

Indispensável licitação para concessão de uso de qualquer natureza de bem público.

Tribunal de Contas da União
Proc. nº 275.320/92

I — RELATÓRIO
GRUPO II — Classe I — 2ª Câmara
TC — 275.320/92-8

Natureza: Pedido de Reexame

Ementa: Pedido de Reexame de determinação do Colegiado para adoção de providências com vistas à regularização de concessão de uso de refeitório. Improcedência dos argumentos. Imprescindível a realização de processo licitatório. Necessidade de ajuste de redação em item da Decisão recorrida. Provisamento parcial.

Adoto como Relatório o Parecer da douta Representante do Ministério Público, Dra. Maria Alzira Ferreira:

“Trata-se de Pedido de Reexame da Decisão nº 240/94 — TCU — 2ª Câmara, feito pela Telecomunicações do Ceará S.A. — TELECEARÁ, proferida na Sessão Ordinária de 29/09/94, para que seja reformado o item 8.3.II; *in verbis*:

‘II — a adoção imediata de providências tendentes à regularização de concessão de uso do refeitório do edifício sede da empresa, situado na Av. Borges de Melo, nº 1.677 — Fortaleza — CE, visto que o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos exige a realização de concorrência para as contratações desta natureza, o que não foi observado, quando da cessão do refeitório para a Associação dos Empregados da TELECEARÁ, realizada, inclusive, com desobediência ao art. 1º, inciso III, do Decreto nº 99.509/90, *in DOU* de 06.09/90;’

2. O Pedido de Reexame fundamenta-se, basicamente, na negativa de a cessão do refeitório estar regida pelas normas de licitação, buscando demonstrar que tal cessão não se caracteriza como concessão de direito real de

uso, sendo-lhe, destarte, inaplicável o constante do art. 23, § 3º da Lei 8.666/93. Acresce, ainda, que a cessão foi feita em data anterior ao Decreto nº 99.509/90, 05/09/90, ficando amparada pelas disposições do seu art. 1º, § 2º.

3. Tais argumentos não são suficientes para que se altere a decisão questionada, pelas seguintes razões:

a) a Decisão nº 240/94 — TCU refere-se à concessão de uso e, não, à concessão de direito real de uso. Mesmo não havendo, na atual lei de licitações e contratos da Administração Pública, a exigência da modalidade de concorrência para a concessão de uso, indubitável que, sendo contrato administrativo, submete-se ao processo licitatório;

b) a TELECEARÁ não comprovou que a cessão tenha ocorrido anteriormente ao já citado decreto, fazendo-o, tão-somente, em relação às cantinas; e

c) ainda que a concessão houvesse ocorrido anteriormente ao Decreto nº 99.509/90, restaria irregular, por não ter obedecido à exigência da legislação em vigor, Decreto nº 2.300/86, que exigia a realização de concorrência.

4. Ante o exposto e em atenção à audiência solicitada pelo eminente Ministro-Relator ADHEMAR PALADINI GHISI, o Ministério Público aquiesce à proposição da SECEX/CE, pelo conhecimento do recurso como Pedido de Reexame para, no mérito, manter em seus termos a decisão impugnada.”

É o Relatório.

II — VOTO

O Pedido de Reexame interposto pela TELECEARÁ funda-se em duas premissas equi-

vocadas: a primeira, que o item 8.2, II, da Decisão nº 240/94 ora recorrida teria se referido, erroneamente, a concessão de direito real de uso”, e que não sendo essa a modalidade de concessão adotada, desnecessário seria o processo licitatório; a segunda, que a cessão do refeitório teria sido anterior à edição do Decreto 99.509/90, o que eliminaria o traço de irregularidade da transação.

2. A concessão de uso, *lato sensu*, engloba duas modalidades: a concessão administrativa de uso e a concessão de direito real de uso. Por se tratarem de institutos distintos, regem-se por normas próprias. Considerando que a concessão de direito real de uso atribui o uso do bem público como um direito real, transferível a terceiros, requerendo, por isso, especial processo seletivo, mereceu destaque no Estatuto das Licitações. Assim, a Lei nº 8.666/93 a contemplou em seu art. 23, § 3º, sendo *in verbis*:

“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.”

3. A concessão administrativa de uso, também denominada concessão comum de uso, apenas confere ao concessionário um direito pessoal, intransferível a terceiros. Daí a menor rigidez em sua contratação. A maior flexibilidade conferida ao Administrador não se confunde, contudo, com desnecessidade de realização do procedimento licitatório, uma vez que caracterizada a predominância do interesse público sobre o particular, que fez com que a jurisprudência pátria reiteradamente a proclamasse como um contrato tipicamente administrativo (a propósito, vide Revista do Tribunal de Justiça de São Paulo, nºs 220, p. 273, 307, p. 237, 318, p. 172, e Revista do Tribunal de Alçada de São Paulo nºs 209, p. 352, e 240, p. 408).

4. 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.”

5. 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.

6. Mais ainda, vale lembrar que à época da concessão da área do refeitório à Associação dos Empregados da TELECEARÁ vigia o Decreto-lei nº 2.300/86, que tornava obrigatória a realização de concorrência em quaisquer concessões, consoante dispunha seu art. 21, § 1º:

“§ 1º A concorrência é a modalidade de licitação cabível na compra ou alienação de bens imóveis, e nas concessões de uso, de serviço ou de obra pública, bem como nas licitações internacionais, qualquer que seja o valor do seu objeto.”

