



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

EMANOEL MARQUES FREITAS

**LICITAÇÕES DE SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO ENVOLVENDO IMÓVEIS DE
INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO: UM ESTUDO SOBRE REGIME
JURÍDICO E MODALIDADE LICITATÓRIA APLICÁVEIS**

FORTALEZA

2020

EMANOEL MARQUES FREITAS

LICITAÇÕES DE SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO ENVOLVENDO IMÓVEIS DE
INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO: UM ESTUDO SOBRE REGIME JURÍDICO E
MODALIDADE LICITATÓRIA APLICÁVEIS

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.a. Ma. Fernanda Claudia Araújo da Silva.

FORTALEZA

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- F936l Freitas, Emanoel Marques.
Licitações de serviços de alimentação envolvendo imóveis de instituições federais de ensino: um estudo sobre o regime jurídico e modalidade licitatória aplicáveis / Emanoel Marques Freitas. – 2020. 81 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2020.
Orientação: Profa. Ma. Fernanda Cláudia Araújo da Silva.
1. Concessão. 2. Licitação. 3. Serviço Público. 4. Bens públicos. 5. Direito administrativo. I. Título.
CDD 340
-

EMANOEL MARQUES FREITAS

LICITAÇÕES DE SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO ENVOLVENDO IMÓVEIS DE
INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO: UM ESTUDO SOBRE REGIME JURÍDICO E
MODALIDADE LICITATÓRIA APLICÁVEIS

Monografia submetida à Coordenação do Curso
de Graduação em Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.a Ma. Fernanda Claudia Araújo da Silva. (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Rogério Teixeira Mâsih
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A todos que não desistem de acreditar na justiça, mesmo nos lugares onde sua ausência se tornou, aparentemente, a regra.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Carlos e Dária, pelo amor que me proporcionou a vida.

Aos meus irmãos - Germana, Carleonis e Jennyfer -, pelo carinho dadivoso de sempre.

A minha tia Nanã, por ter cuidado do garoto que fui e sonhado com o homem que estou me tornando.

Aos meus amigos - Jorge, Cristiê e Alty -, que, ao longo dos anos, contribuíram generosa e despreziosamente na maneira como vejo a vida.

A José Lucas Rodrigues Arruda, pelo apoio inabalável e companheirismo sem par que tornaram essa graduação significativamente menos árdua do que poderia ter sido.

A David Gomes Barroso, por ter sempre crido na minha capacidade e me incentivado no sonho, que agora se concretiza, de ser Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Finalmente, à estimada Prof.a Fernanda Claudia Araújo da Silva, não somente pela orientação deste trabalho, mas, principalmente, pelo exemplo de alegria, compromisso e simplicidade no trato com as pessoas e de dignidade com o magistério.

A batalha pelo direito é um dever da pessoa cujos direitos foram violados para com ela mesma. (IHERING, 2016, p. 79).

RESUMO

A contratação de serviços pela Administração Pública é sempre objeto de dúvidas jurídicas por parte de servidores públicos, que temem deslizes puníveis pelos órgãos de controle. Delimitar os contornos do regime jurídico aplicável à contratação de serviços de alimentação (cantina/lanchonete/restaurante), de interesse da Administração, fornecidos em imóveis de instituições federais de ensino, ou seja, bens públicos afetados, em confronto com a interpretação de órgãos de controle sobre contratações com esse objeto é o escopo deste trabalho. Por meio de definições doutrinárias, constitucionais e legais de serviço público, bem público e procedimento licitatório, cotejou-se o resultado da pesquisa com a legislação pertinente e com o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) e da Consultoria-Geral da União (CGU), órgão integrante da Advocacia-Geral da União (AGU), sobre esse tipo de serviço – por eles considerados como serviços comuns, passíveis, por tanto, de licitação sob a modalidade pregão. De forma diversa dos órgãos de controle, revela-se que a contratação com esse objeto se dá por meio de regime de concessão de serviço público. As considerações trazidas servem para fomentar o debate acadêmico sobre o tema - que se apresenta de forma mais complexa do que tem sido hodiernamente enfrentado - e contribuir para entendimento e, conseqüentemente, aumento da efetividade de controle sobre a coisa pública, não só pelos órgãos e tribunais aos quais se atribui essa prerrogativa, mas por qualquer cidadão que se interesse pelo processamento de delegação de bens públicos a particular com finalidades lucrativas.

Palavras-chave: Direito administrativo. Bens públicos. Serviço Público. Licitação. Concessão.

ABSTRACT

The hiring of services by the Public Administration is always subject to legal doubts on the part of the public servants, who fear slips punishable by the control bodies. To delimit the contours of the legal regime applicable to the contracting of food services (canteen/ snack bar/restaurant), of interest to the Administration, provided in properties of federal educational institutions, that is, affected public goods, in comparison with the interpretation of the organs of control about that object is the scope of this paper. Through constitutional, legal and doctrinal definitions of public service, public good and bidding procedure, the result of the research was compared with the relevant legislation and the prevailing understanding of the Tribunal de Contas da União (TCU) and the Consultoria-Geral da União (CGU), member of the Advocacia-Geral da União (AGU), about this type of service - considered by them to be common services, therefore subject to bidding under the auction mode. In contrast to the control bodies, it is revealed that contracting with this object occurs through public service concession. The considerations brought serve to foster the academic debate on the topic - which presents itself in a more complex way than has been faced today - and contribute to understanding and, consequently, increasing the control capacity over public affairs, not only by the bodies and courts to which this prerogative is attributed, but by any citizen who is interested in processing the delegation of public goods to private individuals for profit purposes.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
2	SERVIÇO PÚBLICO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	17
2.1	Por que conceituar serviço público?.....	18
2.2	Titularidade.....	20
2.3	Princípios.....	21
2.4	Formas de prestação e remuneração.....	23
2.5	Classificação doutrinária de serviço público.....	24
3	BENS PÚBLICOS E SUA UTILIZAÇÃO POR AGENTES PRIVADOS.....	27
3.1	Classificação.....	28
3.1.1	<i>Abordagem administrativista.....</i>	28
3.1.2	<i>O caso de concessionários e permissionários.....</i>	29
3.2	Atributos.....	30
3.3	Formas de uso, concessão, permissão e autorização.....	31
3.3.1	Concessão.....	32
3.3.1.1	<i>Concessão de uso de bem público.....</i>	32
3.3.1.2	<i>Concessão de direito real de uso.....</i>	33
3.3.1.3	<i>Concessões de uso especial para fins de moradia.....</i>	33
3.3.2	Permissão.....	34
3.3.3	Autorização.....	34
3.4	Formas de aquisição e alienação.....	35
4	LICITAÇÃO PÚBLICA COMO PROCEDIMENTO VINCULADO À CONTRATAÇÃO PÚBLICA.....	37
4.1	Normas relacionadas.....	39
4.2	Pressupostos e objeto.....	40
4.3	Princípios licitatórios.....	41
4.4	Tipos licitatórios.....	44
4.5	Modalidades licitatórias.....	47
4.5.1	Concorrência.....	48

4.5.2	<i>Tomada de preços</i>	49
4.5.3	<i>Convite</i>	50
4.5.4	<i>Concurso, consulta, leilão</i>	51
4.5.5	<i>Pregão</i>	51
5	LICITAÇÕES ENVOLVEDO IMÓVEIS DE INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO	55
5.1	Lei nº 6.120/1974 e os imóveis das instituições federais de ensino	55
5.2	Identificação da finalidade da contratação como instrumento de definição do objeto a ser contratado	57
5.3	Interpretação dos órgãos de controle	57
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
	REFERÊNCIAS	77

1 INTRODUÇÃO

Utilizado como umas das justificativas à carga tributária de um Estado, o serviço público se caracteriza, sem maiores pretensões imediatas de aprofundamento do conceito, que se abordará de forma vertical mais adiante, como todo serviço prestado pelo Estado com vistas a atender às necessidades de sua população. Contudo, o particular também pode prestar serviço público mediante autorização, permissão ou concessão do Estado, tornando-se, assim, um agente público em sentido amplo.

A permissão e concessão concedidas ao particular, geralmente, operam-se antes do início da prestação dos serviços, sempre com supedâneo em legislação autorizativa que permite ao particular, em juízo próprio de oportunidade, decidir se lhe convém ou não prestar os serviços passíveis de concessão ou permissão.

Como exemplo de serviço público passível de prestação também pela iniciativa privada, pode-se citar a assistência à saúde, expressamente declarada no art. 199 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988).

Quando uma pluralidade de pessoas, naturais ou jurídicas, pleiteia fornecer/prestar determinado serviço público, de forma a superar os limites de necessidade, de capacidade ou de vontade do Estado, faz-se imperioso, mediante procedimento específico, determinar isonomicamente um ou alguns entre os interessados, em face da concorrência materialmente instituída. Após essa seleção, tem-se a geração do direito subjetivo entre o particular e o Estado em razão da relação em comum com objeto que os dois passam a ter. Esse procedimento de seleção é a licitação pública, que tem como norma basilar a Lei nº 8.666/1993 que, de modo geral, delimita os contornos em que o Estado escolhe - de forma clara, objetiva, transparente, equitativa e vantajosa -, um particular entre vários interessados.

Embora haja outras formas de o Estado se relacionar com o particular para consecução de seus objetivos, é por meio de procedimento licitatório, geralmente, que se deve operar a delegação de prerrogativas, tradição de bens e prestação de serviços, públicos ou não, com ou sem ônus para o Estado, de forma a possibilitar se colocar em pé de igualdade todos os concorrentes interessados, respeitado, entre outros, o princípio constitucional da isonomia, e garantindo que, entres os que tenham interesse em contratar com a Administração, será escolhido aquele que melhor se adegue aos interesses públicos tutelados pelo edital específico de uma contratação.

É com o propósito de permitir que o particular exerça, por sua conta e risco, certos poderes para a prestação de serviço público de interesse da Administração, seja como permissionário, seja como concessionário, que se delega ou se autoriza a prática de certos atos ao particular. Às vezes, essa autorização ou delegação vem acompanhada de algum bem público, como um imóvel. Todo esse procedimento se dá no intuito de que o particular preste serviço público a prováveis usuários, de forma mais ampla possível, sempre sob regime jurídico tipicamente administrativo, em que há predominância dos interesses públicos sobre o privado, que, ao contrário da igualdade formal, própria do direito privado, “desequilibra” a balança jurídica em favor da coletividade pública e em detrimento de interesses individuais e particulares.

Feitas essas considerações iniciais, pode-se finalmente expor que esta monografia pretende delimitar o regime jurídico aplicável à delegação de posse, em caráter temporário, de imóvel pertencente às instituições federais de ensino destinado à prestação de serviço que se buscará caracterizar como de interesse público.

Justifica-se o aprofundamento desse tema em razão de a legislação colocar contornos específicos, e pouco explorados, ao procedimento licitatório que envolve imóveis públicos - mais precisamente conceituados como bens de uso especial, como se verá oportunamente -, das instituições federais de ensino que, entre outras prerrogativas, tem a de conceder ao particular autorização à exploração econômica de serviços de seu interesse - como os de alimentação, por meio de restaurantes, cantinas ou lanchonetes - mas que não estão diretamente relacionados com suas atividades finalísticas, notadamente vocacionadas ao ensino, pesquisa e extensão.

Todas as instituições públicas de ensino, por razões óbvias, devem contar com algum suporte à alimentação de seus usuários, por iniciativa própria e exclusiva, o que se denomina como execução direta, ou por meio de execução indireta, operada, entre outros modos possíveis, pelos regimes de concessões ou permissões.

Dito isso, há uma necessidade clara de delimitação do regime jurídico em que se processa licitações com esse objetivo. Soma-se a isso a carência de trabalhos específicos que se debrucem sobre o tema e sedimentem um entendimento consolidado e acurado a ele relacionado, permitindo que gestores públicos façam a subsunção do objeto a ser licitado à legislação pertinente, tanto em prol dos imperativos normativos do devido procedimento licitatório, que é legalmente formal, quanto em face da consecução do objetivo imediato da licitação, que é encontrar a proposta mais vantajosa, o que não significa a mais barata, como se

constata pela contratação favorecida, perfeitamente legal e estimulada, de licitantes menos abastados economicamente, ou seja, do pequeno negócio.

A metodologia foi baseada em pesquisa bibliográfica de autores consagrados no ramo do direito administrativo, direcionada à apropriação de conceitos e definições, assim como características, espécies, origens e finalidades de institutos relacionados a serviços públicos, bens públicos e procedimento licitatório. Adicionalmente, procedeu-se à pesquisa legislativa no Portal da Legislação do Palácio do Planalto¹, sob os termos “licitação” e “licitações”, utilizando-se o conectivo “*or*”, que retorna pelo menos um dos dois termos. Do resultado obtido, excluíram-se da apreciação as normas que apresentavam revogação expressa segundo o próprio buscador. O mesmo procedimento foi realizado com os termos “concessão” e “concessões”. Dos dois resultados, partiu-se à leitura integral das normas expostas, de modo a filtrar as que eram pertinentes ao objeto deste trabalho.

Para este estudo, frisa-se que se tem por premissa que, por parte da Administração, não há interesse em se desfazer do bem em análise (o que é possível nos casos de imóveis públicos desafetados – conceito a ser posteriormente abordado), mas, sim, permitir que um particular explore economicamente imóvel público para prestação de serviços de interesse da Administração.

Do problema exposto, chega-se aos objetivos gerais e específicos.

De forma geral, busca-se determinar o regime jurídico aplicável às licitações que envolvam imóveis das instituições federais de ensino destinados à prestação de serviços de alimentação, de interesse da Administração. Especificamente, os objetivos são: a) apresentar o posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU) e Consultoria-Geral da União (CGU), órgão integrante da Advocacia-Geral da União (AGU) sobre esse tipo de contratação; b) identificar a natureza jurídica dos imóveis das instituições federais de ensino e dos serviços prestados nesses imóveis; c) delimitar a legislação adequada à licitação que envolva imóveis públicos das instituições federais de ensino, consideradas as suas finalidades; e d) indicar a modalidade e o (s) tipo (s) ou critério (s) adequados ao procedimento licitatório destinado à seleção da melhor proposta.

Com esses objetivos, este trabalho está em divido em cinco partes.

Na primeira parte, aborda-se o conceito de serviço público, caracterizando-o de acordo com a Constituição Federal de 1988 e o entendimento da doutrina sobre seus titulares,

¹<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=/legisla/legislacao.nsf%2FFrmConsultaWeb1%3FOpenForm%26AutoFramed>

princípios, formas de prestação e fontes de remuneração, bem como uma classificação destinada a caracterizar como serviço público ou não aquele prestado em imóveis públicos afetados.

Na segunda parte, que trata de bens públicos, identificam-se os critérios, a classificação, bem como as formas possíveis de uso, de aquisição e alienação da propriedade pública, assim como os respectivos conceitos de concessão, permissão e autorização relacionados a esses bens.

A terceira parte, a seu turno, trata de licitações públicas, numa visão panorâmica destinada a coligar as normas legais relacionadas ao objeto de estudo deste trabalho, destacando princípios e pressupostos licitatórios, e finalizando com os tipos e as modalidades de licitação passíveis de utilização em contratações públicas de uma forma geral.

Continuando, a quarta parte versa especificamente de licitações que envolvem imóveis de instituições federais de ensino - mais precisamente aqueles destinados a prestação de serviços de alimentação -, e das considerações gerais dos órgãos como TCU e CGU sobre esse tipo de contratação, ponderando-se sobre as várias limitações, até proibições legais e fáticas relacionadas à modalidade licitatória predominante indicada por aqueles órgãos nesse tipo de contratação até o momento.

Na quinta e última parte são feitas considerações finais que apontam caminhos legais mais adequados, segundo as variáveis consideradas, às contratações de serviços de alimentação, prestados com o usufruto de imóvel das instituições federais de ensino e custeados integralmente pelo usuário direto ou final.

2 SERVIÇO PÚBLICO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988), de forma clara, fez distinção expressa entre dois campos que se fundamentam em regimes distintos: a ordem econômica (art. 170 a 174) e o serviço público (art. 175 e 176).

A ordem econômica, também conhecida por domínio econômico, é o espaço de atuação próprio dos particulares, fundamentado na livre-iniciativa e na valorização do trabalho humano.

No art. 170 (CF/1988), são colocados os princípios da ordem econômica, a saber: I) soberania nacional; II) propriedade privada; III) função social da propriedade; IV) livre concorrência; V) defesa do consumidor; VI) defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII) redução das desigualdades regionais e sociais; VIII) busca do pleno emprego; IX) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Segundo essa divisão, ordem econômica e serviços públicos, a atuação estatal na primeira se dá, principalmente, como agente regulador e normativo, já que a exploração direta, ressalvados os casos previstos na Constituição, só será permitida, conforme art. 173 (CF/1988), quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, assim definidos em lei. Justificada a atuação estatal na ordem econômica², que pode ser em caráter exclusivo (monopolista) ou concorrencial, tal atuação se opera por meio das empresas públicas ou sociedade de economia mista.

