



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA
DE SANTA CATARINA
GABINETE
RUA 14 DE JULHO, 150 - COQUEIROS CEP: 88075-010

PARECER n. 00280/2023/GAB/PF/IFSC/PGF/AGU

NUP: 23292.011447/2023-76

INTERESSADOS: REITORIA IFSC

ASSUNTOS: LICITAÇÕES E OUTROS

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO SOB A MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO – TIPO MAIOR DESCONTO – CUJO OBJETO – CONCESSÃO ONEROSA DE USO DE ESPAÇO FÍSICO DO IFSC PARA SERVIÇOS DE CANTINA NO CAMPUS TUBARÃO DO IFSC – **SOMOS PELA APROVAÇÃO.**

I – RELATÓRIO

Vistos, lidos e examinados estes autos, etc.

1. O exame desta Procuradoria Federal em execução junto ao IFSC se dá nos termos do art. 11 c/c artigo 18 da Lei Complementar nº 73/93 – Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, e do art. 10, § 1º, da Lei nº 10.480/2002, subtraindo-se análises que importem considerações de ordem técnica, financeira ou orçamentária, considerando a delimitação legal de competência institucional deste Órgão, que requer análise jurídica da legalidade da Minuta de Edital de Pregão Eletrônico objetivando a **concessão onerosa de espaço físico do IFSC – tipo maior desconto sobre o cardápio mínimo – para prestação de serviços de cantina para o campus Tubarão do IFSC.**

2. Ao compulsar o presente expediente, é possível extrair que o feito fora regularmente iniciado, tendo sido protocolizado e registrado.

3. Partindo-se da análise dos princípios reitores da administração elencados no art. 37 da CF pelo princípio da legalidade, primeiramente, faz-se necessário iniciar sua abordagem pela interpretação sistemática que se extrai da leitura conjunta daquele dispositivo voltado especificamente à Administração com o enunciado voltado a toda sociedade e encartado no art. 5º, II da CF. Enquanto este mandamento assegura a todos, indistintamente, a prerrogativa de liberdade de somente se obrigarem a fazer o que determina a lei, aquele outro mandamento restringe de forma específica que o agente público somente pode agir nos limites permitidos pela lei.

4. A interpretação que se extrai desta leitura conjunta é de que enquanto o particular não tem poderes ou prerrogativas, mas pode fazer tudo que a lei não proíbe, o agente público tem poderes ou prerrogativas, mas só pode fazer o que a lei expressamente autoriza. De certa forma, pode-se sintetizar que, em regra, entre particulares, vigora a

autonomia da vontade, enquanto que, em sede pública, a administração e o agente público têm vontades delimitadas pela lei e pelo interesse público.

5. Feita esta introdução geral, atentando-se especificamente para a sede pública, releva que o princípio da legalidade, mencionado no art. 37 da CF, exige que os agentes públicos mantenham sua atuação funcional delimitada por previsão legal.

6. A presente Minuta do Edital tem por objeto a **Concessão onerosa de espaço físico do IFSC para prestação de serviços de cantina para o campus Tubarão do IFSC.**

7. O Processo foi instruído com as seguintes informações:

- o Formulário de Acompanhamento dos Processos;
- o Termo de Abertura de Processo;
- o Solicitando Autorização para abertura do Processo ;
- o Estudo Técnico Preliminar;
- o Relatório dos Itens com as Requisições ;
- o Mapa de Riscos;
- o Termo de Referência de Funcionamento das Cantinas;
- o Quadro de Especificações Mínimas;
- o Portaria designando servidores como membros da comissão permanente de licitação;
- o Minuta do Edital e Anexos;
- o Despacho

É o relatório, em breve resumo.

OPINO.

II- FUNDAMENTAÇÃO

8. A modalidade de licitação eleita encontra-se amparada no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, na Lei nº 8.666/93.

9. Inicialmente, oportuno trazer à colação a Lei nº 6.120, de 15 de outubro de 1974, ainda em vigor, que dispõe sobre a alienação de bens imóveis de instituições federais de ensino, *in verbis*:

Art. 1º. As instituições federais de ensino, constituídas sob a forma de autarquia de regime especial ou mantidas por fundações de direito público, poderão alienar, mediante contrato de compra e venda, os bens imóveis de sua propriedade, que se tornarem desnecessários às suas finalidades, na forma desta Lei.

§1º. A alienação de que trata este artigo dependerá de autorização por decreto do Presidente da República e será precedida de prévia aprovação do respectivo colegiado deliberativo máximo, decidida em reunião especialmente convocada e pelo voto de, no mínimo dois terços dos seus membros.