7. A Decisão nº 240/94 — TCU — 2ª Câmara, prolatada em 29.09.94, determinou à TELECEARÁ, em seu item 8.2, II:

“II — a adoção imediata de providências tendentes à regularização de concessão de uso do refeitório do edifício sede da empresa (...), visto que o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos exige a realização de concorrência para as contratações desta natureza, o que não foi observado, quando da cessão do refeitório para a Associação dos Empregados da TELECEARÁ (...).”

8. No caso em concreto fazia-se alusão à concessão administrativa de uso, e não à concessão de direito real de uso. Assim, embora a licitação fosse obrigatória na modalidade concorrência à época do fato (vigência do Decreto-lei nº 2.300/86), não mais o era nessa mesma modalidade à época em que foi feita

a determinação constante do aludido item 8.2, II, da Decisão recorrida, apesar de ainda exigível a realização de certame licitatório, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.666/93, conforme mencionado nos itens 2, 4 e 5 deste Voto. Neste ponto, entendo necessário que se proceda a ajuste no texto da Decisão recorrida, uma vez que as determinações devem efetuar-se com vistas ao cumprimento da legislação contemporânea, e não das pretéritas, já excluídas do ordenamento jurídico.

9. Resta comentar, ainda, da insurgência do Recorrente contra o entendimento do Tribunal de que havia sido infringido, também, dispositivos do Decreto nº 99.509/90. Preceitua o art. 1º daquela Norma:

“Art. 1º Fica vedado aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, bem assim às empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União, efetuar, em favor de clubes ou outras sociedades civis, de caráter social ou esportivo, inclusive os que congreguem os respectivos servidores ou empregados e seus familiares:

.....
III — cessão, a título gratuito, de bens móveis e imóveis.

.....
§ 2º No caso de bens móveis e imóveis cedidos anteriormente à data de publicação deste decreto, caberá à entidade cessionária, à sua conta, mantê-los e conservá-los, bem assim realizar ou concluir as obras ou reparos que façam necessários.”

10. Realmente, o texto legal referido leva à presunção de legitimidade das cessões anteriores à edição do aludido Decreto. Contudo, a TELECEARÁ não comprovou que a área do refeitório tenha sido de fato cedida anteriormente à edição dessa Norma, dado que a Ata de Reunião da Diretoria remetida a este Tribunal, datada de 16.12.86, ratificou apenas a exploração de “cantinas”, o que não se confunde com o “refeitório”.

11. Ademais, consoante ressaltou o douto Ministério Público, mesmo que fosse anterior à edição do Decreto nº 99.509/90, a concessão seria irregular, posto que não observou a ne-

cessidade de realização de procedimento licitatório imposta pelo então vigente Decreto-lei nº 2.300/86.

12. Feitas essas considerações, e dissentindo parcialmente dos pareceres por entender necessário ajuste de redação no item 8.2, II, da Decisão nº 240/94 — TCU — 2ª Câmara, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto ao Colegiado.

Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 17 de agosto de 1995.

ADHEMAR PALADINI GHISI
Ministro-Relator

DECISÃO Nº 207/95-TCU — 2ª Câmara

1. *Processo TC nº 275.320/92-8*

2. Classe de Assunto: I — Pedido de Reexame

3. *Interessado*: Tarciso Faria Freitas e Silva, Presidente da TELECEARÁ

4. *Entidade*: Telecomunicações do Ceará S.A. — TELECEARÁ

Vinculação: Ministério das Comunicações

5. *Relator*: Ministro ADHEMAR PALADINI GHISI

6. *Representante do Ministério Público*: Dra. Maria Alzira Ferreira

7. Unidade Técnica: SECEX-CE

8. *Decisão*: A Segunda Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. Conhecer do expediente remetido pelo interessado como Pedido de Reexame, nos termos do art. 48 da Lei nº 8.443/92, para, dando-lhe provimento parcial, alterar a redação do item 8.2, II, da Decisão nº 240/94 — TCU — 2ª Câmara, que passa a ter a seguinte redação;

“II — a adoção de imediatas providências tendentes à regularização de concessão de uso do refeitório do edifício sede da empresa, situado na Av. Borges de Melo nº 1.677 — Fortaleza — CE, visto que o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos exige a realização de certame licitatório para as concessões de qualquer natureza, *ex vi* do art. 2º da Lei nº 8.666/93.”

8.2. levar ao conhecimento do Interessado o teor desta Decisão, encaminhando-se-lhe

cópia do Relatório e Voto que a fundamentaram.

9. Ata nº 28/95 — 2ª Câmara.

10. Data da Sessão: 17/08/1995 — Ordinária.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Paulo Affonso Martins de Oliveira (na Presidência) e Adhe-

mar Paladini Ghisi (Relator) e o Ministro-Substituto José Antonio Barreto de Macedo.

PAULO AFFONSO MARTINS DE OLIVEIRA

na Presidência

ADHEMAR PALADINI GHISI

Ministro-Relator