Quando abordamos a área dos serviços públicos, temos a região onde se processa, tipicamente, a atuação estatal, passando os particulares a atuar nesse campo somente por meio

² Mesmo quando Estado atua na ordem econômica pode estar prestando serviço público. Como exemplo, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT: EMENTA REPERCUSSÃO GERAL. TRIBUTÁRIO. IPTU. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (ECT). IMUNIDADE RECÍPROCA (ART. 150, VI, A, CF). RELEVÂNCIA ECONÔMICA SOCIAL E JURÍDICA DA CONTROVÉRSIA. RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO. PRECEDENTES DA CORTE. RECONHECIMENTO DA IMUNIDADE RECÍPROCA. RATIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL (ART. 543-B, CPC). 1. Perfilhando a cisão estabelecida entre prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica, **esta Corte sempre concebeu a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como uma empresa prestadora de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado.** Precedentes. [...] (ARE 643686 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 11/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 03-05-2013 PUBLIC 06-05-2013, grifo nosso).

de regime de concessões ou permissões, processadas segundo o devido processo licitatório (art. 175 da CF/1988).

2.1 Por que conceituar serviço público?

De pronto, quando se trata de conceituar serviço público, pode-se apontar ausência de consenso doutrinário. De acordo com Bielsa (1955, p. 81, *apud* MEIRELLES, 2015, p. 417), o “conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade em cada momento histórico”.

Meirelles (2015) destaca que há conceituação orgânica, material ou formal, assim os critérios utilizados sejam o do agente prestador (Estado), o do objeto ou de suas características extrínsecas, respectivamente.

Mencionando suas origens na Escola do Serviço Público francesa, Di Pietro (2014, p. 100, grifo da autora) destaca três elementos, basicamente, necessários à definição, independente se optar por um conceito mais amplo ou restritivo de serviço público, quais sejam: “o **material** (atividades de interesse coletivo), o **subjeto** (presença do Estado) e o **formal** (procedimento de direito público)”.

Para Carvalho Filho (2014, p. 329), que desenvolve o tema sob o sentido objetivo³, ou seja, com foco na atividade em si, trata-se de “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”.

Há posição no mesmo sentido, que entende serviço público não somente aquele prestado pelo Estado, mas de quem haja em seu nome, não somente em razão da satisfação de necessidades essenciais, mas também secundárias. Assim,

serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades sociais essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado. (MEIRELLES, BURLE FILHO e BURLE, 2015, p. 418).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o conceito abarca, entre os prestadores, o particular, desde que resguardado em devida delegação pelo ente público, configura-se como serviço público

³ Carvalho Filho (2014, p. 327) afirma que, em sentido subjetivo, o paradigma são os órgãos que prestam os serviços à coletividade.

toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público. (DI PIETRO, 2014, p. 107).

A autora não faz distinção entre necessidades essenciais e secundárias.

Por sua vez, Celso Antonio Bandeira de Mello entende como serviço público

toda atividade de oferecimento de utilidade e comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente aos seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo". (MELLO, 2009, p. 671).

Madauar (2007. p. 313), por seu turno, conceitua serviço público como algo que “refere-se à atividade prestacional em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva” que, em razão do art. 175 (CF/1988) pode se dá de forma indireta, sob regime de concessão ou permissão.

De forma ampla, Araújo (2010, p. 123) define, em sentido amplo, como “toda atividade exercida pelo Estado, através de seus Poderes (Legislativo, Executivo, Judiciário) para realização direta ou indireta de suas finalidades.” O mesmo autor, de forma mais restrita, define como ser serviço público

todo aquele o Estado exerce diretamente ou indiretamente para a realização de suas finalidades, mas somente pela Administração, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional, sob normas e controles estatais, para satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado. (ARAÚJO, 2010, p. 123)

Dos conceitos apresentados, pode-se observar que, em comum, todos defendem que serviços públicos: i) operam-se sob regime de direito público, seja de forma integral ou predominante; ii) destinam-se à satisfação da coletividade (seja essa satisfação primária, seja secundária); iii) são prestado pelo próprio Estado ou pelos seus delegados; iv) referem-se a uma atividade material (concreta); v) são de titularidade do Estado.

Faz-se mandatório destacar, no entanto, que, devido a possibilidade de aplicabilidade de normas de direito privado, fala-se também em regime parcialmente público, dada a possibilidade de incidência de, por exemplo, normas do direito do consumidor em relações que envolvem prestação de serviços públicos. Como exemplo, pode-se indicar o art.

7º da Lei nº 8.987/1995 (Lei das Concessões) que permite explicitamente a aplicabilidade da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) ao campo dos direitos dos usuários, de forma subsidiária, especialmente após a edição da Lei nº 13.460/2017 (Código de Defesa dos Usuários dos Serviços Públicos), que também reafirmou o campo de aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 13.460/2017, art. 1º, § 2º, II), quando a caracterizada a relação de consumo.

Por fim, cabe uma breve diferenciação entre o que a doutrina entende por serviço público *uti singuli* e *uti universi*.

Uti singuli são os caracterizados pela prestação com possibilidade de determinação do usuário, que os utilizada de forma individual e passível de mensuração, a exemplo do que ocorre com o telefone, a água e a energia elétrica domiciliares. (MEIRELLES, BURLE FILHO e BURLE, 2015).

Já os *uti universi* são aqueles prestados pela Administração, sem que haja a possibilidade de determinação dos usuários, com vistas à necessidade coletiva com um todo, a exemplo dos serviços de segurança pública, iluminação pública e calçamento. (MEIRELLES, BURLE FILHO e BURLE, 2015).

A conceituação e classificação apresentadas é necessária para explicitar que a abordagem deste trabalho é determinada, por tanto, pelo sentido estrito ou *uti singuli*, de forma que se entende como serviço público a atividade material estabelecida pela lei ou pela Constituição como obrigação estatal, prestada diretamente ou indiretamente pelo Estado, por meio de outorga ou delegação, com objetivo de beneficiar individualmente o usuário do serviço com alguma comodidade ou utilidade que se sujeite, de forma predominante, a regime de direito público.

2.2 Titularidade

Como mencionado anteriormente, a titularidade de um serviço público é sempre de uma pessoa jurídica de direito público, ou seja, respeitada a repartição de competência imposta pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais, os serviços públicos são titularizados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como por suas respectivas autarquias, associações públicas e fundações públicas, por meio de outorga.

Como a titularidade cabe aos entes públicos supramencionados, institutos como a concessão e a permissão transferem apenas a prestação do serviço, permanecendo sempre a

titularidade a cargo ente público, mesmo que a concessão ou permissão se opere por meio de pessoa jurídica de direito privado integrante da Administração Indireta, atuante na esfera da ordem econômica, a exemplo do que ocorre com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que presta serviço postal cuja titularidade permanece, por força do art. 21, X, da CF/1988, com a União.

2.3 Princípios

Além dos princípios gerais do Direito Administrativo, os serviços públicos se submetem, segundo Mazza (2015) a princípios específicos, a saber: a) adequação, b) obrigatoriedade, c) atualização (modernidade ou adaptabilidade), d) universalidade (generalidade), e) modicidade das tarifas, f) cortesia, g) transparência, h) continuidade, i) igualdade, j) motivação, l) controle, m) regularidade, n) eficiência e o) segurança.

O princípio da adequação diz respeito à forma definida e adequada à prestação do serviço, estabelecida pela lei e pelo contrato, como assevera Mazza (2015), de modo que submete tanto a Administração quanto o particular delegado que o presta. Considera-se como adequado, conforme § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/1995, aquele serviço que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas.

O princípio da obrigatoriedade submete o Estado à prestação do serviço, estabelecendo-o como dever e não como faculdade, o que não impede que haja outorga ou delegação do serviço, segundo art. 175 (CF/1988).

O princípio da atualização, também conhecido como da modernidade ou adaptabilidade, relaciona-se com a técnica empregada na prestação do serviço, que deve ser condizente com a época da prestação (Lei nº 8.987/1994, art. 6º, § 2º). Com base nesse princípio, estaria proibido, por exemplo, o uso de máquinas de escrever para serviços que já se utilizam hodiernamente de computadores.

O princípio da generalidade determina que o serviço possa ser oferecido ao máximo de usuários possível, de forma abrangente (MAZZA, 2015).

O princípio da modicidade (palavra que vem de módico, barato) das tarifas estabelece que o valor do serviço, quando cobrado⁴, deve ser o menor possível, de modo o proporcionar a maior quantidade de possíveis usuários assistidos. Esse princípio tem relação

⁴ Oportunamente será identificado o caráter jurídico dessa cobrança em maiores detalhes.

direta com o princípio da generalidade. Ressalta-se que o menor valor da tarifa é um dos critérios estabelecidos (Lei nº 8.987/1995, art. 9º e 11) para seleção do vencedor de concorrência pública para delegação de concessão de serviço público.

O princípio da cortesia⁵ se relaciona com a urbanidade e a educação, para com o usuário, na prestação dos serviços.

O princípio da transparência determina a obrigação do poder concedente e da concessionária de fornecer informações para defesa de direitos individuais e coletivos (Lei nº. 8.987/1995, art. 7º, III).

O princípio da continuidade determina que o serviço deve ser prestado sem interrupção, de forma contínua⁶. Contudo, não caracteriza descontinuidade do serviço quando a interrupção for causada por emergência ou após aviso prévio, quando motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações e por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade (Lei nº 8.987/1995, art. 6º, § 3º).

O princípio da igualdade determina ausência de privilégios ou discriminações em favor de tratamento isonômico que, sob condições específicas, contudo, pode contrabalançar serviços prestados a usuários em condições fáticas destacadas, a exemplo do que ocorre em transporte coletivo adaptado às necessidades de pessoas com deficiência (MAZZA, 2015).

Pelo princípio da motivação (art. 50 da Lei nº 9.784/1995), tem-se como obrigatória a fundamentação das decisões relacionadas à prestação do serviço. França (2007, p. 96), motivação é “o discurso que oferece ao destinatário do ato administrativo, bem como à coletividade, os aspectos fáticos e jurídicos que outorgam legitimidade à decisão administrativa no caso concreto”.

O princípio do controle submete à fiscalização a prestação dos serviços (art.3º da Lei nº 8.987/1994), tanto internamente, quando pela via judicial (CF/1988, art. 5º, XXXV).

O princípio da regularidade se relaciona com os horários e condições de prestação do serviço, considerados os interesses coletivos, de modo que não haja inconstância ou atrasos (MAZZA, 2015).

⁵ Este é um dos princípios que receberam críticas de Lenio Luiz Streck, em artigo intitulado *O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito*. Segundo o autor, o princípio da cortesia quer “dizer que a prestação de serviço público demanda um bom tratamento do público. Pergunto: poderia ser diferente? E quem não atender bem? Esse ‘princípio’ terá normatividade para demitir ou punir de alguma forma o funcionário? Não querendo ser descortês, mas, qual é a sua efetiva serventia?”

⁶ O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), em seu art. 22, determina que os serviços essenciais sejam prestados de forma contínua e os demais, sejam prestados direta ou indiretamente, de forma adequada, eficiente e segura.

O princípio da eficiência determina o máximo aproveitamento da relação entre os recursos empregados e os resultados obtidos (JUSTEN FILHO, 2016).

Por fim, o princípio da segurança determina a manutenção da segurança da coletividade e a ausência de risco à integridade do usuário (MAZZA, 2015).

2.4 Formas de prestação e remuneração

Os serviços públicos podem ser prestados direta ou indiretamente, podendo ser, neste último caso, além de outros regimes, por outorga ou delegação.

A prestação direta é aquele em que o próprio Estado (Administração Pública direta) realiza o serviço, que pode se operar de modo exclusivo pelo Estado ou com o auxílio de particulares.

Entende-se como prestado pessoalmente pelo Estado quando órgãos públicos promovem o serviço, a exemplo da expedição da carteira de identidade pela Secretaria de Segurança Pública de um estado. Para esses casos, caso haja cobrança motivada pela referida prestação, a remuneração pela prestação é a taxa, espécie de tributo.

Já a prestação com auxílio de particulares se dá quando há particular atuando em nome do Estado, após seleção em devido procedimento licitatório. Nesses casos, havendo algum dano em razão da prestação, mesmo sendo o serviço prestado com o auxílio de particulares, a responsabilidade é exclusiva do Estado.

A prestação indireta por outorga, por sua vez, é aquela caracterizada pela prestação por pessoas jurídicas especializadas ligadas ao Estado, sendo criadas ou tendo a criação autorizada por meio de lei específica. É o caso das autarquias, fundações e associações públicas, empresas públicas e sociedade de economia mista. Nesses casos, também, natureza da remuneração paga pelo usuário ao prestador é tributária, na forma de taxa. Contudo, o Estado (Administração Pública direta) responde apenas subsidiariamente em caso de dano, já que a entidade criada é responsável objetiva e diretamente pelos serviços que oferece.

O caso de prestação indireta por delegação é o caracterizado pela concessão ou permissão, que se realiza após a devida licitação, com base em previsão em lei específica - caso em que será concessão -, ou autorização legislativa, para os casos de permissão.

Significativo salientar que a prestação indireta por delegação só pode ocorrer para casos de serviços públicos *uti singuli*, respondendo o concessionário ou permissionário direta e objetivamente pelos danos causados, restando ao Estado apenas a responsabilidade subsidiária.

Aqui a remuneração paga pelo usuário tem natureza jurídica de tarifa ou preço público, cabendo à concedente, porém, a responsabilidade intransferível pela fiscalização da prestação do serviço.

No que diz respeito à responsabilidade do prestador do serviço por danos causados a usuários ou a terceiros, tem-se que é sempre objetiva, independentemente se prestado diretamente ou indiretamente, por concessionários ou permissionários, configurando-se como verdadeiro direito do usuário. A exceção fica a cargo dos danos causados por omissão, uma vez que as condutas omissivas se apoiam em responsabilidade subjetiva, onde se faz necessário a prova de culpa, conforme entendimento do STF⁷.

Financiados os serviços públicos *uti singuli* por meio de tarifa ou preço público (para casos de concessão e permissão), sem natureza tributária, e por taxa (quando há prestação do serviço diretamente pelo Estado), com natureza tributária, resta aos impostos a fonte de financiamento dos serviços públicos *uti universi*.

2.5 Classificação doutrinária de serviço público

Entre as formas de classificação dos serviços públicos, destacam-se as de Meirelles, Burle Filho e Burle (2015) e Mello (2009).

Para Meirelles, Burle Filho, Burle (2015), os serviços públicos podem ser classificados a partir de critérios de essencialidade, adequação e finalidade.

Quanto à essencialidade, dividem-se entre i) serviços públicos propriamente ditos e ii) serviços de utilidade pública. No primeiro caso, tem-se os serviços tidos como indispensáveis e necessários à sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, a exemplo da defesa nacional. No segundo, tem-se serviços que, embora dispensáveis, são convenientes e oportunos, na medida em ameniza dificuldades da vida do indivíduo, a exemplo do fornecimento de energia elétrica⁸.

⁷ EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: ESTUPRO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALHA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º.

I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. (RE 407.203-4/RS. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ: 07/03/2006).

⁸ A essencialidade ou não atribuída à prestação de serviços de energia elétrica, legalmente considerada como mercadoria para fins de incidência do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, é muito debatida no ramo do direito tributário. O art. 155, § 2º, III da CF/1988 permite seletividade (gradação) da alíquota do ICMS, em função da essencialidade da mercadoria ou serviço. A lei que disciplina a matéria no estado do Ceará (Lei nº

Quanto à adequação, os serviços classificam-se em i) serviços próprios do Estado e ii) impróprios do Estado. Os primeiros são aqueles tidos como atribuições essenciais do Poder Público e prestados, geralmente, diretamente pelo Estado, de modo gratuito ou mediante baixa remuneração, a exemplo da saúde e da segurança pública. Os seguintes são os que não afetam substancialmente as necessidades da coletividade e, por isso, podem ser outorgados às entidades descentralizadas ou delegados a particulares, a exemplo do que ocorre com serviços de telefonia.

Por fim, quanto a finalidade, os serviços são classificados como i) serviços administrativos ou ii) industriais. Os primeiros são destinados à satisfação das necessidades internas da Administração, a exemplo de serviços de reprografia. Os seguintes se baseiam em exploração econômica de atividade capaz de produzir lucro e renda para o prestador, a exemplo do que ocorre com vendas de refeições e lanches em lanchonetes e restaurantes em imóveis da Administração.

Para Mello (2009), com base na CF/1988, os serviços públicos podem ser divididos em quatro categorias: i) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado; ii) serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder; iii) serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade; e iv) serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não prestando, terá de promover-lhes a prestação, mediante concessão ou permissão.