§2º. O processo de alienação obedecerá o disposto no Título XII, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Art 2º. Os imóveis de que trata esta Lei poderão ainda ser objeto de:

a) Permuta, sob condições especiais;

b) Hipoteca, para garantia de empréstimos contraídos junto a estabelecimentos de crédito oficiais;

c) Locação.

§1º. A permuta e a hipoteca também dependem de prévia autorização do Presidente da República, nos termos do disposto no § 1º do artigo anterior.

§2º. Somente se dará a execução da hipoteca após manifestação do Ministério da Educação e Cultura sobre o interesse na solvência do débito por outra forma que não a execução.

§3º. Na hipótese do parágrafo anterior o Ministro da Educação e Cultura apurará se houver má fé na instrução do processo que autorizou a operação ou na execução do contrato, promovendo as responsabilidades civil, criminal e administrativa respectivas, conforme o caso.

§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.

Art 3º. O processo para alienar, permutar, gravar ou locar obedecerá normas baixadas pelo Ministro da Educação e Cultura.

Art 4º. O produto das operações de que trata esta Lei será empregado, necessariamente, nos campus universitários ou nas sedes das instituições em despesas relativas a edificações, serviços de infraestrutura, instalações, equipamentos e urbanização.

Parágrafo único. Quando o campus ou sede for considerado completo o produto da locação poderá ser empregado em despesas de custeio.

Art 5º. Em nenhuma hipótese será permitida a doação ou cessão gratuita, a qualquer título, de bens imóveis das instituições de que trata esta Lei.

Art 6º. Em qualquer dos casos previstos nesta Lei, serão sempre respeitadas as cláusulas restritivas resultantes de tombamento determinado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e a utilização do imóvel deverá ser, preferentemente, em finalidades compatíveis com a sua destinação histórica.

Art 7º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

10. A Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, traz o seguinte disciplinamento quanto à cessão:

Art. 18. A critério do Poder Executivo poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei no 9.760, de 1946, imóveis da União a: Decreto nº 3.725, de 10.1.2001

I – Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos das áreas de educação, cultura, assistência social ou saúde; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

II – pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional.

§1º. A cessão de que trata este artigo poderá ser realizada, ainda, sob o regime de concessão de direito real de uso resolúvel, previsto no art. 7º do Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967,

aplicando-se, inclusive, em terrenos de marinha e acrescidos, dispensando-se o procedimento licitatório para associações e cooperativas que se enquadrem no inciso II do caput deste artigo.

§2º. O espaço aéreo sobre bens públicos, o espaço físico em águas públicas, as áreas de álveo de lagos, rios e quaisquer correntes d'água, de vazantes, da plataforma continental e de outros bens de domínio da União, insusceptíveis de transferência de direitos reais a terceiros, poderão ser objeto de cessão de uso, nos termos deste artigo, observadas as prescrições legais vigentes.

§3º. A cessão será autorizada em ato do Presidente da República e se formalizará mediante termo ou contrato, do qual constarão expressamente as condições estabelecidas, entre as quais a finalidade da sua realização e o prazo para seu cumprimento, e tornar-se-á nula, independentemente de ato especial, se ao imóvel, no todo ou em parte, vier a ser dada aplicação diversa da prevista no ato autorizativo e consequente termo ou contrato.

§4º. A competência para autorizar a cessão de que trata este artigo poderá ser delegada ao Ministro de Estado da Fazenda, permitida a subdelegação.

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

§6º. Fica dispensada de licitação a cessão prevista no caput deste artigo relativa a:

I - bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

II - bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública e cuja ocupação se tenha consolidado até 27 de abril de 2006.

§7º. Além das hipóteses previstas nos incisos I e II do caput e no § 2º deste artigo, o espaço aéreo sobre bens públicos, o espaço físico em águas públicas, as áreas de álveo de lagos, rios e quaisquer correntes d'água, de vazantes e de outros bens do domínio da União, contíguos a imóveis da União afetados ao regime de aforamento ou ocupação, poderão ser objeto de cessão de uso.

