

A concessão de uso de bem público e o pregão: compatibilidade entre o objeto e a modalidade de licitação

Fernanda Alves Andrade
Jair Eduardo Santana

Palavras-chave: Pregão. Concessão de uso. Licitação do tipo maior oferta.

Sumário: **1** Introdução – **2** A concessão de uso enquanto gênero e suas espécies – **3** Concessão administrativa e concessão de direito real de uso de bem público – **4** O pregão e seus traços característicos – **5** A realização de pregão para outorga de concessão administrativa de uso de bem público – **6** É possível realizar pregão do tipo maior oferta? – **7** Estudo de caso concreto – **8** Reflexões sobre o comportamento organizacional – **9** Conclusão – Referências

1 Introdução

O pregão é modalidade licitatória de grande aceitação no cenário das aquisições públicas. Isto se deve em decorrência da agilidade com que as compras se processam, da economia que gera, além de outros fatores, como a transparência, que nitidamente é destacada neste procedimento, a exemplo do que se passa com a forma eletrônica.

Mas celeridade, economicidade e transparência são alguns dos tantos princípios que o pregão prestigia. Na verdade, a acolhida à modalidade foi tamanha que atualmente presenciamos algumas inovações para incremento de certos objetos no rito do pregão, as quais, longe de se afastarem da legalidade, constituem avanço na interpretação e aplicação da Lei nº 10.520/02. Não se duvida que assim seja especialmente em razão da racionalidade instrumental trazida pelo procedimento em questão.

É o que se passa, por exemplo, com a concessão de uso de área pública, que vem sendo licitada pela modalidade em comento. Em princípio, muitos poderiam afirmar que a prática ofende o art. 1º, parágrafo único e o art. 4º, X, ambos da lei geral do pregão (Lei nº 10.520/02). Pensamos seja o inverso.

Ao longo deste texto demonstraremos, portanto, a viabilidade de se realizar concessão de uso de bem público pela sexta modalidade licitatória, trabalho que se desenvolve através da interpretação legal, do estudo de caso concreto e de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito.

2 A concessão de uso enquanto gênero e suas espécies

Segundo renomada doutrina, concessão de uso “é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere a pessoa determinada o uso privativo de bem público, independentemente do maior ou menor interesse público da pessoa concedente”.¹

Traço marcante das concessões é a *bilateralidade*, razão pela qual as mesmas se formalizam por

contrato administrativo. A decisão de se conferir a utilização privativa do bem público é *discricionária*, isto é, passa pelo crivo da conveniência e da oportunidade, a serem motivadas pela Administração.

A concessão de uso de bem público *não é ato precário*, notadamente porque, via de regra, é utilizada para obrigações com encargos financeiros mais elevados, o que coloca o terceiro em situação na qual ele realiza investimentos e, por isso, necessita de certa segurança e de um tempo razoável para a obtenção do retorno pelos investimentos que realizar.

Ainda segundo a doutrina citada, são espécies do gênero aqui tratado a *concessão gratuita de uso de bem público* e a *concessão remunerada de uso de bem público*. Será o interesse público que definirá a espécie da concessão.

Cuidaremos aqui da espécie remunerada que, pela sua natureza contratual, deve ser precedida de licitação, salvo inviabilidade devidamente comprovada, e cujo contrato é marcado pela predominância do traço publicístico.

3 Concessão administrativa e concessão de direito real de uso de bem público

Para melhor entendimento do tema aqui abordado, pedimos permissão ao leitor para chamarmos, de agora em diante, a concessão de uso de *concessão administrativa de uso de bem público*. E assim o fazemos para diferenciá-la da concessão de direito real de uso.

A *concessão administrativa de uso de bem público*, também chamada de *concessão comum de uso*, apenas confere ao concessionário um *direito pessoal, intransferível a terceiros*. A *relação é obrigacional* entre o concedente (Administração) e o concessionário (particular contratado). A lei geral de licitações não cuidou desta espécie de concessão, embora a licitação não esteja afastada. E não o está, pelo comando imperativo do art. 37, XXI, da Constituição da República que impõe a regra de licitar obras, serviços, compras e *alienações*, estando, nesta última hipótese, o objeto de nosso estudo.

Já a *concessão de direito real de uso* confere ao concessionário direito real,² cujos fins foram previamente fixados na lei reguladora. Esta forma de concessão foi regulada pelo Decreto-Lei nº 271, de 28.2.1967.³ O art. 23, §3º, da Lei nº 8.666/93 igualmente trata da concessão de direito real de uso.