Os serviços i) são aqueles que o Estado não pode delegar a particulares, a exemplo do serviço postal e do correio aéreo nacional (art. 21, X, da CF/1988). Os ii) são aqueles que, por determinação constitucional, devem ser explorados simultaneamente pelo Estado e por particulares, como serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 21, XII, a, da CF/1988). Os iii) são os que somente quando prestados pelo Estado são considerados públicos, a exemplo de saúde e educação, sendo inadmissível a prestação exclusiva por particulares. Finalmente, os serviços iv) são serviços que devem ser obrigatoriamente prestados, independentemente de ser pelo Poder Público ou por particular, por meio de concessão ou permissão, a exemplo do gás canalizado (art. 25, § 2º, da CF/1988).

12.670/1996), em art. 44, I, define em 25% a alíquota aplicável à energia elétrica, que é posta ao lado de produtos como bebidas alcoólicas, armas e munições, fogos de artifício, fumo, cigarros e demais artigos de tabacaria, joias, aviões ultraleves e asas-deltas, claramente sendo considerada como mercadoria não essencial, o que, no mundo atual, afigura-se como absurdo sem maiores necessidades comprobatórias.

3 BENS PÚBLICOS E SUA UTILIZAÇÃO POR AGENTES PRIVADOS

Segundo art. 98 do Código Civil de 2002, "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 pertence". Contudo, segundo Enunciado 287 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal,

O critério da classificação de bens indicado no art. 98 do Código Civil não exaure a enumeração dos bens públicos, podendo ainda ser classificado como tal o bem pertencente a pessoa jurídica de direito privado que esteja afetado à prestação de serviços públicos. (CJF, 2020)

Em razão da restrita definição de bens públicos na legislação brasileira, especialmente pela existência de bens públicos regidos por princípios de direito privado, há divergentes correntes na doutrina objetivando sua conceituação (MAZZA, 2015).

Do ponto de vista do Direito Administrativo, segundo Mazza (2015), temos as correntes exclusivistas, inclusivistas e mistas, sobre as quais se discorre a seguir.

Para Carvalho Filho, adepto da corrente exclusivista, adotada pelo Código Civil de 2002, são bens públicos

todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertencem às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a união, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nesta incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1.157).

O problema dessa corrente está em excluir os bens das empresas públicas e sociedade de economia mista do conceito de bens públicos, assim como aqueles que pertencem às concessionárias e permissionárias de serviços públicos que, segundo Enunciado nº 287 do CJF/STJ, conforme já comentado, quando afetados à prestação de serviços públicos, são considerados bens públicos, o que os qualifica à proteção da impenhorabilidade, enquanto durar a afetação.

A corrente inclusivista, na qual se incluem Meirelles, Burle Filho e Burle (2015) e Di Pietro (2014) entende como bens públicos a totalidade dos bens que pertencem à Administração Pública, seja direta, seja indireta, não clarificando, entretanto, as diferenças dos regimes jurídicos aplicáveis aos bens afetados (particulares ou públicos) à prestação de serviço público e àqueles dedicados simplesmente à exploração de atividade econômica, como os que integram o patrimônio de empresas públicas e sociedades de economia mista.

A corrente mista, por sua vez, entende, de forma intermediária, que são públicos tanto os bens particulares afetados à prestação de serviços públicos quanto os que pertencem às pessoas jurídicas de direito público. Dela é adepto Mello (2009).

3.1 Classificação

Conceituado bem público, ainda na esteira da concepção do CC/2002, tais bens se classificam em: i) de uso comum do povo, ii) de uso especial e iii) dominicais (art. 99, I a III, CC/2002).

Os de uso comum do povo são os rios, mares, estradas, ruas e praças, não se limitando, contudo, a esses exemplos (*numerus apertus*).

Os exemplos, também exemplificativos e não taxativos, de bens públicos de uso especial são os edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração (federal, estadual, distrital ou municipal - inclusive suas respectivas autarquias, fundações etc.).

Os dominicais são aqueles que integram o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público como objeto de direito pessoal, ou real, de cada um dos entes ou entidades, sendo assim considerados todos aqueles que se tenha dado estrutura de direito privado, sendo, portanto, disponíveis, não colocando a lei em sentido contrário.

Oportunamente, assenta-se que, além dos bens sujeitos à domínio público e privado, há coisas sem dono, conhecidas como *res nullius*, cujo ordenamento jurídico não abarca por serem inapropriáveis, a exemplo da luz, ou condicionadamente inapropriáveis, como animais selvagens. (MOREIRA NETO, 2009).

3.1.1 Abordagem administrativista

Sob o prisma do direito administrativo, os bens públicos se classificam, de forma geral, de acordo com critérios de titularidade, de disponibilidade e de destinação.

Quanto à titularidade, podem ser federais, estaduais, distritais ou municipais, assim pertençam a um desses entes⁹.

Quanto à disponibilidade, segundo Mazza (2015), são i) bens indisponíveis por natureza, ii) bens patrimoniais indisponíveis e iii) bens patrimoniais disponíveis.

⁹ A administração indireta, composta pelas autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações públicas, fundações públicas etc. possuem patrimônio próprio (Decreto-Lei nº 200/1967).

Os bens indisponíveis por natureza são aqueles que "por sua condição não patrimonial são insuscetíveis à alienação ou à oneração." (MAZZA, 2015, p. 707). Aqueles em que se convencionou civilmente chamar de bens públicos de uso comum do povo, mas que conservam uma natureza inalienável, como os mares, o ar, a fauna, a flora etc. Os bens patrimoniais indisponíveis, embora passíveis, faticamente, de alienabilidade, são legalmente inalienáveis. Também constituem os de uso comum do povo, como praças, ruas etc., acrescidos dos de uso especial, como prédios públicos. Os bens patrimoniais disponíveis, por seu turno, são aqueles em que é legalmente permitida alienação, como os bens dominicais.

Finalmente, quanto à destinação, podem ser os de uso comum do povo, de uso especial e dominicais, tal qual classifica o CC/2002.

Moreira Neto (2009) classifica os bens públicos também em acidentais e necessários. Acidentais seriam aqueles que foram incorporados ao domínio público, como automóvel particular que vai a leilão, após apreendido e não resgatado. Necessários são os que foram constituídos ou estariam desde sempre a serviço do interesse público, como a natureza, a sede de um Poder etc.

3.1.2 O caso de concessionários e permissionários

De modo geral, as concessões e permissões são delegadas às pessoas jurídicas privadas, embora seja possível, como já mencionado, a atribuição dos serviços públicos à pessoa jurídica integrante da Administração Indireta, também por meio de concessões e permissões que, nesse caso, processam-se por outorga.

Quando tomados pelo o que está posto no art. 98 do CC/2002, os bens que integram o patrimônio das pessoas jurídicas de direito privado, concessionárias ou permissionárias de serviços público, não são bens públicos. Porém, há entendimento diverso do Superior Tribunal de Justiça – STJ, satisfeitas as condições já mencionadas pelo Enunciado nº 287 do CNJ/STJ.

3.2 Atributos

Em regra, os bens de uso comum do povo e de uso especial têm como atributos a inalienabilidade (art. 100, CC/2002) e a imprescritibilidade (art. 102, CC/2002).

A inalienabilidade diz respeito a proibição de transferência de domínio, conforme definição do CC/2002. Há quem entenda que maior precisão terminológica seria empregada

com o termo alienabilidade condicionada, em vez de inalienabilidade, para se referir a esse atributo do bem público, dado que “em algumas situações especiais, os bens públicos não podem ser alienados”, mas “[...] não é menos certo que, na maioria das vezes, podem ser alteradas tais situações de modo a tornar possível a alienação.” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1169).

Essa inalienabilidade, porém, quando confrontada sob o broquel das licitações, em capítulo mais adiante, será abordada em interpretação mais flexível, em terminologia mais ampliativa do termo alienação, que, no geral, significa a possibilidade de venda, como as que são permitidas quando se trata dos bens dominicais.

Em decorrência da inalienabilidade condicionada¹⁰, segundo Rocha (2005, p. 33), os bens públicos não podem ser "embargados, hipotecados, desapropriados, penhorados, reivindicados, usufruídos, nem objeto de servidão". Discorda-se, contudo, do autor em relação a possibilidade de usufruto, haja vista nosso objeto de estudo ser um imóvel, de propriedade de uma instituição federal de ensino, destinado à prestação de serviços de alimentação por particular, selecionado via procedimento licitatório e que, por óbvio, com a devida autorização da Administração, está sendo usufruído.

Importante acentuar que os bens de empresas públicas e de sociedade de economia mista, quando afetados à prestação de serviços públicos, em regime não concorrencial, também são inalienáveis e, por conseguinte, impenhoráveis, devendo toda a execução contra a Fazenda Pública ocorrer por precatórios, conforme estabelece art. 100 da CF/1988¹¹.

A imprescritibilidade diz respeito à insuscetibilidade de aquisição por prescrição da propriedade ou, em outros termos, por usucapião¹² (CC/2002, art. 102). Há entendimento, contudo, defendido por Rocha (2003), que os bens dominicais que não respeitem a condição de função social da propriedade estão sujeitos à usucapião, assim como as terras devolutas (art. 2º da Lei nº 6.969/1981).

¹⁰ Exemplo de possibilidade de alienação de bem público pode ser encontrada na Súmula n. 103/STJ, que inclui entre os imóveis funcionais que podem ser vendidos os administrados pelas Forças Armadas e ocupados pelos servidores civis.

¹¹ Neste sentido, RE 599628/DF. Relator: Ministro Ayres Brito. DJ: 25/05/2011.

¹² Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. (CF/1988).

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. (CF/1988).

Os bens dominicais, por sua vez, podem ser alienados, assim como, em princípio, os de uso comum do povo e de uso especial, desde que desafetados¹³ para que, assim, passem a integrar o conjunto dos bens dominicais, conforme disposição constitucional: “Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.” (BRASIL, 1988).

O atributo da não onerabilidade se relaciona com a impossibilidade de gravame de ônus real sobre bens públicos.

3.3 Formas de uso, concessão, permissão e autorização

Inicialmente, esclarece-se que as formas de uso não se confundem com as espécies de bens públicos, uma vez que um bem de uso comum do povo, como uma praça, admite a forma de uso privativa para a realização de uma feira, por exemplo.

Para Mazza (2015), as formas de uso são i) uso comum, ii) uso especial, iii) uso compartilhado e iv) uso privativo.

O uso comum se caracteriza pela ausência de necessidade de autorização do Poder Público, estando o bem costumeiramente aberto ao uso coletivo. Contudo, o uso comum do bem público pode ser a título gratuito ou oneroso, conforme se extrai do art. 103 do CC/2002¹⁴.

O uso especial é caracterizado pelo consentimento estatal, mediante regras próprias, podendo ser remunerado ou gratuito, a exemplo de uma rodovia pedagiada (MAZZA, 2015).

O uso compartilhado envolve a utilização, por pessoas jurídicas públicas ou privadas, de bens de outras pessoas jurídicas públicas, a exemplo de uma estação de metrô (propriedade de titularidade estadual) que se instala em uma praça (propriedade de titularidade municipal).

O uso privativo envolve a utilização de bem público, mediante outorga jurídica específica - o que acaba por excluir as demais pessoas - a pessoa determinada, em caráter temporário, caracterizada pela "privatividade, instrumentalidade formal, discricionariedade, precariedade e regime de direito público." (MAZZA, 2015, p. 714).

¹³ Da lição de Carvalho Filho (2014), a desafetação, assim como a afetação, dá-se por fato administrativo, desnecessário sendo, segundo o autor, homologação por meio de ato administrativo, conforme assevera parte da doutrina. Para ele, a afetação e a desafetação podem ocorrer prescindindo de qualquer formalidade, como a representada por ato administrativo, a exemplo de prédio público onde funciona escola que, após incêndio, passa imediatamente da categoria de bem público de uso especial para bem dominical, desafetando-se, por tanto.

¹⁴ Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem. (BRASIL, 2002).

As formas de uso privativo de bens públicos, que se estendem dos bens de uso comum, passando pelos de uso especial, até os dominicais, são delegadas, como já dito, a particulares, em caráter geralmente precário e temporário. Os principais instrumentos para essa delegação são a concessão, a permissão e a autorização. Adiante, cada uma dessas formas será devidamente versada.

O aforamento, segundo Moreira Neto (2009), por sua vez, que também é uma modalidade de uso privativo de bem público imóvel, assenta-se em um direito real administrativo de posse, uso, gozo e parcial disposição que ficam a cargo do particular, nesse caso tido como foreiro ou enfiteuta, a quem cabe o domínio útil, enquanto o Estado mantém o domínio direito. A constituição de novos aforamentos foi proibida pelo art. 2.038 do CC/2002.

3.3.1 Concessão

Basicamente, as concessões podem ser de uso de bem público, de direito real de uso e de uso especial para fins de moradia.

3.3.1.1 Concessões de uso de bem público

As concessões de uso de bem público se formalizam pelo contrato administrativo, o que, pelo próprio conceito de contrato, envolve bilateralidade, em que, após prévia licitação, delega-se o uso privativo do bem público, por prazo determinado, a particular.

O uso do bem, contudo, deve observar a finalidade prevista, podendo tal utilização se realizar de forma gratuita ou onerosa por parte do concessionário.

Como se processam por prazo determinado em instrumento contratual, rescindindo a Administração o contrato antes do prazo, no caso de concessões de concessões de uso de bem público, indenização ao concessionário pode ser cabível, caso esse não incorra em culpa.

Nessa espécie de concessão, há predominância de interesse público sobre o privado, já que a Administração tem objetivo finalidade específica para o bem concedido.

Embora a Lei nº 8.666/1993 não deixe claro a modalidade adequada para esse tipo de objeto, de forma geral, quando se refere à alienação de seus imóveis, a lei se acena predominantemente à modalidade concorrência, com pequena variação para a modalidade leilão. Na Lei nº 8.987/1995, contudo, fica claro que a modalidade apropriada é a concorrência. Embora não declare explicitamente concessão de imóveis, em diversos pontos a lei se refere a

bens que serão concedidos ao particular, devendo ser conservados por ele e revertidos ao poder pleno da Administração quando venha a termo a contratação.

3.3.1.2 Concessões de direito real de uso

A concessão de direito real de uso pode ter como objeto terreno público e espaço aéreo, com vistas à regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. (Decreto-Lei nº 271/1967, art. 7º).

Valioso que se esclareça que, ao contrário da concessão de uso de bem público, de natureza pessoal, a concessão de direito real 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. (Decreto-Lei nº 271/1967, art. 7º, §4º).

Descartados os casos em que é dispensada, esse tipo de concessão deve se operar na modalidade concorrência (Lei nº 8.666/1993, art. 23, § 3º), sob o tipo maior lance ou oferta (Lei nº 8.666/1993, art. 45, § 1º, IV).

3.3.1.3 Concessões de uso especial para fins de moradia

A concessão de uso especial para fins de moradia veio com base no art. 1º da Medida Provisória nº 2.020/2001, com redação dada pela Lei nº 13.465/2017 que, regulamentando § 1º do art. 183 da CF/1988, estabelece, *in verbis*:

Art. 1o Aquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas, e que o utilize para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. (BRASIL, 2017).

Com a alteração trazida pela Lei nº 13.465/2017, o prazo final para tal concessão passou de 30 de junho de 2001 a 22 de dezembro de 2016, estendendo-se, assim, em mais de quinze anos.

3.3.3 Permissão

Em posição intermediária entre a concessão e a autorização, a permissão se aproxima da autorização, quanto a precariedade do ato, e da concessão, quanto a existência de interesse envolvido, predominantemente público. Mantém, assim como a autorização, a unilateralidade e a discricionariedade.

Na permissão, assim como na concessão, o particular é obrigado a fazer uso do bem e/ou serviço objeto da permissão (obviamente mantendo a destinação específica), que se materializa, por força do art. 2º da Lei nº 8.666/1993, mediante prévia licitação.

Em relação ao prazo, devido ao caráter precário, pode ser esse indeterminado, porém, uma vez estabelecido e não respeitado por parte da Administração, pode gerar à Administração o dever de indenizar.

A precariedade e o caráter obrigacional ao qual se submetem os permissionários em relação a Administração, geralmente, diminuem o interesse do particular que tenha que arcar com algum investimento significativo para a contratação desse tipo de uso privativo.

Os imóveis das instituições federais de ensino, objeto deste estudo, conforme Lei nº 6.120/1974, não podem ser objeto de permissão ou concessão gratuita.

3.3.4 Autorização

A autorização de uso de bem público se caracteriza pela expedição de simples ato administrativo, unilateral (diferentemente das concessões, que são contratos administrativos), sem prévia licitação, em atendimento a interesse basicamente privado, mediante discricionariedade do poder autorizador e revestido de precariedade.

Devido essa precariedade, é ato que geralmente não estipula prazo, podendo ser revogado a qualquer tempo. Porém, uma vez estipulado prazo, o não cumprimento por parte da Administração, assim como na permissão, pode ensejar direito de indenização ao particular.