Art. 19. O ato autorizativo da cessão de que trata o artigo anterior poderá:

I - permitir a alienação do domínio útil ou de direitos reais de uso de frações do terreno cedido mediante regime competente, com a finalidade de obter recursos para execução dos objetivos da cessão, inclusive para construção de edificações que pertencerão, no todo ou em parte, ao cessionário;

II - permitir a hipoteca do domínio útil ou de direitos reais de uso de frações do terreno cedido, mediante regime competente, e de benfeitorias eventualmente aderidas, com as finalidades referidas no inciso anterior;

III - permitir a locação ou o arrendamento de partes do imóvel cedido e benfeitorias eventualmente aderidas, desnecessárias ao uso imediato do cessionário;

IV - isentar o cessionário do pagamento de foro, enquanto o domínio útil do terreno fizer parte do seu patrimônio, e de laudêmios, nas transferências de domínio útil de que trata este artigo;

V - conceder prazo de carência para início de pagamento das retribuições devidas, quando:

- a) for necessária a viabilização econômico-financeira do empreendimento;
- b) houver interesse em incentivar atividade pouco ou ainda não desenvolvida no País ou em alguma de suas regiões; ou
- c) for necessário ao desenvolvimento de microempresas, cooperativas e associações de pequenos produtores e de outros segmentos da economia brasileira que precisem ser incrementados.

VI - permitir a cessão gratuita de direitos enfiteúticos relativos a frações de terrenos cedidos quando se tratar de regularização fundiária ou provisão habitacional para famílias carentes ou de baixa renda.

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

Parágrafo único. A cessão de que trata este artigo será formalizada pelo chefe da repartição, estabelecimento ou serviço público federal a que tenha sido entregue o imóvel, desde que aprovada sua realização pelo Secretário-Geral da Presidência da República, respectivos Ministros de Estado ou autoridades com competência equivalente nos Poderes Legislativo ou Judiciário, conforme for o caso, e tenham sido observadas as condições previstas no regulamento e os procedimentos licitatórios previstos em lei.

Art. 21. Quando o projeto envolver investimentos cujo retorno, justificadamente, não possa ocorrer dentro do prazo máximo de 20 (vinte) anos, a cessão sob o regime de arrendamento poderá ser realizada por prazo superior, observando-se, nesse caso, como prazo de vigência, o tempo seguramente necessário à viabilização econômico-financeira do empreendimento, não ultrapassando o período da possível renovação.

in verbis: 11. Ao regulamentar a Lei nº 9.636, de 1998, o Decreto nº 3.725, de 10 de janeiro de 2001, dispõe que, *in*

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

I - posto bancário;

II - posto dos correios e telégrafos;

III – restaurante e lanchonete;

IV – central de atendimento a saúde;

V – creche; e

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

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

Art. 13. A cessão de que trata o artigo anterior será formalizada pelo chefe da repartição, estabelecimento ou serviço público federal a que tenha sido entregue o imóvel, desde que aprovada sua realização pelo Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, respectivos Ministros de Estado ou autoridades com competência equivalente nos Poderes Legislativo e Judiciário, conforme for o caso, observados os procedimentos licitatórios previstos em lei e as seguintes condições:

I – disponibilidade de espaço físico, de forma que não venha a prejudicar a atividade-fim da repartição;

II – inexistência de qualquer ônus para a União, sobretudo no que diz respeito aos empregados da cessionária;

III – compatibilidade de horário de funcionamento da cessionária com o horário de funcionamento do órgão cedente;

IV – obediência às normas relacionadas com o funcionamento da atividade e às normas de utilização do imóvel;

V – aprovação prévia do órgão cedente para realização de qualquer obra de adequação do espaço físico a ser utilizado pela cessionária;

VI – precariedade da cessão, que poderá ser revogada a qualquer tempo, havendo interesse do serviço público, independentemente de indenização;

VII – participação proporcional da cessionária no rateio das despesas com manutenção, conservação e vigilância do prédio;

VIII – quando destinada a empreendimento de fins lucrativos, a cessão deverá ser sempre onerosa e sempre que houver condições de competitividade deverão ser observados os procedimentos licitatórios previstos em lei; e

IX – outras que venham a ser estabelecidas no termo de cessão, que será divulgado pela Secretaria do Patrimônio da União.

12. Por sua vez, a Lei nº 8.666, de 1993, disciplina que:

Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

13. Na Coletânea de Entendimentos da Controladoria-Geral da União (CGU) sobre Gestão de Recursos das Instituições Federais de Ensino Superior e dos Institutos que compõem a Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica consta a seguinte pergunta: 23. *As IFEs podem ceder o uso de bens imóveis? Em que situações?* Eis a resposta:

Sim. A titularidade do uso dos bens públicos está adstrita à Administração Pública. Entretanto, o uso decorre de ato discricionário da administração, podendo ser direto (própria administração) ou indireto (por particular), mediante autorização, permissão ou cessão de uso.

Os bens das Instituições Federais de Ensino/IFEs são caracterizados como bens de uso especial, de uso oneroso ou gratuito, destinados às atividades específicas da Instituição, observando-se o interesse público.

