contrapartidas objetivas por parte do licitante vencedor constitui medida juridicamente possível - e inclusive recomendável - que resguarda o interesse público, encontrando previsão no Prejulgado n. 1344 do TCE/SC.¹⁹

De igual sorte, acertada a orientação defendida pela equipe de auditoria no tocante à dúvida n. 6, inclusive porque o parcelamento em casos análogos já se encontra admitido no Prejulgado n. 1344 do TCE/SC.²⁰

Quanto aos questionamentos n. 3 e n. 5 – envolvendo a utilização de concorrência por técnica e preço para alienação de bens imóveis -, tenho que se aplicam as mesmas razões consignadas no exame da consulta anteriormente tratada, devendo-se privilegiar a autonomia dos entes federados.

Aqui, muito embora a Lei n. 14.133/21 tenha definido o leilão como modalidade licitatória própria para a alienação de bens (art. 76, inc. I), é certo que,

¹⁹ Prejulgado 1344: “[...]. Quando os incentivos para instalações de empreendimentos no Município envolverem a disponibilização de bens imóveis públicos (terrenos) a particulares (pessoas físicas ou jurídicas), deve-se privilegiar o emprego do instituto da concessão do direito real de uso, para melhor resguardar o interesse e o patrimônio públicos, mediante licitação (art. 17, § 2º, da Lei Federal n. 8.666/93) e prévia autorização legislativa onde também disponha sobre as condições da concessão, inclusive sobre o vínculo às atividades para as quais houve a concessão, **prevendo a reversão do bem para o Município após o transcurso do prazo da concessão ou quando não mais sejam atendidas às condições da concessão**, devendo estar demonstrado o interesse público. Deve-se evitar a doação de imóveis públicos a particulares, por não atender aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade. [...]”.

²⁰ Prejulgado 1344: “[...]. O Município poder promover a alienação de terrenos contidos em distrito industrial municipal, como alternativa à concessão do direito real de uso, sendo necessária autorização legislativa, avaliação prévia considerando os preços de mercado e a realização de processo licitatório na modalidade de concorrência (art. 17, I, combinado com art. 23, §3º, ambos da Lei Federal nº 8.666/93), cujo edital estabelecerá as condições de participação, o preço mínimo, formas de pagamento - **podendo ser parcelado como incentivo aos interessados** - e os critérios objetivos de julgamento, com observância dos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade e dos princípios atinentes ao instituto da licitação, como a igualdade de tratamento entre os interessados, julgamento objetivo e outros correlatos”.

em determinados casos, o maior lance ou oferta pode não ser o principal objetivo da administração pública, afigurando-se possível que, nos termos da legislação local, o ente se valha da concorrência por técnica e preço a fim de estabelecer regras de julgamento mais elaboradas, pautadas nos objetivos específicos que pretenda fomentar quanto à utilização/disposição de seus bens.

Por conseguinte, e a propósito do questionamento n. 5, entendo devida a sugestão de determinação cogitada por meio do item 6.5 do Relatório n. DLC-1069/2024.²¹

No tocante ao questionamento n. 7,²² muito embora a DLC tenha opinado pela incognoscibilidade da pergunta devido ao seu caráter supostamente concreto, entendo de modo diverso, conforme já tratado no item 2 deste parecer.

De toda sorte, reputo prejudicada a elaboração de resposta quanto ao ponto, uma vez que o teor das respostas alvitadas quanto aos demais questionamentos da consulente tornam desnecessária a averiguação acerca da possibilidade, ou não, de o ente municipal se valer da Lei Estadual n. 18.320/21 para utilizar a modalidade licitatória da concorrência na alienação de seus bens.

Finalmente, no que tange à dúvida apresentada pelo Prefeito de Morro da Fumaça no processo @CON 24/00541218, os auditores do Tribunal sugeriram a seguinte resposta (fls. 122-123):

5.6. Por fim, a sexta Consulta @CON 24/00541218 questiona: [...] a solução mais adequada para que se dê a escolha dos Concessionários dos imóveis a partir do julgamento de critérios estipulados pelo Conselho de Desenvolvimento Econômico, e não baseado no maior lance, conforme determina a Lei 14.133/2021.

Resposta: Conforme exposto nas respostas anteriores, admite-se a alienação de bem imóvel com o uso da modalidade leilão pelo critério do maior lance ou oferta realizada com a exigência de contrapartidas objetivas, razoáveis, aptas a

²¹ 6.5. Determinar a Diretoria de Informática para que em conjunto com a Diretoria de Licitações e Contratações atualize o cadastro no sistema e-Sfinge para possibilitar a realização das Licitações nas modalidades e critérios definidos pelo Egrégio Plenário deste Tribunal de Contas em solução ao julgamento das presentes Consultas.