Como da autorização não se originam direitos, dispensa-se aplicação de lei para delegação de autorização, observando-se, necessariamente, todavia, as condições da validade do negócio jurídico (art. 104, I a III, CC/2002) que se realizará no local.

3.4 Formas de aquisição e alienação

De acordo com Moreira Neto (2009), as formas de aquisição dos bens públicos são:

- a) contrato;
- b) usucapião (art. 1.238 do CC/2002);
- c) desapropriação (art. 5º, XXIV, da CF/1988);
- d) acessão (art. 1.248 do CC/2002);
- e) aquisição *causa mortis*;
- f) arrematação;
- g) adjudicação (art. 876 do CPC/2015);
- h) resgate na enfiteuse (art. 693 do CC/1916);
- i) dação em pagamento (art. 156, XI, do CTN/1966); e
- j) por força de lei (*ex vi legis*).

Já as formas de alienação dos bens públicos, segundo Carvalho Filho (2014), são:

- a) venda (art. 17 da Lei nº 8.666/1993);
- b) doação a outro órgão ou entidade pública (art. 17. I, b da Lei nº 8.666/1993);
- c) permuta (art. 17. I, c da Lei nº 8.666/1993);
- d) dação em pagamento (art. 356 do CC/2002);
- e) concessão de domínio (art. 17, § 2º, da Lei nº 8.666/1993);
- f) investidura (art. 17, § 3º, da Lei nº 8.666/1993);
- g) incorporação;
- h) retrocessão (art. 519 do CC/2002); e
- i) legitimação de posse (art. 1º da Lei nº 6.383/1976).

4 LICITAÇÃO PÚBLICA COMO PROCEDIMENTO VINCULADO À CONTRATAÇÃO PÚBLICA

A finalidade da licitação, em termos gerais, é extraída da sua legislação basilar (Lei nº 8.666/1993). A lei não determina uma finalidade, mas três: i) buscar da melhor proposta; ii) proporcionar oportunidades iguais aos interessados em participar; e iii) promover o desenvolvimento nacional sustentável.

A melhor proposta, ou mais vantajosa, necessariamente passa, segundo exegese do TCU¹⁵, por uma ponderação entre necessidade, preço e qualidade do produto ou serviço, onde nem sempre o mais vantajoso é o de menor preço, na medida em que a qualidade do produto ou serviço não atenda às necessidades da Administração, ou, ainda, o de maior qualidade, uma vez que essa superior qualidade pode elevar o preço, excedendo as necessidades da Administração para o caso concreto.

As oportunidades iguais aos participantes, consagrada do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, vêm na esteira de observância do princípio constitucional da isonomia (ou da igualdade), que, nas palavras de Bulos (2002, p. 79), objetiva “aquinhoar igualmente os iguais e desigualmente as situações desiguais”.

A promoção do desenvolvimento nacional sustentável está relacionada também, entre outras coisas, com a solidariedade intergeracional, ou seja, a preservação de recursos naturais às gerações presentes e futuras. (PAULA, 2017).

Segundo STF, desenvolvimento sustentável é

crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. (ADPF 101/DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ: 24/06/2009).

Em outras palavras, seria um justo equilíbrio entre as exigências da economia e da ecologia, como também definiu o STF¹⁶, em outro momento.

¹⁵ A indicação ou a preferência por marca só é admissível se restar comprovado que a escolha é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da Administração. A licitação não tem por objetivo, necessariamente, a escolha do produto ou do serviço de melhor qualidade disponibilizado no mercado. (Acórdão TCU 559/2017 – Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. DS: 29/03/2017)

¹⁶ A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. O princípio do desenvolvimento sustentável, além

Para conceituar licitação, colaciona-se, a seguir, o embasamento doutrinário a respeito do tema.

Para Mello,

licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. (MELLO, 2009, p. 517).

Segundo Justen Filho (2016), trata-se de um procedimento voltado à seleção da proposta mais vantajosa, que deve observar o princípio da isonomia, operado mediante ato administrativo prévio, disciplinado por lei, e dirigido por órgão detentor de competência para tal.

Já para Di Pietro, trata-se de

procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato. (DI PIETRO, 2014, p. 373).

Em seu turno, para Meirelles (2015, p. 310), "é o procedimento administrativo mediante o qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa o contrato de seu interesse".

Assim, entende-se licitação¹⁷ como instituto com natureza jurídica de procedimento administrativo, delimitado por lei e por ato convocatório, em regra, obrigatório, mediante o qual a Administração Pública, no exercício da função administrativa, poderá realizar contratações destinadas à consecução dos seus objetivos diretos ou indiretos, após seleção entre possíveis interessados, de acordo com a vantajosidade de suas propostas, isonomicamente consideradas.

de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. (RE 627.189/SP. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 08/06/2016).

¹⁷ A licitação é procedimento obrigatório, conforme art. 37, XXI, da CF/1988, art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993. Seguindo esse entendimento, Acórdão TCU nº 1528/2019-Plenário. Relator: Benjamin Zymler.

4.1 Normas relacionadas

Neste tópico se discutirá brevemente a evolução legal do tema licitação com a apresentação nas normas pertinentes ao objeto deste estudo.

A discussão relacionada a competência sobre a legislação de normas licitatórias é recorrente devido a um erro de colocação do inciso XXVII do art. 22 da CF/1988.

A doutrina destaca que, conforme disposto na Constituição, compete privativamente à União a legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. *In verbis*:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle (BRASIL, 1988).

Conclui-se que, se à União compete legislar sobre normas gerais de licitação, outros entes podem legislar especificamente, entendendo-se, assim, o tema como de competência constitucional concorrente, razão pela qual deveria ter sido o inciso XXVII alocado no art. 24 da CF/1988.

Em relação aos serviços públicos, assim se posiciona a Carta Magna:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (BRASIL, 1988)

Várias normas tratam de licitações, tanto no âmbito nacional, quanto no regional e local. Porém, ao nosso objeto de estudo, somente são pertinentes as do primeiro caso e, por essa razão, serão apenas essas abordadas.

A Lei nº 8.666/1993 é a Lei Geral de Licitações destinada a regular tema, na forma do art. 22, XVII, CF/1988. Ela estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Medida Provisória nº 2.026/2000, por sua vez, instituiu, no âmbito da União, a modalidade de licitação denominada pregão, acrescentada as já elencadas da Lei nº 8.666/1993, para aquisição de bens e serviços comuns. A regulamentação da modalidade pregão ficou a

cargo do Decreto nº 3.555/2000. Adiante, será feito o estudo detalhado das modalidades licitatórias, essencial aos objetivos deste trabalho.

A Lei nº 10.520/2002 estendeu a modalidade pregão a todos os entes federativos (União, Distrito Federal, Estados e Municípios), antes restrita à União, em razão da Medida Provisória nº 2.026/2000.

Com a evolução trazida pelas tecnologias da informação e comunicação (TIC), regulamentou-se o procedimento específico para a modalidade pregão na forma eletrônico, por meio do Decreto nº 5.450/2005.

Em 2019, o Decreto nº 10.024/2019 atualiza a modalidade pregão na forma eletrônica, tornando obrigatória no âmbito da Administração Pública federal direta e indireta, além de revogar o Decreto nº 5.450/2005.

Especificamente sobre os imóveis envolvidos nas contratações deste estudo, Lei nº 6.120/1972 dispõe designadamente sobre alienação de bens imóveis das instituições federais de ensino, além de regras para a permuta, hipoteca e locação desses imóveis.

À Lei nº 8.987/1995 coube dispor sobre serviços públicos e sua prestação em regime de concessão e permissão, de observância obrigatória para realização de licitações com esse objeto, estabelecendo, inclusive o devido procedimento licitatório para imóveis públicos afetados.

Por fim, da Lei nº 10.406/2002 se extrai o conceito de bem público, assim como suas espécies, fornecendo conceitos essenciais à correta aplicação das normas supracitadas.

4.2 Pressupostos e objeto

Para Mazza (2015), são três os pressupostos fundamentais da licitação, desconsiderando as situações em que ensejam a contratação direta, conforme estabelecida na legislação. São eles: pressuposto lógico, jurídico e fático.

O pressuposto lógico se caracteriza pela pluralidade relacionada aos objetos e aos licitantes teoricamente habilitados a ofertá-los. Na ausência desse pressuposto, restaria assentada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade¹⁸, dada a ausência de

¹⁸ Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes. (BRASIL, 1993)

concorrência no mercado, a exemplo de um remédio que só uma empresa farmacêutica produza para determinada doença.

O pressuposto jurídico, por sua vez, fundamenta-se na oportunidade e conveniência de realização da licitação, já que há casos em que a instauração do devido processo licitatório não atende ao interesse público, como os que se fundamentam em inexigibilidade ou dispensa, este último podendo se basear no valor máximo da contratação¹⁹.

Já o pressuposto fático é determinado pelo comparecimento dos licitantes ao certame. Sua ausência é fator autorizativo de dispensa de licitação, por caracterizar espécie de licitação denominada deserta²⁰.

Mazza (2015) enfatiza que a doutrina faz diferenciação entre o objeto imediato e mediato da licitação. O primeiro seria a melhor proposta e o segundo seria aquilo se pretende contatar por meio do procedimento licitatório.

Os fundamentos de obrigatoriedade da licitação se encontram na CF/1988 (art. 37, XXI), e na Lei nº 8.666/1993 (art. 2º).

4.3 Princípios licitatórios

A Lei de Licitações coloca, já em seu art. 3º, uma série de princípios gerais a que estão sujeitas as licitações. Alguns são princípios gerais do direito administrativo aos quais se submetem a Administração Pública direta e indireta, como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, acrescidos da probidade administrativa e outros que serão detalhados no tópico seguinte²¹.

Por se tratar de procedimento administrativo, também se incidem sobre os procedimentos licitatórios os princípios da finalidade, motivação, razoabilidade,

¹⁹ São dispensáveis as licitações destinadas às contratações com os seguintes valores máximos: R\$ 33.000,00 (trinta e três mil reais) para obras e serviços de engenharias e R\$ 17.600,00 (dezesete mil e seiscentos reais) para compras e outros serviços, que não os de engenharia. (Lei nº 8.666/1993, art. 24, I e I, c/c Decreto nº 9.412/2018).

²⁰ Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas. (BRASIL, 1993)

²¹ Lenio Luiz Streck, em artigo intitulado *O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito*, faz severas críticas ao desenvolvimento pós-positivista do direito brasileiro no campo dos princípios, muitos dos quais o autor considera “álíbis teóricos, despidos de normatividade”. Entre as críticas, o autor indaga onde está a normatividade e o caráter deontológico desses princípios, qual a legitimidade de sua constituição e qual aplicação prática, já que, segundo ele, constituem “pretensão retórico-corretiva” de tribunais e da doutrina, tautologicamente posta.

proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público, entre outros trazidos pela Lei nº 9.784/1999 e outras normas correlatas.

Os princípios específicos das licitações públicas foram estabelecidos segundo a constituição e a legislação infraconstitucional. A cargo da CF/1988 (art. 37, XXI), foi estabelecido o princípio da igualdade, o que determina condições de tratamento semelhantes a todos os concorrentes que se interessem em participar do certame.

Os princípios seguintes foram postos segundo a Lei nº 8.666/1993 e estão, em sua maioria, de acordo com a doutrina de Carvalho Filho (2014), que faz menção a princípios básicos e correlatos, com supedâneo no art. 3º da Lei nº 8.666/1993. Adiante, tem-se breve caracterização dos princípios enumerados pelo autor.

Princípio da isonomia: princípio caracterizado pela igualdade entre os concorrentes que se encontrem sujeitos às mesmas condições, uma espécie de aprofundamento do princípio constitucional da igualdade de condições. Em razão da observância desse princípio, temos a seguinte disposição, com vistas à manutenção da máxima competitividade, *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. (BRASIL, 1993)

Para Di Pietro (2014), com base na Lei nº 8.666/1993, a igualdade se trata de um objetivo e de um princípio.

Princípio da competitividade: alicerçado no objetivo de garantir à Administração a melhor proposta entre um número máximo de possíveis contratantes. É com base nele que somente se "permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações." (BRASIL, 1988).

Princípio da vinculação ao instrumento convocatório: delimita, bidirecionalmente, as margens de ação das partes contratantes. Tanto a Administração quanto o particular estão vinculados ao edital, em razão do art. 41 da Lei nº 8.666/1993.

Princípio do julgamento objetivo: destina-se à colocação, de forma clara e objetiva, dos critérios de julgamento que selecionarão o licitante vencedor, ou seja, determinar, antecedente e objetivamente, os requisitos necessários ao licitante para que sua proposta se sagre vencedora. Ressalva feita à qualificação técnica que, não raro, envolve alguma subjetividade na avaliação.

Princípio da indistinção: materializa-se na proibição de preferências relacionadas à naturalidade, à sede e ao domicílio do licitante, conforme art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/1993.

Princípio da inalterabilidade do edital: impede, de forma geral, a alteração do edital depois de publicado, mas, uma vez ocorrida a alteração, recontam-se os prazos após ampla divulgação, pelos mesmos meios utilizados à publicidade inicial do certamente, da alteração, de forma que o objeto da modificação do edital não prejudique participante interessado.

Princípio do sigilo das propostas: baseia-se não no desconhecimento das propostas dos licitantes entre seus concorrentes, mas na apresentação dessas propostas somente em momento adequado - a sessão pública com essa finalidade -, conforme art. 43, § 1º da Lei nº 8.666/1993.

Princípio da vedação à oferta de vantagens: por força do § 2º do art. 44 da Lei nº 8.666/1993, proíbe a oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, além de preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

Princípio da obrigatoriedade: estabelece como obrigação do Estado a realização de licitações, em razão do disposto no art. 37, XXI da CF/1988.

Princípio do formalismo procedimental: entende-se que o procedimento deve seguir rito previamente estabelecido pelo legislador, o que impede o administrador de proceder livremente, seja para cumprir parcialmente, seja para descumprir. Salienta-se que, segundo jurisprudência, é necessária a comprovação do prejuízo para que seja declarado nulo procedimento em desacordo com a formalidade, em razão do princípio do *pas de nullité sans grief*²².

²² ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IRREGULAR DISPENSA DE PROCESSO LICITATÓRIO. FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. MATÉRIA PRECLUSA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DISPOSITIVO DE LEI QUE NÃO INFIRMA. CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE. SÚMULA 7/STJ. PENALIDADES APLICADAS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO.

[...]

3. O entendimento deste Tribunal é firme no sentido de que, em observância ao princípio do *pas de nullité sans grief*, eventual nulidade por ausência de notificação prévia, prevista no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992, somente será declarada se houver a comprovação do efetivo prejuízo, o que não se demonstrou no caso vertente.

[...]

Princípio da adjudicação compulsória: obriga a Administração a atribuir o objeto da licitação ao licitante vencedor.

Princípio da licitação sustentável: trazido por Di Pietro (2014), determina que, por meio das licitações públicas, seja incentivada a preservação do meio ambiente. A autora destaca o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, trazido pelo art. 225, e a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica, estabelecido pelo art. 170, VI, ambos da CF/1988, além de outras normas infraconstitucionais sobre o tema, com destaque para a Lei nº 6.938/1981, que estabeleceu, pioneiramente, segundo Di Pietro (2014), a Política Nacional do Meio Ambiente.

4.4 Tipos licitatórios

Entende-se por tipos de licitação os critérios previstos na Lei nº 8.666/1993, na Lei nº 10.520/2002 e Lei nº 8.987/1995, entre outras, a serem utilizados no julgamento das propostas apresentadas em razão da concorrência instaurada pelo procedimento licitatório.

De acordo com art. 45 da Lei de Geral de Licitações, exceto quando a modalidade é concurso, quatro são os tipos de licitação, a saber: i) menor preço; ii) melhor técnica; iii) técnica e preço; e iv) maior lance ou oferta.

O tipo menor preço é o critério utilizado para selecionar a proposta que apresenta o menor preço para o objeto da licitação, consideradas as exigências mínimas postas no devido instrumento convocatório. Ou seja, a proposta mais vantajosa para a Administração é aquela que apresenta o menor preço entre todos os expostos pelos concorrentes capacitados a fornecer o objeto licitado.

O tipo melhor técnica é aquele utilizado exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos. O procedimento se opera da seguinte maneira: I - são abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório, e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia,

10. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 414786/MG. Relator: Ministro Sérgio Kukina. DJ: 30/03/2002).

organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução; II - uma vez classificadas as propostas técnicas, procede-se à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório e à negociação das condições propostas, com a proponente melhor classificada, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitários e tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço, entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima; III - no caso de impasse na negociação anterior, procedimento idêntico é adotado, sucessivamente, com os demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo para a contratação; IV – por fim, as propostas de preços são devolvidas intactas aos licitantes que não forem preliminarmente habilitados ou que não obtiverem a valorização mínima estabelecida para a proposta técnica.