A cessão, à pessoa jurídica ou física, de bens imóveis da IFE deverá atender ao interesse público e social, quanto à atividade a ser desenvolvida no local, sendo o valor cobrado, excetuando-se os casos expressamente autorizados em lei, definido mediante pesquisa de preços.

A cessão para a prestação dos serviços definidos no art. 12, Decreto n.º 3.725/01 (posto bancário, posto dos correios e telégrafos, restaurante e lanchonete, central de atendimento à saúde, creche), está condicionada à utilização exclusiva para atendimento das necessidades da Instituição e seus servidores, e deverá observar as seguintes condições:

I – disponibilidade de espaço físico, de forma que não venha a prejudicar a atividade-fim da Instituição;

II – inexistência de qualquer ônus para a União, sobretudo no que diz respeito aos empregados da cessionária;

III – compatibilidade de horário de funcionamento da cessionária com o horário de funcionamento do órgão cedente;

IV – obediência às normas relacionadas com o funcionamento da atividade e às normas de utilização do imóvel;

V – aprovação prévia do órgão cedente para realização de qualquer obra de adequação do espaço físico a ser utilizado pela cessionária;

VI – precariedade da cessão, que poderá ser revogada a qualquer tempo, havendo interesse do serviço público, independentemente de indenização;

VII – participação proporcional da cessionária no rateio das despesas com manutenção, conservação e vigilância do prédio;

VIII – quando destinada a empreendimento com fins lucrativos, a cessão deverá ser sempre onerosa e sempre que houver condições de competitividade deverão ser observados os procedimentos licitatórios previstos em lei; e

IX – outras que venham a ser estabelecidas no termo de cessão, que será divulgado pela Secretaria do Patrimônio da União.

14. Importa assinalar, por oportuno, que o Egrégio Tribunal de Contas da União tem feito a distinção entre **concessão de direito real de uso**, que só admite a modalidade concorrência e cujo contrato deverá ser inscrito no Cartório de Registro de Imóveis (CRI), e **cessão administrativa de uso**, que admite qualquer uma das modalidades previstas na Lei nº 8.666/93 e cujo contrato não exige averbação no CRI, especialmente porque sua regência se dá exclusivamente pelo direito administrativo (**Acórdão nº 1.502/2005 – Segunda Câmara**). Segue excerto desse julgado, *in verbis*:

(...)

Nesse sentido, transcreveu a analista instrutora trecho do Relatório e Voto condutor da Decisão 1.695/2002-TCU-Plenário:

“O artigo 17, § 2º, da Lei nº 8.666/93 preceitua que ‘a Administração poderá conceder direito real de uso de bens imóveis, dispensada licitação, quando o uso se destina a outro órgão ou entidade da Administração Pública’. Concessões dessa natureza, vale dizer, têm objeto vinculado, pois o Decreto-lei nº 271, de 28/02/67, ao instituir ‘a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel’, delimitou seus fins específicos, a saber: urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social (artigo 7º).

In casu, todavia, o instituto em exame é a concessão administrativa de uso, matéria não disciplinada na legislação federal. O assunto já foi objeto de análise do Tribunal, cabendo reproduzir, dada sua pertinência, algumas das considerações expendidas pelo nobre Ministro Adhemar Paladini Ghisi no judicioso Voto condutor da Decisão nº 207/95 - 2ª Câmara (in Ata nº 28):

(...)

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

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

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

4. Nesse sentido, vale lembrar a abrangência do art. 2º da Lei nº 8.666/93, que dispôs: ‘As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente **precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei.**’

5. Conforme se verifica, o mencionado art. 2º utilizou o termo ‘concessão’ referindo-se ao gênero, e não à espécie. Assim o fazendo, tornou necessária a licitação em toda e qualquer concessão, seja ela ‘administrativa de uso’ ou ‘de direito real de uso’. O Estatuto fez distinção apenas quanto à modalidade de licitação a ser empregada, tornando obrigatória a realização de concorrência somente para as concessões de direito real de uso.

15. Nesse sentido, verifica-se não ser aplicável ao presente caso o disposto no art. 23, §3º, da Lei nº 8.666/93, já que não se trata de **concessão de direito real de uso**, onde seria obrigatório o manejo da *modalidade concorrência*, mas sim de **cessão administrativa de uso** de bem público, **onde a escolha da modalidade licitatória fica atrelada ao valor do contrato, ou, como no caso, à estimativa de faturamento da empresa que receberá, em cessão, o conjunto de bens para exploração econômica.**

16. Em relação à espécie da cessão administrativa de uso, se onerosa ou gratuita, embora o art. 5º da Lei nº 6.120/74 vede a cessão gratuita de bens imóveis das IFES, a verdade é que o caso dos autos, a meu ver, não configura situação de cessão gratuita.