²² 7. Seria possível aplicar por analogia a legislação estadual 18.320, de 30 de dezembro de 2021, para alienação por concorrência?

serem cumpridas por diversas empresas, sem restringir a ampla concorrência ou direcionar a licitação.

Não se admite que a alienação de bem imóvel seja realizada com o uso da modalidade leilão com a exigência de contrapartidas subjetivas. Neste caso, o administrador deve verificar o caso concreto para decidir qual a modalidade adequada às características do objeto a ser licitado para realizar a alienação, a concessão de direito real de uso de bens ou a concessão e permissão de uso do referido bem imóvel

Considerando que a resposta supracitada reprisa conclusões já consignadas mais acima, endosso o seu teor conforme razões aduzidas ao longo deste parecer.

Antes de passar à conclusão, apenas sugiro o aprimoramento do item 2²³ da proposta de prejulgado feita pela equipe de auditoria, uma vez que a redação atual constitui simples variante do item 1 do Prejulgado n. 2175,²⁴ aprovado pelo plenário do TCE/SC em 22.07.2015.

Em substituição, e na esteira das pertinentes colocações jurisprudenciais feitas pela DLC ao longo das fls. 102-114, considero mais aderente aos termos das consultas em comento a seguinte redação envolvendo a matéria: *“Aos Estados e Municípios é conferida competência suplementar para editarem normas próprias de licitação pública e contratação administrativa que envolvam a disposição de seus bens mediante alienação, concessão de direito real de uso, concessão de uso e permissão de uso, com fulcro respectivamente nos artigos 24, § 2º e 30, inc. II, da Constituição, respeitadas as normas gerais editadas pela União com amparo na competência estatuída pelo art. 22, inc. XXVII, da Constituição”*.

²³ 2. Os Municípios, como entes autônomos nos termos do art. 18, tem competência prevista no art. 30, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para legislar sobre licitações e contratações para suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

²⁴ 1. Nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição da República, compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. Aos Estados e aos Municípios é conferida a competência suplementar para editarem normas próprias de licitação, com fulcro nos artigos art. 24, §2º, e art. 30, II, da Constituição Federal, e arts. 1º e 118, ambos da Lei (federal) n. 8.666/93.

4. Conclusão

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas de Santa Catarina, com amparo na competência conferida pelo art. 108, incisos I e II, da Lei Complementar Estadual n. 202/2000, manifesta-se pela **ADOÇÃO**, em linhas gerais, da proposta de encaminhamento sugerida no Relatório n. DLC-1069/2024, salvo no tocante ao item 2 da proposta de prejudgado, em relação ao qual se propõe melhoramento da redação, nos termos deste parecer.

Florianópolis, data da assinatura digital.

Sérgio Ramos Filho
Procurador de Contas

PROCESSO Nº: @CON-24/00402366
UNIDADE GESTORA: Prefeitura de Brusque
INTERESSADOS: Daniel Felício, Prefeitura de Brusque
ASSUNTO: Interpretação da Lei 14.133/2023 no que tange à modalidade de licitação a ser adotada e o critério utilizado nos casos de permissão/cessão de uso onerosa de bens públicos.
RELATOR: Conselheiro Aderson Flores
UNIDADE TÉCNICA: Divisão 5 - DLC/CAJU I/DIV5
DESPACHO: GAC/AF - 443/2025

Cuida-se de Consulta formulada pelo Sr. Daniel Felício, secretário de transparência e *accountability* do Município de Brusque, por meio da qual suscita dúvida acerca da modalidade licitatória a ser adotada nos casos de permissão/cessão onerosa de bens públicos que possam ser explorados economicamente a fim de garantir a competitividade e isonomia entre os interessados.

O presente feito conta com outras seis consultas vinculadas para julgamento conjunto: @CON-24/00417479, @CON-24/00440705, @CON-24/00468030, @CON-24/00541056, @CON-24/00541218 e @CON-24/00597434.

Embora já haja manifestação da área técnica¹ e do Ministério Público de Contas – MPC² acerca da matéria, o processo nº @CON-24/00597434, por ter sido vinculado apenas em 8-1-2025, não chegou a ser analisado.

Dessa forma, com objetivo de afastar qualquer possibilidade de prejuízo à Prefeitura de Canoinhas, encaminham-se os autos à Diretoria de Licitações e Contratações – DLC, com posterior remessa ao MPC, para o exame das questões trazidas no processo nº @CON-24/00597434.

Florianópolis, 17 de março de 2025.

(assinado digitalmente)

ADERSON FLORES

Conselheiro Relator

¹ Relatório nº DLC-1069/2024 (fls. 35/125)

² Parecer nº MPC/SRF/817/2024 (fls. 126/145).