No tipo melhor técnica, a Administração deverá indicar no edital o preço máximo que se propõe a pagar e o seguinte procedimento, de forma clara: I – abrem-se envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados; II – avaliam-se e se classificam as propostas técnicas, de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório, e que considerem a capacitação e a experiência do proponente e a qualidade técnica da proposta, mensurável pelos critérios de metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos; III- qualificam-se as equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução; IV – abrem-se as propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida (qualificação da proposta técnica) no instrumento convocatório; V – negociam-se as condições propostas, com a proponente melhor classificada, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitários e tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima; VI - negocia-se com os demais proponentes, em caso de impasse na negociação anterior, respeitando a ordem de classificação, repetindo-se rigorosamente o procedimento que antecede a negociação; VII - realiza-se acordo para a contratação; VIII – por fim, devolvem-se as propostas de preços, intactas, aos licitantes que não forem preliminarmente habilitados ou que não obtiverem a valorização mínima estabelecida para a proposta técnica.

Nota-se que, nesse tipo de licitação, há uma negociação que envolve o licitante que está melhor classificado - com base no menor preço, entre os propostos e qualificados, de

acordo com os critérios previamente estabelecidos para as propostas técnicas -, e a Administração.

O tipo técnica e preço também é utilizado preponderantemente em contratações de serviços de natureza intelectual, diferenciando-se do anterior em razão de, adicionalmente, ser feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório, com vistas à classificação dos proponentes, de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, respeitando os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório.

O maior lance ou oferta é o tipo destinado a alienação de bens e concessão de direito real de uso, geralmente aplicado na modalidade leilão, embora haja casos em que a lei exige a modalidade concorrência (alienação de imóveis de que trata o art. 17, I, da Lei nº 8.666/1993), e nos casos de concessões, por força do art. 2º, II, da Lei nº 8.666/1993 c/c art. 15, II, da Lei nº 8.987/1995.

O critério menor lance ou oferta veio a ser incluído no rol de tipos por força da Lei nº 10.520/2002, que também instituiu a modalidade pregão. Ele se assemelha ao tipo menor preço da Lei nº 8.666/1993, diferenciando-se desse pela ordem das fases, que, na modalidade pregão, é invertida, ou seja, no pregão, ao contrário das outras modalidades, apresenta-se primeiro a proposta de preço, somente em seguida, então, a comprovação da habilitação é examinada.

O melhor trabalho (que pode ser técnico, científico ou artístico) é o tipo utilizado à seleção do vencedor na modalidade concurso. Quando a contratação se opera pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), que é uma modalidade estabelecida pela Lei nº 12.462/2011, o tipo correspondente é melhor técnica ou conteúdo artístico.

Nas concessões de serviços públicos, que podem ou não ser precedidos de execução de obra pública, bem como nas permissões, os tipos são, de acordo com art. 15 da Lei nº 8.987/1995: i) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; ii) a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; iii) a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos i, ii e vii; iv) a melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; v) a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; vi) a melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou vii) - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

O RDC determina cinco critérios ou tipos licitatórios: i) menor preço ou maior desconto (com referência no preço global²³ fixado no instrumento convocatório); ii) técnica e preço; iii) melhor técnica ou conteúdo artístico; iv) maior oferta de preço (utilizado no caso de contratos que resultem em receita para a administração pública); ou v) maior retorno econômico (utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, destinados a selecionar a proposta que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato).

4.5 Modalidades licitatórias

Entende-se por modalidades licitatórias os diferentes ritos estabelecidos, de forma geral, pela Lei Geral de Licitações e, de forma específica, nas demais normas que tratam do tema licitação.

A Lei nº 8.666/1999 estabeleceu cinco modalidades de licitação: i) a concorrência; ii) a tomada de preços; iii) o convite; iv) o concurso; e v) leilão.

A Medida Provisória nº 2.026/2000 criou a modalidade pregão, restrita à União e, posteriormente, expandida aos demais entes federativos pela Lei nº 10.520/2002.

A Lei nº 12.462/2011 instituiu o Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC), considerado pela doutrina como uma nova modalidade, de aplicação mais limitada, já que objetos passíveis de contratação, assim como os órgãos e entidades que podem utilizá-la, são mais restritos.

São exemplos de objetos as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo e ações no âmbito da segurança pública.

São exemplos de órgãos ou entidades que podem se valer do RDC o SUS, órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação e integrantes dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia, desde que para realização de obras e serviços de engenharia.

²³ De acordo com Lei nº 8.666/1999, art. 6º, VIII, *a*, preço global se refere à contratação de obra ou do serviço por preço certo e total.

A Lei nº 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, entre outras providências, por sua vez, instituiu a modalidade consulta.

Em relação às modalidades fixadas pela Lei Geral de Licitações, a determinação de qual é a adequada pode ser dar, na maioria dos casos, pelo valor da contratação e pelo objeto a ser contratado. Assim, as modalidades concorrência, tomada de preços e convite são utilizadas, de forma geral, de acordo com faixa de preços da contratação, em ordem decrescente. Já as modalidades concurso e leilão se vinculam, geralmente, ao objeto a ser contratado. Há casos em que o legislador optou por determinar a modalidade, estabelecendo modalidade diversa a que se fixaria pelos critérios gerais acima.

Ao todo, são sete as modalidades licitatórias que se esmiuçarão a seguir.

4.5.1 Concorrência

A modalidade concorrência é a modalidade cabível em qualquer licitação, da mais simples à mais complexa, inclusive considerando os valores envolvidos. Nela, os interessados devem comprovar possuir os requisitos mínimos de qualificação, exigidos no edital para execução de seu objeto, na fase inicial de habilitação preliminar.

No caso da Administração Pública federal, os avisos com os resumos dos editais devem ser publicados no Diário Oficial da União - DOU, com antecedência mínima de quarenta e cinco dias, em relação ao recebimento das propostas, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço". Nos demais casos, o prazo é de trinta dias.

Em relação aos valores, de acordo com o a atualização feita pelo Decreto nº 9.412/2018, caberá concorrência quando forem contratados obras e serviços de engenharia acima de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais). Para compras e outros serviços não enquadrados como serviços de engenharia, o valor que obriga a modalidade concorrência é para contratações que superem a cifra de R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).

Quanto ao procedimento, a modalidade concorrência se opera da seguinte maneira: primeiro se abrem os envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes - que consiste em habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e declaração de que não emprega, de nenhuma forma, menor de quatorze anos, ou menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, ou menores de dezoito anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre; em seguida,

caso não tenha havido recurso ou após sua denegação, devolvem-se os envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas; posteriormente, abrem-se os envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados - desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso - ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos; continuando, verifica-se a conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente ou, ainda, com os constantes do sistema de registro de preços. Esses preços deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis; após, ocorre o julgamento e classificação das propostas, de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital; por fim, a autoridade competente delibera quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

4.5.2 Tomada de preços

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

Os avisos com o resumo dos editais, no caso da Administração Pública federal, devem ser publicados no Diário Oficial da União, com antecedência mínima de trinta dias em relação ao recebimento das propostas, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço" e de quinze dias nos demais casos.

Em relação aos valores, segundo atualização sofrida pelo Decreto nº 9.412/2018, caberá tomada de preços quando forem contratadas obras e serviços de engenharia de até de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais). Para compras e outros serviços não enquadrados como serviços de engenharia, o valor que sugere a modalidade tomada de preços é para contratações de até R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).

Observa-se que, em relação a concorrência, na tomada de preços há uma maior celeridade no procedimento, tanto pelos prazos mais reduzidos entre a publicação do edital e recebimento das propostas, quanto pelo fato de, na tomada de preços, a fase de habilitação ser realizada antecedendo, em três dias, o momento de recebimento das propostas.

Quanto à fase de recebimento das propostas, com a devida participação da comissão, aplica-se, no que couber, o mesmo procedimento detalhado à concorrência.

Assim como na concorrência, na tomada de preços o instrumento de contrato é obrigatório, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade que tenham valores compreendidos entre os aplicáveis a essa modalidade.

Por derradeiro, é imprescindível o esclarecimento de que é vedada a utilização da modalidade convite ou tomada de preços, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de tomada de preços ou concorrência, respectivamente. A exceção fica a cargo das parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço (Lei nº 8.666/1993, art. 23, § 5º).

4.5.3 Convite

Entende-se por convite²⁴ a modalidade de licitação entre interessados e os que vierem a manifestar interesse, com antecedência de até vinte e quatro horas da apresentação das propostas, que atuem economicamente no ramo pertinente ao objeto a ser licitado, cadastrados ou não, escolhidos e convidados, em número mínimo de três, pela Administração, após fixação de cópia do instrumento convocatório em local apropriado. O convite se estende aos demais cadastrados na correspondente modalidade, caso haja manifestação de interesse dentro do prazo referido.

O prazo de apresentação das propostas para o convite é de cinco dias úteis, após a fixação do edital em local apropriado. Observa-se que, para o caso do convite, não há publicação no DOU e o prazo entre a publicação e apresentação das propostas é contado em dias úteis, ao passo que na tomada de preços e na concorrência é em dias corridos.

Em relação aos valores, de acordo com o a atualização feita pelo Decreto nº 9.412/2018, caberá convite quando forem contratados obras e serviços de engenharia no valor de até R\$ 330.000,00 (trezentos mil reais). Para compras e outros serviços não enquadrados como serviços de engenharia, o valor é de até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais).

Quanto a fase de recebimento das propostas, com a devida participação da comissão, aplica-se, no que couber, o mesmo procedimento detalhado à concorrência.

²⁴ A modalidade convite tem pouca utilização na prática da Administração, posto que carrega certa discricionariedade da Administração na escolha dos convidados, o que torna uma modalidade mais sujeita à fraude e, conseqüentemente, mais suscetível às auditorias dos órgãos de controle.

Como o instrumento de contrato só é obrigatório na modalidade concorrência e tomada de preços, para o caso do convite, o instrumento contratual poderá ser substituído por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

4.5.4 Concurso, consulta, leilão

As modalidades concurso, consulta e leilão, por extrapolarem o objeto desse estudo, ficaram sem o devido aprofundamento, sendo suficiente saber que: i) concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital; ii) consulta é a modalidade de contratação própria da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, que tem por objeto bens e serviços não considerados comuns ou comuns de alto valor; e iii) leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis (desafetados) para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis (desafetados), prevista no art. 19 da Lei nº 8.666/1993, a quem oferecer o maior lance, desde que igual ou superior ao valor da avaliação.

4.5.5 Pregão

O pregão é a modalidade de licitação cabível à aquisição de bens e serviços comuns, assim compreendidos aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital em razão de especificações usuais no mercado, podendo ser presencial e eletrônico²⁵ (virtual).

O aviso da licitação deverá constar, pelo menos, em diário oficial e meio eletrônico, na internet, e o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não poderá ser inferior a oito dias úteis.

A Lei nº 10.520/2002, que institui o pregão, bem como o Decreto nº 10.024/2019, que regulamenta sua forma eletrônica, não estipularam valores para sua utilização; trataram de

²⁵ A forma eletrônica do pregão, que já era predominante, tornou-se obrigatória para os órgãos da administração pública federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais em razão do § 1º do art. 1º do Decreto nº 10.024/2019.

determinar, apenas, os objetos passíveis de contratação por essa modalidade, ou seja, aquisição de bens e serviços comuns.

Quanto ao rito, tem-se a conformação a seguir, dividida em fase preparatória (ou interna) e externa.

A fase preparatória ou interna se inicia com justificativa da autoridade competente quanto a necessidade da contratação e definição do objeto do certame, que deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição. Também deverão ser determinadas as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento. Nos respectivos autos, devem ser resguardadas a justificativa das definições referidas e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados. Seguindo-se, a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio - integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento -, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

A fase externa do pregão, a seu turno, será iniciada com a convocação dos interessados, por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local e, facultativamente, por meios eletrônicos, conforme o vulto da licitação. É facultado, no entanto, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, alternativamente, a utilização de sítio eletrônico oficial da União, conforme regulamento do Poder Executivo federal.

Do aviso constarão a definição do objeto da licitação, a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital, observando-se que cópias do edital e do respectivo aviso deverão ser colocadas à disposição de qualquer pessoa para consulta e divulgadas na forma da Lei nº 9.755, de 16 de dezembro de 1998. Nesses documentos deverão constar a justificativa da necessidade de contratação, a definição do objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento, as normas que disciplinam o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso.

Também deverão fazer parte do aviso o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, que não pode ser inferior a oito dias úteis, assim como o dia, hora e local designados para a realização da sessão pública para recebimento das propostas. Na ocasião, o interessado, ou seu representante, deverá se identificar e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame.

Aberta a sessão, os interessados ou seus representantes apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se às suas imediatas aberturas e às verificações da conformidade, de acordo com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório. Durante a sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até dez por cento superiores àquela poderão fazer novos lances sucessivos, até a proclamação do vencedor. Não havendo pelo menos três ofertas nas condições definidas anteriormente, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de três, oferecer novos lances sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos.

Para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço ou maior desconto, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital. Examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade.

Encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital. Será considerado habilitado o licitante que apresentar situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira, podendo deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes. Verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor.

Caso a oferta não seja aceitável ou se o licitante desatender às exigências que o habilitem, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na

ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor.

Mandatário aclarar que o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor, considerado o objeto e o valor da proposta classificada em primeiro lugar, já que é ele quem decide, motivadamente, sobre a aceitabilidade. Caso a contraoferta não seja aceitável, ou se o licitante desatender às exigências de habilitação, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor.

Declarado o vencedor, qualquer outro licitante poderá manifestar, imediata e motivadamente, a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para apresentar contrarrazões, em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos. O acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento. Decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor. A falta de manifestação imediata e motivada do licitante, no entanto, importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor.

Homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital. Caso o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta (sessenta dias, se outro não estiver fixado no edital), não celebre o contrato, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor.

Como resultado da conclusão do procedimento na modalidade pregão, o instrumento de contrato é obrigatório.

5 LICITAÇÕES ENVOLVEDO IMÓVEIS DE INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO

Ao se identificar oportunidade e conveniência a um procedimento licitatório, deve-se, previamente, determinar o objeto a ser licitado e a finalidade ou interesse público que se pretende atender de tal contratação.

Tudo isso deve ser formalmente posto em documentação que possa ser posteriormente analisada por qualquer cidadão e pelos órgãos de controle. É imperioso, de pronto, verificar-se o pressuposto jurídico da licitação, ou seja, determinar se há ausência ou presença de algum fator que caracterize hipótese de inexigibilidade ou dispensa de licitação.

Determinada a existência de pressuposto jurídico, caracterizado pela conveniência e oportunidade de se realizar o processo licitatório, seguem-se a definição formal do objeto, sua finalidade, a modalidade e o tipo de licitação a ser adotado, já que todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na Lei Geral de Licitações, podendo qualquer cidadão, inclusive, acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos (Lei nº 8.666/1993, art. 4º).

O procedimento licitatório, previsto na Lei Geral de Licitações, caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública (Lei nº 8.666/1993, art. 4º, Parágrafo único).

Feitas essas considerações, seguir-se-ão as análises legais cabíveis e necessárias à licitação de imóveis das Instituições Federais de Ensino destinados à implementação dos serviços de cantina/lanchonete/restaurante.

5.1 Lei nº 6.120/1974 e os imóveis das instituições federais de ensino

Já foi esclarecido que os imóveis das instituições federais de ensino, predominantemente autarquias²⁶, que se destinam à prestação de serviços de alimentação, como cantina/lanchonete/restaurante, são bens públicos, de uso especial, por força do art. 99, II, do CC/2002.

²⁶ Há instituições federais de ensino sob a forma de fundações públicas de direito público, a exemplo da Universidade Federal do ABC – UFABC (Lei nº 11.145/2005).

Por sua vez, a Lei nº 6.120/1974 tratou de disciplinar alienação de bens imóveis de instituições federais de ensino, entre outras providências. De pronto, precisa-se confrontar a Lei nº 6.120/1974 com a Lei nº 8.666/1993, já que ambas tutelam, em algum nível, procedimentos licitatórios envolvendo imóveis públicos. Em razão do entendimento do direito como uno e sistêmico, deve-se procurar que ambas as normas sejam aplicadas em sua possibilidade máxima, respeitadas suas finalidades.

Com o objetivo de verificar a existência de possíveis antinomias, que precisam ser solucionadas anteriormente à subsunção de qualquer norma ao fato jurídico, em razão a manutenção da coerência do ordenamento jurídico, consistente na "compatibilidade de suas partes entre si e das partes com o todo", confrontou-se as duas normas segundo critérios próprios (MAGALHÃES FILHO, 2015, p. 102).