17. Isso porque a cessão de que trata os autos é uma cessão administrativa, e não uma cessão meramente privada. Ou seja, ela está preordenada a atender uma finalidade pública de interesse da própria IFES, que deve viabilizar o adequado fornecimento de alimentação para a comunidade acadêmica que circula no interior do Campus.

18. Daí, pois, a necessidade de se criar mecanismos, como esse de isenção da taxa mensal de utilização, para que a empresa, caso se frustrem as expectativas de vendas de alimentação, não venha a abandonar o contrato por conta de inviabilidade econômica da exploração da CANTINA.

19. Tenho, então, que a desoneração de despesa de aluguel do prédio e equipamentos da CANTINA não está a agredir o disposto no art. 5º da Lei nº 6.120/74, posto que se está diante de **cessão administrativa de uso**, preordenada a atender uma finalidade pública, e não diante de cessão meramente privada, sem qualquer vinculação a um interesse público, sendo essa última, pois, a situação regulada pelo referido dispositivo legal.

20. Em abono a essa tese, assim prevê a Lei nº 9.636, de 1998, *in verbis*:

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

(...)

II – **pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social** ou de aproveitamento econômico de interesse nacional.

21. Ademais, não se pode olvidar também que o preço da alimentação a ser praticado na CANTINA, dadas as suas características, tem um viés de política social bastante forte, o que não pode ser ignorado por ocasião da fixação da taxa pelo uso do bem a ser cedido.

22. A comissão de Licitação juntou no processo uma planilha de orçamento de Cardápio Mínimo para contratação onerosa do espaço de cantina.

23. O Plenário do Tribunal de Contas da União, no âmbito do Relatório de Auditoria, processo TC-016.097/2005-0, **Acórdão nº 1.446/2006 - Plenário** relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, julgado na sessão ordinária de 16/08/2006, criou precedente para admitir a cessão administrativa gratuita (onerosa) de uso do espaço público, a fim de obter condições mais vantajosas para a Administração Pública. Dada a relevância da argumentação, pede-se vênua para transcrever o trecho seguinte:

RELATÓRIO

(...)

CONCLUSÃO e PROPOSTA

Observando que a exploração de restaurantes e lanchonetes na Câmara dos Deputados caracteriza-se, pela onerosidade, isto é, a exceção do contrato 2004.173.0 (firmado com a Hibisco Self Service Ltda.), em todos os demais (contratos 2004/185.0, 2004/183.0 e 2004/182.0) é cobrado, além do ressarcimento devidos, como água, energia, telefone e manutenção de equipamentos e instalações, que são devidos, um valor mensal pela ‘cessão’ do espaço;

Observando que o repasse deste valor mensal aos restaurantes e lanchonetes, que é o caracterizador da onerosidade, vai de encontro ao interesse público prevalecente neste tipo de

concessão, que é o de oferecer refeições e lanches aos parlamentares e servidores ao menor preço e maior qualidade possíveis;

Observando que não é papel do Estado, na concessão de espaços públicos para restaurantes e lanchonetes, dentro de suas repartições, atuar como locador de ‘imóveis’, nem outorgar a seus concessionários o título de ‘locatários’, cobrando-lhes uma retribuição pelo uso destas áreas;

(...)

14. E, diante do exposto, submetemos os autos à consideração superior propondo que este Tribunal possa:

14.1 Firmar o entendimento no sentido de que:

a) a modalidade de outorga de uso de bens públicos, aplicável a restaurantes e lanchonetes é ‘concessão administrativa’ não onerosa, devendo ser precedida de licitação, preferencialmente na modalidade de concorrência;

(...)

VOTO DO MINISTRO RELATOR

(...)

Em relação à onerosidade e ao prazo de vigência dos contratos de concessão de uso de áreas da Administração Pública para restaurantes e lanchonetes, gostaria de tecer algumas considerações.

A Câmara dos Deputados dispõe de cinco restaurantes e sete lanchonetes, destinados ao atendimento de seus diversos públicos usuários: parlamentares, servidores, empregados terceirizados e visitantes.

Em cumprimento ao Ato da Mesa nº 18, de 2003, que veda a exploração monopolista dos restaurantes e lanchonetes da Câmara dos Deputados, foi estabelecido novo modelo de licitação para concessão de uso de área daquele órgão legislativo, segundo o qual ao licitante vencedor será outorgado o direito de explorar somente um lote ou bloco, assim entendido como agrupamento básico de restaurantes e/ou lanchonetes. Essa vedação estende-se igualmente às pessoas jurídicas administradas ou controladas por quotista ou concessionária de exploração de quaisquer dos restaurantes e lanchonetes da Câmara.

Como já comentei alhures, a medida destina-se a aumentar a competitividade dos certames públicos, selecionar proposta mais vantajosa para a Administração, melhorar a qualidade dos serviços prestados pelos novos concessionários e atender às necessidades de clientela diversificada da Câmara dos Deputados.

Privilegiando a especialização dos serviços, as necessidades da clientela diferenciada e tendo em vista a escala de produção estimada em cada conjunto de unidades, a Administração da Câmara dos Deputados promoveu licitação para cada um dos seguintes lotes ou blocos:

VIDE TABELA NO DOCUMENTO ORIGINAL

Para cada licitação de um dos blocos mencionados, foi adotado um critério específico de julgamento, a saber:

a) Bloco 1 - Para esse bloco, a licitação foi realizada pelo menor preço da refeição e do lanche. A cessão de uso de área foi realizada **a título gracioso**, isto é, não havia a obrigação de o concessionário realizar o pagamento pela utilização do espaço público, de instalações e equipamentos da Câmara dos Deputados. A contratada arca, porém, com as despesas de consumo de água, energia elétrica e de telefone;

b) Blocos 2 e 3 - Nesses blocos, a licitação foi realizada com base na **maior oferta pela cessão de uso dos espaços, instalações e equipamentos** da Câmara dos Deputados, além das despesas de consumo de água, energia elétrica e uso de telefone. Ou seja, a cessão de uso para esses espaços públicos foi a título oneroso.

A considerar que grande parte dos servidores, empregados terceirizados e demais usuários da Câmara dos Deputados utilizam os restaurantes e lanchonetes compreendidos no Bloco 1, como se depreende da expressiva produção diária dessas unidades alimentícias (1300 refeições e 980 lanches), a Administração da Câmara optou pela concessão de uso gracioso desse lote.

Ao fazê-lo, a Câmara dos Deputados buscou proporcionar aos seus servidores e demais prestadores de serviços as condições necessárias para o oferecimento de refeições e lanches a preços módicos e de boa qualidade. Ao mesmo tempo, satisfaz o interesse público que se traduz em ganhos de produtividade com a permanência do trabalhador no local de serviço, evitando, assim, perdas de tempo decorrentes de eventuais deslocamentos e os transtornos advindos da sobrecarga de restaurantes e lanchonetes de órgãos públicos situados na vizinhança daquela casa legislativa. Portanto, é indubitável a legitimidade e a motivação do ato administrativo que optou pela concessão, a título gracioso, de uso de área, equipamentos e instalações da Câmara dos Deputados para o funcionamento de restaurantes e lanchonetes que integram o Bloco 1.

Resta saber se há amparo legal para a concessão graciosa de uso bem público da Câmara dos Deputados para exploração desses serviços.

Ao regulamentar a Lei nº 9.636/1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, o Decreto nº 3.725/2001 prescreveu o seguinte:

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

(...)

III – restaurante e lanchonete;

(...)

Art. 13. A cessão de que trata o artigo anterior será formalizada pelo chefe da repartição, estabelecimento ou serviço público federal a que tenha sido entregue o imóvel, desde que aprovada sua realização pelo Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, respectivos Ministros de Estado ou autoridades com competência equivalente nos Poderes Legislativo e Judiciário, conforme for o caso, observados os procedimentos licitatórios previstos em lei e as seguintes condições:

(...)

VIII - quando destinada a empreendimento de fins lucrativos, a cessão deverá ser sempre onerosa e sempre que houver condições de competitividade deverão ser observados os procedimentos licitatórios previstos em lei; e

(...)

Percebe-se que a exegese literal do art. 12, inciso III, c/c o art. 13, inciso VIII, do Decreto nº 3.725/2001 pode conduzir à interpretação estrita de que a utilização de espaços públicos para exploração de restaurantes e lanchonetes por sociedades empresárias do ramo alimentício deva ser precedida de licitação, havendo ambiente concorrencial, e realizada necessariamente por meio de cessão onerosa. Sobre a necessidade de prévia licitação, despidendo fazer maiores comentários, uma vez que essa exigência é explícita na Constituição Federal (art. 37, inciso XXI) e na Lei (arts. 2º, 3º, 57, §3º, e 121, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993).

Entretanto, com relação à obrigatoriedade da cessão onerosa de todos os espaços públicos destinados a esses empreendimentos, a interpretação estrita do dispositivo regulamentador poderá contrariar o interesse público subjacente em proporcionar à Administração ganhos de eficiência, por intermédio da busca de soluções que contribuam indiretamente para o aumento do desempenho do órgão.