Seguindo os ensinamentos de Magalhães Filho (2015), tem-se antinomias de primeiro e segundo graus. As do primeiro são os conflitos entre normas; as do segundo são entre normas e critérios de solução, que são três: hierárquico, cronológico e de especialidade.

Em análise de primeiro grau, pelo critério hierárquico, não se pode determinar a norma aplicável, uma vez que as duas são leis em sentido estrito e se encontram, em razão disso, no mesmo nível hierárquico.

Passando-se ao critério cronológico, onde lei posterior revoga a anterior, a Lei Geral de Licitações é mais recente, contudo, não ocorreu nenhuma das hipóteses necessárias à revogação, a saber: i) declaração expressa, ii) incompatibilidade; ou iii) regulação por inteiro da matéria que tratava a lei anterior, conforme Decreto-Lei nº 4.657/1942, art. 2º, § 1º, que no caso seria a alienação de bens imóveis das instituições federais de ensino.

Pelo critério da especialidade, chega-se à conclusão de que a Lei nº 6.120/1974 é lei especial em relação à Lei nº 8.666/1993, já que aquela trata, de forma específica, de objeto que esta trata de forma geral.

Em análise de segundo grau, caso ainda se insistisse em maior depuração da norma aplicável ao caso concreto, o conflito entre o critério cronológico e da especialidade se resolve em favor deste último, o que nos levaria, mais uma vez, à necessidade de observância da Lei nº 6.120/1974 em processos licitatórios que envolvem imóveis das instituições federais de ensino, de onde se conclui que a observância da Lei nº 6.120/1974 em procedimentos licitatórios que envolvam imóveis das instituições federais de ensino é imperiosa.

5.2 Identificação da finalidade da contratação como instrumento de definição do objeto a ser contratado

No caso deste estudo, a finalidade da licitação é o fornecimento de alimentação à comunidade de uma instituição federal de ensino. Para que esse fornecimento se processe de forma continuada, a administração disponibilizará imóvel de sua propriedade à contratada, obrigada a prestar naquele local, de forma privativa, seus serviços.

Frisa-se que será a comunidade consumidora - alunos, empregados terceirizados, servidores públicos, além de eventuais visitantes - que arcará com os custos dessa alimentação, ficando a Administração isenta de qualquer contribuição pecuniária, seja parcial, seja integral, destinada ao financiamento dos serviços prestados. Em última análise, a finalidade da contratação é permitir, por meio da licitação, que empresa privada opere, em imóvel público, atividade que para ela tem fins lucrativos, mas são de interesse da Administração.

A definição da finalidade da contratação, além de permitir a identificação do correto procedimento licitatório, é obrigação que, juntamente com outras, deve constar em contrato (Lei nº 8.666/1993, art. 61).

5.3 Interpretação dos órgãos de controle

Verdadeira celeuma se constituiu sob a modalidade licitatória apropriada aos procedimentos destinados a contratar serviços que se materializassem mediante a concessão de imóvel público. Tal discussão, que envolveu TCU e CGU, órgão submetido à AGU, assentou-se, basicamente, na necessidade de definir objeto para seu devido enquadramento na modalidade licitatória pertinente.

A questão girou em torno do fato de que, tanto a Lei nº 10.520/2002 (art. 4º, X), como o Decreto nº 3.555/2000 (art. 8º, V) e Decreto nº 5.450/2005 (art. 2), ambos vigentes à época, colocarem como o tipo ou critério de escolha da proposta mais vantajosa o menor preço, quando se trata da modalidade pregão.

Neste trabalho, a discussão se abre a partir do Acórdão TCU nº 2844/2010, que assim coloca:

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. (Acórdão 2844/2010 - Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. DS: 27/10/2010)

A interpretação do TCU, para o caso em tela, é perfeitamente cabível porque, consideradas as especificidades da legislação atinente à Infraero, é possível se adaptar o tipo ou critério (maior oferta) de escolha utilizado no pregão, pois, ainda segundo Acórdão TCU nº 2844/2010 - Plenário, já que se o

fato da Lei 10.520/2002 ou o Decreto 3.555/2000 associarem o pregão ao menor preço impediria o uso da modalidade para concessões, onde se busca a maior oferta, com o permissivo legal do art. 41, § único do Código Brasileiro de Aeronáutica - CBA (Lei nº 7.565/1986), associado à previsão no Regulamento de Licitações e Contratos da INFRAERO, norma esta emanada do Poder Executivo, como preconiza o CBA, da apresentação de lances crescentes quando se trata de concessão de uso de área, tal obstáculo resta superado. (Acórdão 2844/2010 - Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. DS: 27/10/2010).

E complementa:

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. (Acórdão 2844/2010 - Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. DS: 27/10/2010).

Em caso mais recente, de 2016, licitação cujo objeto fora a concessão administrativa de uso de imóvel público para funcionamento de lanchonete, pelo 23º Batalhão de Caçadores do Exército/CE, mais próximo do nosso objeto de estudo, o TCU se pronunciou, mais uma vez, por meio do Acórdão TCU nº 478/2016 - Plenário, no sentido de que "a jurisprudência do Tribunal recomenda a utilização de pregão para a concessão remunerada de uso de bens públicos", ressaltando que

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. (Acórdão TCU 478/2016 – Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. DS: 02/03/2016).

E complementa que

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). (Acórdão TCU 478/2016 – Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. DS: 02/03/2016).

E conclui afirmando que

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. (Acórdão TCU 478/2016 – Plenário. Relator: Marcos Bemquerer. DS: 02/03/2016).

Seguindo a mesma compreensão, a Consultoria-Geral da União²⁷ (CGU), órgão integrante da Advocacia-Geral da União (AGU), no Parecer-Plenário nº 01/2016/CNU-Decor-CGU/AGU, afirma:

na cessão de uso de imóvel administrado pela União, para fins de prestação de serviços comuns em favor de servidores públicos e administrados, é obrigatória a modalidade licitatória pregão, preferencialmente eletrônico, tendo em vista estes são o verdadeiro objeto contratual. Caso constatada a inviabilidade da forma eletrônica, deverá ser utilizada, excepcionalmente, a forma presencial, desde que por ato fundamentado em justificativas concretas e detalhadas. (Parecer-Plenário nº 01/2016/CNU-Decor-CGU/AGU. Relator: João Paulo Chain da Silva. Data: 22/06/2016)

Baseados nessa linha de raciocínio, convencionou-se utilizar a modalidade pregão, com o critério maior preço, sem previsão legal expressa, para a concessão de imóveis públicos, por se entender que, nesses casos, o objeto contratado seria os serviços e não o imóvel público em si, que lá se prestariam, de natureza acessória e não pública. Paradoxalmente, observa-se que o critério ou tipo maior preço se refere ao imóvel e não ao serviço que o órgão diz ser o objeto da contratação. Esclarecidos os posicionamentos do TCU e CGU, passa-se à pontuação das razões pelas quais, em relação a imóveis das instituições federais de ensino, discorda-se do entendimento egrégios órgãos.

A Lei nº 6.120/1974 não tutelou os casos em que os imóveis das instituições federais de ensino fossem objeto de concessão. Contudo, obrigou, para os casos em que os imóveis fossem objeto de locação, a modalidade concorrência pública. Em razão do alcance do exato sentido da expressão "concorrência pública" que, em um primeiro momento, poder-se-ia

²⁷ A Lei Complementar nº 73/1993, em seu Art. 10, determina que incumbe, à Consultoria-Geral da União, direta e imediatamente subordinada ao Advogado-Geral da União, principalmente, colaborar com este em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República, produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição.

interpretar como procedimento licitatório, em vez de modalidade de licitação, como hoje se compreende pela Lei Geral de Licitações, buscou-se, no Decreto-Lei nº 200/1967, apontada por Rosilho (2013) como a primeira lei de abrangências nacional sobre o tema, a terminologia pertinente à expressão, considerando que § 2º do art. 1º da Lei nº 6.120/1974 conferiu, à época, àquele decreto-lei as diretrizes dos processos de alienação dos imóveis das instituições federais de ensino.

De acordo com o Título XII, do Decreto-Lei nº 200/1967, vigente entre 1967 e 1986, quando foi então revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300/1986, àquele tempo, concorrência já era modalidade de licitação, ao lado da tomada de preços e do convite (art. 127, I a III, do Decreto-Lei nº 200/1967), e já era a modalidade mais formal, do pronto de vista dos valores, prazos e procedimentos mínimos necessários, tal como se dá hoje com a Lei nº 8.666/1993. A partir disso, por interpretação extensiva, conclui-se que, para os casos de concessões envolvendo imóveis das instituições federais de ensino, a modalidade adequada seria a concorrência, uma vez que é a modalidade exigida para a locação²⁸, cabível somente a imóveis desafetados, dada a predominância de interesse de natureza privada nessa avença. Determinando a lei o procedimento mais formal para os casos de imóveis sem destinação pública específica, não parece sua vontade sujeitar os mesmos imóveis à modalidade diversa, menos formal, nos casos em que há clara destinação pública ao patrimônio público envolvido na licitação. Da mesma maneira, o Decreto nº 10.024/2019 estabelece que o pregão, na forma eletrônica, não se aplica às locações imobiliárias e alienações (art. 4º, II). A razão é clara: o pregão é modalidade simplificada em relação à concorrência e, quando se trata de imóvel público, já há regulação específica. A norma expressamente proibiu a modalidade pregão aos imóveis, especificamente quando destinados a finalidades privadas, como locações e alienações. Por que haveria ser possível colocá-los à disposição de particular quando houvesse interesse público em relação a eles, como é o caso de destinação específica para fornecimento de serviços de alimentação?

Em relação à Lei Geral de Licitações, independente do objeto da licitação (seja serviço, seja concessão), a sua observância é evidente e obrigatória, tanto pelo objetos tutelados como pela entidade realizadora da licitação: instituições federais de ensino (Lei nº 8.666/1993, Parágrafo único do art. 1º e art. 2º).

²⁸ Lei nº 6.120/1974: Art. 2º [...] § 4º A locação será realizada mediante concorrência pública, observadas as normas legais vigentes e respeitado o valor locativo respectivo, consoante as condições locais do mercado imobiliário.

Em razão da necessidade de submissão ao princípio constitucional da legalidade, lembrado no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, por observância do art. 4º e Parágrafo único, todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º da Lei nº 8.666/1993 têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido, caracterizado ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública, princípio esse que tem sido inobservado reiteradamente pelos editais licitatórios contendo imóveis públicos afetados como objeto principal ou acessório da licitação. Conforme Di Pietro (2014), se identifica uma concepção restrita e uma ampla para a forma do ato administrativo, cabendo na

concepção ampla, que inclui o conceito de forma, não só a exteriorização do ato, mas também todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, e até os requisitos concernentes à publicação do ato", bem como "as formalidades que o precedem e o sucedem, desde que estabelecidas em lei, determinam sua validade. (DI PIETRO, 2014, p. 216-217).

A partir disso, conclui-se que "tanto a inobservância da forma como a do procedimento produzem o mesmo resultado, ou seja, a ilicitude do ato" (DI PIETRO, 2014, p. 217). Em outras palavras, a Administração, no caso das licitações, encontra-se vinculada ao procedimento determinado pela lei, como condição de existência e validade de seus atos, não sendo autorizada a realizar contratações por meio de procedimento diverso do requerido legalmente, mesmo que supostamente amparada em outro legalmente previsto, mas para objeto diverso.

Em relação à contratação de serviços, o que o TCU e a CGU colocam como verdadeiro objeto da licitação, vê-se, nas próximas pontuações, certa incongruência entre os pressupostos lógicos necessários à aceitação dos serviços como verdadeiro objeto da contratação e as conexas consequências procedimentais e documentais que se teriam a partir do paradigma de se considerar esse o objeto.

De acordo com art. 5º da Lei nº 8.666/1993, cada unidade da Administração deve, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada. Conclui-se, portanto, que a prestação de serviços à Administração é, de forma inquestionável, obrigação retribuída com pagamento, como atesta, de forma corroborativa, a necessidade de existência de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários (inc. II,

§ 2º, do art. 7º, da Lei nº 8.666/1993) e de previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma, como condição de realização da licitação (art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.666/1993).

O art. 8º, III e IV do Decreto nº 10.024/2019, também exige a instrução do processo relativo ao pregão com planilha estimativa da despesa e previsão de recursos orçamentários necessários, inclusive com a indicação das rubricas, o que obviamente é impossível para os casos em que a Administração pretende contratar serviços pelos quais não pagará, possibilidade não prevista pela modalidade pregão.

Até o termo de referência, documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares para a modalidade pregão, menciona a necessidade de conter os elementos que embasam a **avaliação do custo** pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com informações referentes ao valor estimado do objeto da licitação demonstrado em planilhas, de acordo com o preço de mercado, e ao cronograma físico-financeiro, se necessário (Decreto nº 10.024/2019, art. 3º, XI, "a", 2 e 3, grifo nosso). Documentalmente, quando se tem a contratação pelas modalidades previstas pela Lei nº 8.666/1993, essas informações compõem o Projeto Básico, documento de finalidade semelhante ao Termo de Referência, que também cita a necessidade de avaliação de custo em seu conceito. Veja-se: Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar o serviço objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a **avaliação do custo** e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter orçamento detalhado do custo global, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados (art. 6º, IX, "f", da Lei nº 8.666/1993, grifo nosso).

Considerando-se como contratação de serviço, com fundamento no art. 3º, XI, "a", 2 do Decreto nº 10.024/2019, há obrigação de se estimar o valor do objeto porque, obviamente, a previsão é necessária para contratações que implicam em despesas. Para o caso específico de serviços de cantinas/lanchonetes/restaurantes, é praticamente impossível determinar quantas pessoas se utilizarão dos serviços de alimentação e com que frequência, a não ser que a própria Administração já tenha fornecido o serviço (o que reforça a tese de ser um serviço público) ou disponha, por outros meios, de dados que disponibilizem essas informações estatísticas.

Ademais, não pagando a Administração pelos serviços que efetivamente contrata e que lhe são prestados, estaria incorrendo em enriquecimento seu causa (art. 884 a 886 do

CC/2002). Observa-se que o art. 884 do CC/2002 fala em obrigação de restituir o indevidamente auferido, o que, no caso de suposta contratação de prestação de serviços para cantina/lanchonete/restaurante, por parte da Administração, só poderia se dar, com obviedade, por meio de valor do serviço, na época em que foi exigido, conforme Parágrafo único do art. 884 do CC/2002. O art. 885 segue a confirmação de que é devida a restituição da coisa, e o art. 886 preconiza que, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido, não caberá a restituição por enriquecimento. Ora, a lei já confere ao contratado esses outros meios, de forma que a Administração não seja compelida a restituir o que recebeu do contratado, por meio do art. 7º, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, que expressamente veda *incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução*, qualquer que seja a sua origem, *exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão*, nos termos da legislação específica. Significa dizer que, para a Lei de Geral de Licitações, a única maneira permitida de um contratado obter recursos que não seja por meio da própria Administração seria em casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão. Claramente o legislador buscou impedir que a contratada auferisse recursos e, conseqüentemente, lucro de duas fontes distintas²⁹. Nos casos apresentados pelos órgãos de controle, não foram exploradas essas possibilidades.

No caso da concessão, há, por meio da contratação, habilitação de uma fonte de receita para a Administração, e não de despesa. Se a contratada vai pagar a Administração pelo uso privativo de imóvel público, sem dessa receber qualquer contrapartida pecuniária, certamente o custo do empreendimento deve ser suportado de alguma fonte de receita e esta, já que não está na Administração, deve estar na exploração econômica do objeto licitado, imóvel público afetado, o que implica, reafirma-se, em regime de concessão.

Em relação aos serviços públicos, neste momento é oportuno o esclarecimento das formas de execução e seus respectivos regimes, sendo a concessão um desses.

Segundo art. 10 da Lei nº 8.666/1993, com redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994, os serviços poderão ser executados nas seguintes formas: i) execução direta (a que é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios); e ii) execução indireta (a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob certos regimes). Esta última se opera nos seguintes regimes: a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução do serviço por preço certo e total; b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução do serviço por preço certo de unidades determinadas; c) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos

²⁹ Em se tratando de concessões, conforme a Lei nº 8.987/1994, art. Art. 31, VIII, incumbe à concessionária captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais; d) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada.

De forma complementar e menos explícita, além dos quatro regimes descritos, temos o regime de concessão, como se conclui do art. 7º, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

[...]

§ 3º É vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o **regime de concessão**, nos termos da legislação específica. (BRASIL, 1993, grifo nosso)

O que todos os regimes de execução indireta têm em comum, com exceção da concessão, é geração de obrigação para Administração de pagar pelo que recebeu ou contratou: serviço, bem ou obra.

Além de evidenciar a existência de mais um regime, o § 3º do art. 7º da Lei nº 8.666/1993 veda, repisa-se, qualquer possibilidade, por meio de inclusão no objeto da licitação, da contratada obter recursos financeiros, de fonte diversa da Administração, para execução de seus empreendimentos, exceção feita nos termos da legislação específica que, no caso, é a lei de concessões e permissões (Lei nº 8.987/1995). Acrescenta que o § 6º do artigo acima determina que a infringência do disposto no artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa, ou seja, possível enquadramento em ato de improbidade administrativa, em razão de violação do princípio da legalidade (art. 11 da Lei nº 8.429/1992).

Aprofundando o instituto da concessão, com fundamento na Lei nº 11.079/2004, afirma-se que o regime de execução indireta, tido como concessão, tem três espécies: i) concessão administrativa³⁰; ii) concessão patrocinada; e iii) concessão comum. A primeira é o

³⁰ Quando se trata de imóveis da União, fala-se em arrendamento mediante condições especiais, ou seja, uma forma de utilização particular do imóvel público, desde que mantida a finalidade (afetação) pública, como se observado Decreto-Lei nº 9.760/1946: [...]

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

contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. A segunda é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (art. 2º, § 1º da Lei nº 11.079/2004). A terceira é o caso em que não cabe nem a espécie administrativa, nem a patrocinada.

Feitas as colocações sobrepostas, uma vez que envolve imóvel de instituição federal de ensino, poder-se-ia enquadrar o objeto deste estudo como de concessão administrativa. Contudo, o art. 2º, § 4º, inc. I a III, da Lei nº 11.079/2004 vedou a celebração de contrato dessa espécie de concessão, integrante do gênero parceria público-privada, em casos que se constate uma das seguintes hipóteses: a) cujo valor da contratação seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); b) cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou c) que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública. *In casu*, difícil pensar na concessão de um imóvel público destinado a prestação de serviços de cantina/lanchonete/restaurante que supere o valor mínimo de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), o que nos coloca da volta à obrigatória subsunção de nossa situação fática à Lei nº 8.987/1995, conforme estabelece § 2º do art. 3º da Lei nº 11.079/2004 e, conseqüentemente, à modalidade concorrência, adequada ao caso de concessão de serviço público, em razão do art. 2º, II, da Lei nº 8.987/1995. Concluindo, em relação à Lei nº 11.079/2004, releva-se que, caso fosse aplicável à situação fática, uma vez submetida aos seus preceitos da norma supracitada, a modalidade licitatória seria, novamente, a concorrência, em conformidade com seu art. 10.

De forma geral, uma interpretação sistêmica da Lei nº 8.666/1993, que estabelece normas gerais de licitações, a concorrência é a modalidade cabível em qualquer dos casos em cabem também convite e tomada de preços, nivelamento claramente pautado pela importância que legislador atribuiu a certos objetos a serem licitados e ao valor da contratação, paradigma a ser considerado para definição da modalidade adequada, importância esta exaustiva e objetivamente demonstrada pelos valores e prazos sob os quais a modalidade concorrência se

§ 1º A locação se fará quando houver conveniência em tornar o imóvel produtivo, conservando, porém, a União, sua plena propriedade, considerada **arrendamento mediante condições especiais**, quando objetivada a exploração de frutos ou prestação de serviços.

[...]

Art. 96. Em se tratando de exploração de frutos ou prestação de serviços, a locação se fará sob forma de arrendamento, mediante condições especiais, aprovadas pelo Ministro da Fazenda. (BRASIL, 1946, grifo nosso)

opera, sempre os mais dilatados, e pelo procedimento mais complexo em que essa modalidade consiste.

A contratação na modalidade pregão, ainda que se insista no entendimento de que o objeto da contratação é o serviço que se opera em imóveis das instituições federais de ensino, não é obrigatória³¹, como fora colocado pelos órgãos de controle, uma vez é prerrogativa da Administração utilizar a modalidade pregão, na forma do art. 1º, podendo ainda se valer da modalidade concorrência, cabível a qualquer caso, mesmo para os casos de contratação de serviços, com as devidas justificativas. Acrescenta-se que contratar na modalidade pregão ainda traria a impossibilidade de exigência de garantia da proposta, conforme art. 5º, I da Lei nº 10.520/2002, o que é permitido na modalidade concorrência, na forma da qualificação econômico-financeira (art. 31, III, da Lei nº 8.666/1993), o que traria mais segurança³² à Administração, especialmente conveniente porque a contratação envolve bem de sua propriedade (coisa pública).

Realizada a contratação, ainda se considerando como serviço e não a delegação de uma concessão comum, há, necessariamente, a incidência do Decreto nº 1.054/1994, com base no art. 1º, que regulamenta o reajuste de preços nos contratos da Administração Federal direta e indireta, que no plano lógico-fático é de impossível cumprimento. Veja-se. Uma vez estabelecidos os critérios de atualização monetária, de reajuste de preços nos contratos e a periodicidade - previamente estabelecidos nos instrumentos convocatórios de licitação (Decreto nº 1.054/1994, art. 2º) - torna-se impossível o adimplemento da obrigação contratual (art. 3º, X), uma vez, por definição da norma, a prestação do serviço (adimplemento) ou etapa deste deve estar vinculada a emissão de documento de cobrança. Que espécie *sui generis* de serviço seria essa em que nunca se pode provar a adimplência, já que não se pode emitir documento de cobrança à Administração? Para maior precisão, *in casu*, há necessariamente um documento de cobrança nos casos de licitações que envolvem imóveis das instituições federais de ensino, mas se trata da Administração credora do contratado, uma vez que é vedada a cessão gratuita, a qualquer título, de bens imóveis das instituições federais de ensino, na forma do art. 5º, da Lei nº 6.120/1974. Poder-se-ia argumentar que há adimplência e há documento de cobrança por meio da emissão de nota fiscal ao usuário final do serviço, e não à Administração, o que nos

³¹ Lei nº 10.520/2002: Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, **poderá** ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. (BRASIL, 2002, grifo nosso).

³² A possibilidade de intervenção (art. 32 a 34 da Lei nº 8.987/1995) é uma outra vantagem de se contratar o objeto como concessão, uma vez que se trata instituto com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço passível de reversão, caso não extinta a concessão, o que não ocorre o instituto da ocupação (Lei nº 8.666/1993, art. 80, II), que pressupõe a rescisão prévia do contrato.

levaria igualmente à situação vedada de inclusão, no objeto da licitação, da obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão (art. 7º, § 3º, da Lei nº 8.666/1993). Insistindo-se ainda não ser o caso, com o adimplemento da obrigação via emissão de documento de cobrança ao usuário, como se preverá cronograma de desembolso máximo por período (tal previsão é um dever atribuído pela norma), em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros, de que trata o Parágrafo único do art. 9º do Decreto nº 1.054/1994, para uma contratação de serviço que não gera para a Administração a obrigação de pagar?

A redação do art. 12, ainda sobre o Decreto nº 1.054/1994, não engloba a possibilidade de contratar serviços pelos a Administração quais ela não paga³³, inclusive com previsão de punição³⁴ para quem contrata sem a devida observância do disposto no art. 12. A única maneira de se dispensar o disposto no art. 12 do Decreto nº 1.054/1994 é não contratando algo cuja a ocorrência vincule a emissão de documento de cobrança como forma de demonstração de adimplemento contratual, o que, por entendimento do inc. XI do art. 3º da referida norma, não será prestação de serviço, nem realização da obra, nem compra de bens.

Em favor da contratação via modalidade pregão, argumenta-se, também, que o objeto da licitação são os serviços e, como tais, se enquadram à modalidade pregão. Veja-se, *in verbis*: serviços comuns - bens cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações reconhecidas e usuais do mercado (Decreto nº 10.024/2019, art. 3º, II). É fato que, segundo a definição, os serviços de alimentação se enquadram na categoria serviços comuns, mas se esquece outros detalhes de necessária observância, para os quais a modalidade pregão não tem respostas: a) qual o embasamento jurídico ao uso privado de bem público?; b) Como relacionar o critério (maior preço) ao bem público se ele não é objeto (serviço) na contratação?; c) Qual o alicerce à utilização do critério maior preço, já que não previsto expressamente na norma?; e d) Como prever e autorizar fonte de receita ao contratado diversa da Administração sem caracterizar regime de concessão e sem incorrer em ilegalidade?

³³ Decreto nº 1.054/1994: Art. 12. Os órgãos da Administração direta, as autarquias federais e as fundações instituídas ou mantidas pela União **somente poderão assumir compromissos contratuais, obedecendo, rigorosamente, ao cronograma de desembolso** elaborado pelos órgãos setoriais de programação financeira e aprovado pela Secretaria do Tesouro Nacional, que efetuará a liberação dos recursos de acordo com o cronograma de pagamento de que trata o art. 26 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, e com as disponibilidades de caixa do Tesouro Nacional. (BRASIL, 1994, grifo nosso).

³⁴ Decreto nº 1.054/1994: Art. 15. A inobservância do disposto no art. 12 deste decreto acarretará a responsabilidade funcional dos dirigentes dos órgãos da Administração direta, das autarquias federais e das fundações instituídas ou mantidas pela União. (BRASIL, 1994)

Alega-se que a natureza da contratação - alimentação - é acessória à finalidade precípua do órgão ou entidade (no caso, instituição federal de ensino), como se deduz da Portaria nº 443/2018, do extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, hoje Ministério da Economia, Indústria, Comércio Exterior e Serviços que, em observância ao art. 2º do Decreto nº 9.507/2018, estabelece, no art. 1º, I, que, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, serão preferencialmente objeto de execução indireta, dentre outros, os serviços de alimentação.

É preciso, entretanto, entender que concessão é uma forma de execução indireta, porém remunerada pelo usuário imediato do serviço. É a autorização para essa fonte de receita, envolvendo ou não imóvel da Administração, o próprio objeto da concessão, com as devidas consequências, como enquadramento do preço dos serviços prestados como tarifas ou preços públicos. Se a Administração está contratando um serviço, do qual é usuária direta, e não concedendo a um particular um serviço que é de sua responsabilidade, independentemente de ser enquadrado como de necessidade essencial ou secundária, como afirmado alhures, aí, sim, não há que se falar em concessão. Assim fosse, estar-se-ia diante de bem público desafetado, para os quais a Administração poderia dar qualquer finalidade, o que não é o caso. Um espaço projetado para ser uma cantina/lanchonete/restaurante dentro de um prédio público (bem público de uso especial, como classifica o CC/2002) se encontra afetado. Assim também entende Carvalho Filho, para quem afetação

é o fato administrativo pelo qual se atribui ao bem público uma destinação pública especial de **interesse direto ou indireto** da Administração. E a desafetação é o inverso: é o fato administrativo pelo qual um bem público é desativado, deixando de servir a finalidade pública anterior. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1083, grifo nosso)

Ou seja, estando o bem afetado, há interesse público direto ou indireto na utilização daquele bem, que se manifesta de forma mais evidente e materialmente pelo serviço lá oferecido, que não necessariamente deve ser prestado exclusivamente pelo Poder Público, bastando a finalidade coletiva e o regime de direito público ao qual a contratação se submete para se caracterizar como serviço público, conforme posicionamento defendido pela doutrina no Capítulo 2 deste TCC. Nesse sentido, até bens privados, repisa-se, quando destinados à prestação de serviços públicos, são considerados afetados, conforme entendimento do Conselho da Justiça Federal também já enfatizado outrora.

Ou seja, se presta serviço público, está afetado, mesmo que pertencente à pessoa jurídica de direito privado. Inversamente, se o bem está afetado e se escolhe particular para que

lá exerça atividade de interesse predominantemente público e que justifica a afetação, nesse bem se opera serviço público, mesmo que seja para atender necessidade secundária. Se há compreensão que um bem particular pode ser afetado (possuir destinação pública) por se entender que presta serviço público, mesmo em posse ou de propriedade de particular, que elemento haveria de diferente em um bem público, afetado, em posse de particular, destinado à prestação de serviços de interessa da Administração, mas que não seriam enquadrados como serviços públicos?

Historicamente, a alimentação foi parte dos serviços executados diretamente, mas que, com o tempo, passaram a ser executados de forma indireta, conforme Decreto nº 9.507/2018. Prova disso é a Lei nº 11.091/2005 que, no Anexo II, com redação dada pela Lei nº 11.233 de 2005, relaciona cargos³⁵ como os de açougueiro, auxiliar de padeiro, auxiliar de cozinha, copeiro, garçom e cozinheiro entre os integrantes do Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação, no âmbito das Instituições Federais de Ensino vinculadas ao Ministério da Educação.

Não há, entretanto, legislação que tutele especificamente, com os devidos procedimentos licitatórios, concessões relacionadas especificamente com imóveis públicos afetados, como os das instituições federais de ensino. A aplicação da Lei nº 8.987/1995, *in casu*, dá-se por analogia, conforme previsão assentada no Decreto-Lei nº 4.657/1942, art. 4º, uma vez que a Lei Geral de Concessões não previu a possibilidade de concessões por parte das autarquias da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, únicos com poderes para realizar concessões e permissões na forma de poder concedente de que trata o inc. I do art. 2º da Lei nº 8.987/1995. Contudo, a própria lei previu, por meio do Parágrafo único do art. 1º, a necessidade de adaptações capazes de atender as peculiaridades das diversas modalidades de seus serviços, o que efetivamente não ocorreu de modo satisfatório, restando a aplicação Lei nº 8.987/1995, por analogia, às concessões relacionadas às instituições federais de ensino, uma vez relacionado o objeto ao regime de concessão, segundo critério do art. 7º, § 3º da Lei nº 8.666/1993.

O conceito de concessão, extraído do inc. II do art. 2º da Lei nº 8.987/1995, é um reforço significativo da tese defendida neste objeto de estudo (imóveis das instituições federais de ensino) que, quando licitado, deve ser entendido como concessão e não como contratação de serviço. Se a contratação de serviço gera uma série de consequências legais e documentais que não poderão ser faticamente atendidas - a exemplo de orçamento e cronograma de despesa - como já foi demonstrado acima, quando se trata de concessões, a expressão *por sua conta e*

³⁵ Muitos desses cargos já foram extintos ou serão assim que vagos, conforme diversos decretos, entre eles Decreto nº 10.185/2019, o que não descredibiliza a fundamentação histórica do argumento.

risco do inc. II do art. 2º da Lei nº 8.987/1995³⁶ deixa a abertura necessária para que a Administração contrate sem ser a responsável direta pelos recursos indispensáveis à manutenção do empreendimento por parte da iniciativa privada. Além disso, ao longo da Lei nº 8.987/1994, fica taxativamente instituído que os serviços podem ser concedidos mediante inclusão de bens de concedente que, ao final da concessão, devem ser devidamente revertidos (devolvidos).

Entendido, após toda essa argumentação, que o regime de execução é de concessão, único que permite, enfatiza-se, incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem (Lei nº 8.666/1993, art. 7º, § 3º), por dedução, tem-se que a modalidade licitatória não somente adequada, mas obrigatória é a concorrência, conforme também se conclui do art. 2º, II, da Lei nº 8.987/1995.

Qualificada a forma de execução do serviço (execução indireta) e o regime (regime de concessão), segue-se a outros detalhes pertinentes a esse tipo de contratação.

Antes da licitação, serviços ou bens sujeitos a concessões necessariamente precisam ter publicado ato justificando a conveniência da outorga de concessão, caracterizando o objeto, área e prazo (Lei nº 8.987/1995, art. 5º). Sendo o meio de formalização da contratação o contrato, este deverá observar os termos da Lei Geral de Concessões, das normas pertinentes e do edital de licitação (Lei nº 8.987/1995, art. 4º).

O regime de concessões pressupõe a prestação do serviço adequando e atual, o que é especialmente coerente para os casos nos quais a Administração contrata com o particular para que este preste os serviços diretamente ao usuário final.

Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (Lei nº 8.987/1995, art. 6º, § 1º).

Por sua vez, serviço atual é aquele que se utiliza de modernas técnicas, equipamentos, instalações e meios de conservação, além de meios hábeis a melhoria e expansão do serviço. Sobretudo quando se trata de serviço público, sabe-se que, em razão da burocracia, o processo de manutenção da atualidade de um serviço é significativamente mais lento do que

³⁶ Art. 2º

[...]

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. (BRASIL, 1995)

o que se opera na iniciativa privada, o que acaba por ser mais uma razão à concessão de alguns serviços, especialmente os de natureza secundária.

Outra vantagem do regime de concessão para o usuário final do serviço é o direito de receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos (Lei nº 8.987/1995, art. 7º, II). Quando contratado como serviço (em vez de concessão), o particular presta serviço diretamente à Administração e, indiretamente, ao usuário, mas tendo somente para com aquela obrigação de prestar esclarecimentos.