Tendo em vista que a lei deve ter em mira um fim social maior, a melhor forma de alcançar esse desiderato é delinear o sentido que se dá à expressão “empreendimentos de fins lucrativos”. Esses termos não devem ser analisados apenas sob o prisma exclusivo do concessionário privado, o qual sempre visará ao lucro em suas contratações realizadas com a Administração Pública. Para melhor compreensão e alcance do sentido da norma há de se acrescentar a utilidade geral e efetiva do serviço prestado no âmbito Administração Pública.

Os restaurantes de autoatendimento e lanchonetes situados nos edifícios das repartições públicas e que se destinem ao atendimento precípua de ampla gama de servidores, prestadores de serviço e demais usuários dessas unidades assumem certa peculiaridade em não concorrerem diretamente pela clientela de outros estabelecimentos alimentícios presentes no comércio em geral (shopping centers, áreas comerciais de restaurantes, clubes, etc). Significa dizer que a probabilidade de um cliente não-servidor preferir realizar suas refeições e lanches diários em qualquer repartição pública é mínima, salvo nas circunstâncias em que o coloque como prestador de serviços desses órgãos ou entidades, ou por conveniência de proximidade do local de trabalho ou moradia.

(...)

A presença de todas essas características - atendimento exclusivo à maior parte dos servidores, prestadores de serviços e demais visitantes do órgão público, apresentação de serviços comuns e execução dos serviços em ambiente não-concorrencial, no interesse exclusivo da administração - colocam o caráter mercantil da exploração desses espaços públicos como elemento acessório do contrato de concessão de uso de bem público destinado aos restaurantes de autoatendimento. Justifica-se, portanto, a concessão de uso, pois a utilidade geral e efetiva do serviço prestado no interesse exclusivo da Administração Pública prepondera sobre a exploração comercial realizada pelo concessionário.

Importa salientar que a cessão de uso de espaço público, uma vez justificada a preponderância do atendimento do interesse público sobre o caráter mercantil da contratação, não importa em dano efetivo à Administração, visto que todas as despesas concernentes ao consumo de água, energia elétrica e telefonia são ressarcidos ao erário pela concessionária. Ao contrário, a Administração granjeia maiores oportunidades de incrementar a sua eficiência e produtividade no atendimento ao público.

(...)

Neste passo, registro que a verificação da onerosidade ou não dos contratos de concessão de uso de área pública para funcionamento de restaurantes e lanchonetes deve ser aferida em cada caso

concreto, haja vista a possibilidade de outras intercorrências além das suscitadas nos autos, o que inviabiliza, neste momento, a proposição de qualquer orientação normativa.

24. Diante do exposto, à luz das regras jurídicas estabelecidas na Lei nº 9.636, de 1998, no Decreto nº 3.725, de 2001, e com arrimo na fundamentação contida no voto condutor do Acórdão nº 1.443/2006-TCU-Plenário, opino pela viabilidade jurídica da instituição de cessão administrativa gratuita (graciosa) de uso do espaço físico e dos equipamentos da CANTINA do IFSC, isto é, isenção da taxa mensal utilização, desde que observadas as seguintes recomendações:

a) elaboração de projeto básico (art. 7º, §2º, inciso I, da Lei nº 8.666/93) **contendo as especificações técnicas** do serviço de fornecimento de refeições a ser prestado na CANTINA do IFSC, assinado por profissional da área de nutrição, devidamente registrado no Conselho Regional de Nutrição, detentor de atestado de responsabilidade técnica relativo à elaboração de cardápio e fiscalização de preparo e fornecimento de refeições em características compatíveis com as do objeto, emitido pelo Conselho Regional de Nutrição;

b) realização de procedimento licitatório para escolha da empresa contratada, cuja escolha da modalidade licitatória será definida em função do valor do contrato ou em função da estimativa de faturamento da empresa que receberá, em cessão, o conjunto de bens para exploração econômica; **(será pelo maior desconto)**

c) justificativa demonstrando a preponderância do atendimento do interesse público institucional do IFSC sobre o caráter mercantil da contratação, a fim de justificar a cessão graciosa do uso do espaço público;

d) estabelecer como obrigação da empresa contratada (cessionária) o ressarcimento ao IFSC de despesas concernentes ao consumo de água, energia elétrica e telefonia, bem como o dever de realizar manutenções preventiva e reparadora nos equipamentos e instalações entregues em perfeito estado à contratada que eventualmente sofram avarias;

e) Quanto ao tipo licitatório, adotar como critério de julgamento o menor preço dos serviços oferecidos, predefinindo no edital os requisitos de qualidade dos produtos a serem observados pela empresa cessionária, porquanto se está a utilizar como base material de julgamento o preço da refeição a ser praticado na CANTINA, o que tem adequação para com as determinações contidas no **Acórdão nº 1443/2006 – Plenário** do Egrégio Tribunal de Contas da União.