Além dos valores referentes ao uso do imóvel público envolvido na concessão, que podem ser fixados ou variar conforme seja usado como critério no julgamento da licitação (Lei nº 8.987/1995, art. 15, II), uma questão relevante é o conceito de tarifa ou preço público, a qual consiste no valor do serviço prestado ao usuário, vinculado ao valor da proposta vencedora da licitação, reajustável de acordo com as regras de revisão previstas na Lei nº 8.987/1995, no edital e no contrato (Lei nº 8.987/1995, art. 9º). Tal conceito é importante porque é a partir dele que se cria a condição de modicidade que integra o conceito de serviço adequado. Considerado somente pelo aspecto privado, o valor de qualquer produto ou serviço visa satisfazer, entre outros objetivos, a maior margem de lucro possível. Quando entendido o preço como tarifa ou preço público, o raciocínio é inverso: para que seja considerado como adequado, condição necessária à prestação de serviço público, o particular deve operar com margens de lucro mais reduzidas que garantam, simultaneamente, a viabilidade econômica (com lucro) da operação e a modicidade das tarifas ou preços públicos prestados aos usuários, com vistas ao maior número de possíveis atendimentos. Como forma de incentivar e viabilizar a modicidade das tarifas, o legislador demarcou, no art. 11 da Lei nº 8.987/1995, que o poder concedente pode prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou provenientes de projetos associados, com ou sem exclusividade. Além disso, entendidos como tarifas ou preços públicos, o valor dos serviços prestados devem ser divulgados em sítio eletrônico da concessionária, de forma clara e de fácil compreensão pelos usuários, em forma de tabela com o valor das tarifas praticadas e a evolução das revisões ou reajustes realizados nos últimos cinco anos (Lei nº 8.974/1995, art. 9º, § 5º, incluído pela Lei nº 13.673, de 2018), aumentando, assim, o controle das tarifas pelos usuários. Adicionalmente, esclarece-se que as tarifas não estão sujeitas às condições de reajuste e revisão estabelecidas no Decreto nº 1.054/1994, já que não se trata de contratação de serviços pela Administração, devendo ser essas condições, por isso, previstas em edital (Lei nº 8.987/1995, art. 18, VIII), cabendo ao poder concedente homologar reajustes e proceder a sua revisão, na forma da lei, das normas pertinentes e do contrato (Lei nº 8.987/1995, art. 29, V).

Os critérios (ou tipos) de seleção da proposta vencedora nas licitações de concessões, são cinco, mas, para nosso objeto, cabem dois: menor valor da tarifa do serviço público prestado e maior oferta pela outorga da concessão (Lei nº 8.987/1995, art. 15, I e II).

Por se tratar de um serviço prestado diretamente ao usuário final, quanto menor o valor da tarifa, mais acessível aos diversos usuários que compõem a comunidade de uma instituição federal de ensino, local de reconhecida frequência de usuários, em sua maioria estudantes, em situação de vulnerabilidade econômica. De forma adicional, a maior oferta, critério para casos em que há pagamento ao concedente pela delegação da concessão, também deve ser considerada, haja vista a utilização de imóvel público, o qual, em razão da Lei nº 6.120/1974, não pode ser concedido de forma gratuita, sob nenhum pretexto. Desta feita, indica-se que, diante do objeto em estudo, o melhor critério para selecionar a proposta vencedora seria uma harmonização dos dois critérios postos acima, o que é legalmente autorizado (Lei nº 8.987/1995, inc. III do art. 15), desde que previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas, na forma do § 1º, do art. 15, da Lei nº 8.987/1995, para avaliação econômico-financeira.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas contratações, devido suas finalidades, possuem dificuldades no momento do enquadramento do objeto à legislação de observância obrigatória. Em razão dessa dificuldade, há casos em que se pode deparar com um certo “contorcionismo legal”, não amparado pela melhor hermenêutica ou pelo exame mais detido do objeto da contratação, fundamentais à resolução do caso concreto. De forma a superar falsamente essas dificuldades, chega-se, às vezes, a consensos escudados no cansaço do debate sobre a matéria, que podem permanecer fática e logicamente inconclusivos.

Cabe à academia contribuir em qualquer debate em que se busque a verdade mediante critérios científicos, inclusive naqueles em que falsamente ela já tenha sido encontrada, apresentando variáveis antes desconhecidas ou ignoradas e que, quando consideradas, podem alumbrar novos caminhos, considerações e conclusões.

Este estudo tomou como paradigma o entendimento da Consultoria-Geral da União (CGU) e do Tribunal de Contas da União (TCU) para contratações de serviços de alimentação que envolvem imóveis públicos, o qual aponta o pregão como modalidade aplicável a essas contratações, por se tratarem os serviços, ainda segundo TCU e CGU, do verdadeiro objeto da contratação, dando por irrelevante a necessidade de utilização de bem público pelo particular para esses casos, tida como simples acessório da contratação.

De forma diversa, este trabalho considera que se trata de concessão de serviço público, por ser esse, entre outras razões apontadas, o único regime que permite que sejam incluídas, no edital e no contrato, fontes de receita para o contratado, que necessariamente precisa custear o empreendimento, que não provenham diretamente da Administração. Tal permissão só é autorizada, segundo a norma, sob o regime de concessão.

Os imóveis das instituições federais de ensino, quando afetados, são bens públicos de uso especial, de acordo com a classificação do CC/2002. Especialmente por serem dotados de destinação pública, possuem, em razão da afetação, uma série de prerrogativas, a exemplo da impenhorabilidade, que, de forma geral, normalmente não alcança o patrimônio privado, justamente porque nesses imóveis se desempenham e se prestam serviços públicos.

Quando esses imóveis são destinados ao usufruto de particulares, mantendo-se predominantemente sua utilidade pública, devem passar pelo devido procedimento licitatório, de modo a possibilitar tanto o alcance da proposta mais vantajosa para Administração, objeto imediato da licitação, como o respeito ao princípio constitucional da isonomia e do formalismo procedimental.

Mesmo prestado por particular devidamente selecionado, a natureza do serviço ofertado nesses imóveis não se caracteriza como pública, já que a Administração não é obrigada a executar diretamente todos os serviços que presta e a prestação do serviço de forma indireta, como foi demonstrado, também não o desqualifica de seu caráter público, assim como não destitui a Administração de sua titularidade. Contudo, quando se permite que particular opere tais serviços, por meio de patrimônio público que continua a ser utilizado no interesse coletivo, recebendo diretamente do usuário a remuneração que financia o empreendimento, tem-se explicitamente delegação de serviço público sob regime de concessão.

Sendo assim, em razão do que será exposto a seguir, licitações envolvendo imóveis de instituições federais de ensino devem observância mandatória às seguintes normas: Lei nº 6.120/1974, a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 8.987/1994.

Tendo por base a Lei nº 8.666/1993 para identificação do regime de concessão, devido à ausência de tutela pormenorizada sobre o procedimento licitatório aplicável a esse regime, recorreu-se à Lei nº 8.987/1995, aplicável, *in casu*, por analogia, já que, observando também a Lei nº 6.120/1974, não figuram explicitamente autarquias ou fundações públicas entre os poderes concedentes, o que se mostrou imprescindível à consignação das regras empregáveis aos procedimentos licitatórios de concessão com imóveis das instituições federais de ensino.

Tomando-se a Lei nº 8.987/1995 e a Lei nº 6.120/1974 como supedâneo, considera-se como a modalidade de licitação cabível a concorrência. A primeira literalmente determina essa modalidade para casos de concessões de serviços públicos, envolvendo ou não patrimônio público. A segunda, por sua vez, o faz taxativamente para simples locações de imóveis desafetados das instituições federais de ensino, o que, por interpretação extensiva, alcança qualquer outra transação envolvendo esses mesmos imóveis, especialmente em casos em que o interesse público se faça presente e predominante.

Considera-se como tipo ou critério ideal, ainda com base na Lei nº 8.987/1995, o que aglutine dois dos critérios elencados pela norma, o que é permitido legalmente: a maior oferta pela delegação da concessão e o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado, o que propende a se observar o máximo interesse público envolvido, uma vez que a contratação visa o menor preço público ou tarifa do serviço para atendimento do maior número possível de usuários, mas também a constituição de fonte de receita que, em última análise, deve ser revertida ao usuário, segundo a Lei nº 6.120/1974, art. 4º e Parágrafo único, em forma de edificações, serviços de infraestrutura, instalações, equipamentos e urbanização, ou empregado em despesas de custeio.

Seguindo-se a contratação na modalidade e com os critérios ou tipos licitatórios indicados, permite-se deferência ao princípio da legalidade, que não pode ser inferiorizado ou desprestigiado em razão da submissão irrestrita aos princípios da finalidade ou da eficiência.

REFERÊNCIAS

AGU. **Parecer-Plenário nº 01/2016/CNU-Decor-CGU/AGU**. Advocacia-Geral da União. Brasília, p. 1-18. 2016.

ARAÚJO, E. N. D. **Curso de direito de Administrativo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010)**, Rio de Janeiro, set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 2 mai. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946. **Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências.**, Rio de Janeiro, set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del9760.htm>. Acesso em: 1 mai. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. **Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.**, Brasília, fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967. **Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências.**, Brasília, fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0271.htm>. Acesso em: 5 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.120, de 15 de outubro de 1974. **Dispõe sobre a alienação de bens imóveis de instituições federais de ensino e dá outras providências.**, Brasília, out. 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6120.htm>. Acesso em: 3 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre o Processo Discriminatório de Terras Devolutas da União, e dá outras Providências.**, Brasília, dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6383.htm>. Acesso em: 2 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.**, Brasília, ago. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em: 2 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981. **Dispõe Sobre a Aquisição, Por Usucapião Especial, de Imóveis Rurais, Altera a Redação do § 2º do art. 589 do Código Civil e dá outras providências.**, Brasília, dez. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6969.htm>. Acesso em: 4 mai. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. **Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências.**, Brasília, nov. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. **Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica.**, Brasília, dez. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17565.htm>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988., Brasília, out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.**, Brasília, set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 5 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.**, Brasília, set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 4 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.**, Brasília, jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. **Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências.**, Brasília, 10 mai. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm>. Acesso em: 1 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.**, Brasília, jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 3 mai. 2020.

BRASIL. Decreto nº 1.054, de 7 de fevereiro de 1994. **Regulamenta o reajuste de preços nos contratos da Administração Federal direta e indireta, e dá outras providências.**, Brasília, fev. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1054.htm>. Acesso em: 4 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.987, de fevereiro de 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.**, Brasília, fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 3 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho 1997. **Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.**, Brasília, jun. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm>. Acesso em: 3 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.755, de 16 de dezembro de 1998. **Dispõe sobre a criação de "homepage" na "Internet", pelo Tribunal de Contas da União, para divulgação dos dados e informações que especifica, e dá outras providências.**, Brasília, dez. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9755.htm>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.**, Brasília, jan. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 4 mai. 2020.

BRASIL. Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000. **Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.**, Brasília, ago. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000. **Institui, no âmbito da União, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.**, Brasília, mai. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/2026.htm>. Acesso em: 1 mai. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001. **Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências.**, Brasília, set. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2220.htm>. Acesso em: 2 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.**, Brasília, jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 5 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. **Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.**, Brasília, jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm>. Acesso em: 5 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.**, Brasília, dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 3 mai. 2020.

BRASIL. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. **Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.**, Brasília, mai. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5450.htm>. Acesso em: 1 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.091, de 12 de janeiro de 2005. **Dispõe sobre a estruturação do Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação, no âmbito das Instituições Federais de Ensino vinculadas ao Ministério da Educação, e dá outras providências.**

Brasília, jan. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111091.htm>. Acesso em: 1 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.145, de 26 de julho de 2005. **Institui a Fundação Universidade Federal do ABC – UFABC e dá outras providências.**, Brasília, jun. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11145.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. **Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.**, Brasília, ago. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 5 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. **Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.**, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm>. Acesso em: 2 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. **Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e dá outras providências.**, Brasília, jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 2 mai. 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.412, de 18 de junho de 2018. **Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.**, Brasília, jun. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9412.htm>. Acesso em: 1 mai. 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018. **Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.**, Brasília, set. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm>. Acesso em: 4 mai. 2020.

BRASIL. Decreto nº 10.024, de 20 de setembro 2019. **Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, e dá outras providências.**, Brasília, set. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm>. Acesso em: 4 mai. 2020.

BRASIL. Decreto nº 10.185, de 20 de dezembro de 2019. **Extingue cargos efetivos vagos e que vierem a vagar dos quadros de pessoal da administração pública federal e veda a abertura de concurso público e o provimento de vagas adicionais para os cargos que especifica.**, Brasília, dez. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10185.htm>. Acesso em: 2 mai. 2020.

BULOS, I. L. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO FILHO, J. D. S. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

CEARÁ. Lei nº 12.670, de 27 de dezembro de 1996. **Dispõe acerca do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, e dá outras providências.**, Fortaleza, dez. 1996. Disponível em: <<https://belt.al.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/organizacao-tematica/orcamento-financas-e-tributacao/item/6176-lei-n-12-670-de-30-12-96-d-o-de-30-12-96>>. Acesso em: 2 mai. 2020.

CJF. IV Jornada de Direito Civil: Enunciado 287. **Conselho de Justiça Federal**, 3 mai 2020. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/258>>.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FRANÇA, V. D. R. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MADAUAR, O. **Direito administrativo moderno**. 11ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAGALHÃES FILHO, G. B. **Curso de hermenêutica jurídica**. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZA, A. **Manual de direito administrativo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, H. L.; BURLE FILHO, J. E.; BURLE, C. R. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, C. A. B. D. **Curso de direito administrativo**. 26ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
 MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Portaria nº 443, de 27 de dezembro de 2018. **Estabelece os serviços que serão preferencialmente objeto de execução indireta, em atendimento ao disposto no art. 2º do Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018.**, Brasília, dez. 2018. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57219256/do1-2018-12-28-portaria-n-443-de-27-de-dezembro-de-2018-57218981>. Acesso em: 5 mai. 2020.

MOREIRA NETO, D. D. F. **Curso de direito administrativo**. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PAULA, E. L. N. D. A delimitação conceitual do princípio do desenvolvimento nacional sustentável e a necessidade de sua efetiva aplicação às licitações. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre, v. 69, 2017. p. 70-81. Disponível em: <https://lex.com.br/doutrina_27499578_A_DELIMITACAO_CONCEITUAL_DO_PRINCIP>

IO_DO_DESENVOLVIMENTO_NACIONAL_SUSTENTAVEL_E_A_NECCESSIDADE_D
E_SUA_EFETIVA_APLICACAO_AS_LICITACOES.aspx>. Acesso em: 26 abr. 2020.

ROCHA, S. L. F. D. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ROSILHO, A. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

STF. RECURSO EXTRADORDINÁRIO: RE 407.203-4/RS. Relator: Ministro Carlos Veloso. DJ: 07/03/2006. **Supremo Tribunal Federal**, 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=439294>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

STF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADFP 101/DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ: 24/06/2009. **Supremo Tribunal Federal**, 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 6 mai. 2020.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 599628/DF. Relator: Ministro Ayres Brito. DJ: 25/05/2011. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, mai. 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+599628%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+599628%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/anqp7am>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

STF. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 643686 RG/BA. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 11/04/2013. **Supremo Tribunal Federal**, 2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CORREIOS+E+SERVICO+ADJ+PUBLICO%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y94g4gzt>>. Acesso em: 1 mai. 2020.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 627.189/SP. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 08/06/2016. **Supremo Tribunal Federal**, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>>. Acesso em: 4 mai. 2020.

STJ. SÚMULA Nº 103. **Incluem-se entre os imóveis funcionais que podem ser vendidos os administrados pelas Forças Armadas e ocupados por servidores civis.**, Brasília, 19 mai. 1994. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010_7_capSumula103.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2020.

S

TJ. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgInt no AREsp 414786/MG. Relator: Ministro Sérgio Kukina. DJ: 30/03/2020. **Superior Tribunal de Justiça**, 2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303527815&dt_publicacao=02/04/2020>. Acesso em: 01 mai. 2020.

STRECK, L. L. O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 out. 2013. ISSN ISSN 1809-2829. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>>. Acesso em: 3 mai. 2020.

TCU. REPRESENTAÇÃO: Acórdão 2844/2010 - Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. DS: 27/10/2010. **Tribunal de Contas da União**, 2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1160900/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse>. Acesso em: 29 abr. 2020.

TCU. REPRESENTAÇÃO: Acórdão 478/2016 - Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. DS: 02/03/2016. **Tribunal de Contas da União**, 2016. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO:478%20ANOACORDAO:2016%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20>. Acesso em: 01 mai 2020.

TCU. REPRESENTAÇÃO: Acórdão 559/2017 - Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. DS: 29/03/2017. **Tribunal de Contas da União**, 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-2256488/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse>. Acesso em: 5 mai. 2020.

TCU. REPRESENTAÇÃO: Acórdão 1528/2019 - Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. DS: 03/07/2019. **Tribunal de Contas da União**, 2019. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/obriga%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520ADJ%2520de%2520ADJ%2520licitar/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/4/%2520?uuid=50bf0f70-9c65-11ea-8c9e-977c9c26658f>>. Acesso em: 1 mai. 2020.