25. Oportuno ainda tecer algumas considerações sobre as cautelas que devem ser adotadas no que toca à capacidade técnica das empresas licitantes para a fiel execução do contrato. Nesse sentido, sugiro que sejam reproduzidos no edital do IFSC, com as adequações necessárias, os seguintes requisitos constantes do Edital nº 001/2012 do Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

29.2.3. Certidão de registro no **Conselho Regional de Nutrição** da região a que a **licitante** estiver vinculada;

29.2.4. Comprovante fornecido pela **licitante** de que possui em seu quadro permanente profissional da área de nutrição, devidamente registrado no Conselho de Nutrição, detentor (a) de 1 (um) ou mais atestado(s) de responsabilidade técnica relativo(s) à elaboração de cardápio e fiscalização de preparo e fornecimento de refeições em características compatíveis com as do objeto,

29.2.4.1. A comprovação do vínculo empregatício do profissional com a **licitante** poderá ser efetuada por intermédio do Contrato Social, se sócio, ou da Carteira de Trabalho ou do Contrato de Trabalho;

29.2.4.2. A comprovação da responsabilidade técnica do profissional indicado deverá ser feita por intermédio do seu acervo técnico ou por atestado expedido por pessoa jurídica de direito público

ou privado, **devidamente registrado na entidade profissional competente (Conselho Regional de Nutrição)**, que faça explícita referência aos serviços com as características descritas;

29.2.5. Declaração indicando o nome, CPF, nº do registro na entidade profissional competente, do responsável técnico que acompanhará a execução dos serviços de que trata o objeto deste Pregão;

29.2.5.1. O nome do responsável técnico indicado deverá ser o mesmo que constar dos atestados de responsabilidade técnica;

DO EDITAL

DA JUSTIFICATIVA

26. A justificativa para a deflagração do processo licitatório do objeto pretendido se coaduna com os propósitos apresentados. a justificativa apresentada refere-se a boa alimentação, local apropriado e seguro para oferecer lanches, incidência de obesidade; compromisso social na saúde da comunidade na qual se insere, uma vez que é um local de inserção entre jovens, etc.

27. No mais estão assegurados aos licitantes os princípios de direito administrativo ínsitos ao procedimento licitatório (art. 3º, da Lei nº 8.666/93), bem assim preenchidas as exigências estampadas nos artigos 40 e 55, da Lei nº 8.666/93.

28. O instrumento convocatório traz em seu bojo as condições para habilitação dos licitantes, cujas exigências estão acordes com as prescrições dos artigos 27 a 33 da Lei nº 8.666/93. Contém ainda os procedimentos para apresentação e critérios objetivos de julgamento das propostas, bem assim de aceitabilidades dos preços, sendo vedado o reajuste destes.

29. As condições de formulação das propostas encontram-se adequadamente descritas e pormenorizadas, não deixando margem a dúvidas quanto a sua apresentação e as exigências feitas aos licitantes para habilitação e os critérios de aceitação das propostas asseguram, de forma cabal, a isonomia entre os licitantes e atendem os desideratos da livre concorrência.

III- CONCLUSÃO

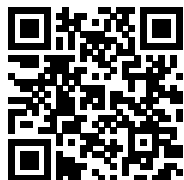
30. Com relação à Minuta do Edital de PREGÃO ELETRÔNICO, trazida ora análise, **cuja matéria foi exaustivamente examinada à luz das incursões no campo jurídico doutrinário, considera-se que a mesma reúne os elementos essenciais exigidos pela legislação aplicada à espécie, razão pela qual SOMOS PELA APROVAÇÃO.**

31. Por derradeiro, cumpre salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe. Destarte, à luz do art. 131, da Constituição Federal de 1988, e do art. 11 da Lei 10.480/2002, incumbem a este órgão de execução da Advocacia-Geral da União, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar a conveniência e a oportunidade dos atos praticados no âmbito do Instituto Federal de Santa Catarina, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

Florianópolis, 31 de agosto de 2023.

ROGÉRIO FILOMENO MACHADO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23292011447202376 e da chave de acesso f5436ca8



Documento assinado eletronicamente por ROGÉRIO FILOMENO MACHADO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1269035059 e chave de acesso f5436ca8 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ROGÉRIO FILOMENO MACHADO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 31-08-2023 14:53. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