O Direito real oriundo desta concessão é transmissível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*. Sua formalização se dá mediante escritura pública ou termo administrativo. Como se vê, a licitação igualmente não está afastada, tendo o tema dispositivo específico na Lei nº 8.666/93, devendo-se processar mediante concorrência.

Voltemos à concessão administrativa, que mais nos interessa no presente texto. Sobre a modalidade de licitação a ser utilizada na concessão administrativa de uso de bem público o acórdão TCU nº 540/2008, Plenário, assim consignou:

[...] 51. Do exposto, reputamos elidida a irregularidade, considerando que a contratação em exame refere-se a *concessão administrativa de uso, figura menos complexa que a concessão de direito real de uso, o que confere ao gestor certa flexibilidade na escolha da modalidade licitatória*, não havendo obrigatoriedade de observar estritamente as regras do art. 23 da Lei nº 8.666/1993, que trata dos limites de valores relativos às modalidades licitatórias.⁴ [...]

Em suma, a concessão administrativa é figura bem mais simples. Tanto que sequer foi tratada na lei geral de licitações. Isto não significa, entretanto, que a licitação é prescindível para a sua outorga. Não é isto. Mas há, para o gestor, maior liberdade na escolha da modalidade a ser utilizada para a sua concretização, uma vez que a norma não elegeu uma modalidade específica para o seu processamento. Esta questão será melhor abordada mais adiante.

4 O pregão e seus traços característicos

O pregão destina-se à aquisição de *bens* e de *serviços comuns*, assim considerados se possível a definição objetiva destes objetos no edital, com a utilização de especificações usuais no mercado. É o que preconiza o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/02.

Enquadrar um bem ou um serviço como comum não é tarefa das mais simplórias, entretanto. O tema já foi enfrentado por Andrade e Pereira em outra ocasião, onde consignaram:

Segundo a lei geral do pregão, são bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado.

A definição do objeto como comum leva em conta o domínio das técnicas de fabrico do bem ou de prestação do serviço por um universo de pessoas. Tanto é verdade, que ele determina se utilize, na elaboração do edital e do termo de referência, "linguagem" usual no mercado.

A intenção da lei, segundo pensamos, é dupla: primeiramente, visa permitir à Administração contextualizar o objeto que ela pretende adquirir, dentre aqueles ofertados no mercado, levando em conta os princípios regentes da licitação, sobretudo a ampliação da competitividade. Segundo, permitir que os interessados, de posse do edital e do termo de referência, possam compreender o objeto que a Administração pretende adquirir ou contratar, formulem propostas adequadas e componham uma disputa justa.⁵

A concessão administrativa não caracteriza necessariamente um *bem*, mas designa a *exploração de um bem público*, o que pode ser considerado um *serviço*. É que por ela cede-se um espaço público

para que nele se realize atividade de interesse público, a qual competirá ao concessionário. Interessante atentar que, neste caso, o beneficiário imediato do serviço não é a Administração e sim a coletividade.

Por exemplo, concessão administrativa de uso de área de 900m² para a exploração de restaurante no aeroporto internacional Tom Jobim. Deve-se licitar o *objeto: utilização de área pública para destinação específica*, no caso, exploração de restaurante.

Assim: a Administração será remunerada mensalmente pelo uso da área. Os usuários do aeroporto, por sua vez, serão beneficiados com a prestação de um serviço que lhes é útil. Do exposto advém a seguinte indagação: a licitação para a utilização da área pode se processar na modalidade pregão? Sobre este problema passamos a nos debruçar a partir de agora.

5 A realização de pregão para outorga de concessão administrativa de uso de bem público

Sobre o questionamento realizado no tópico anterior, pensamos que, se o objeto for comum, a resposta será afirmativa. E tomando o exemplo já citado — concessão administrativa de área pública em aeroporto internacional para exploração de restaurante — resta-nos responder se estamos diante de um objeto comum.

Ainda sobre a abrangência do que seja “comum” para a Lei Geral do Pregão, valemo-nos de Andrade e Pereira, tal como transcrição a seguir:

Mas o que compreendem os bens e os serviços comuns? JUSTEN FILHO (2005:24) esclarece tratar-se de um *conceito jurídico indeterminado* e que, quanto a este há âmbitos de incidência qualificados pela *certeza positiva absoluta*, pela *certeza negativa absoluta* e por uma *zona cinzenta de incerteza*, residindo nesta última os problemas de abrangência do conceito.

Por outras palavras: objetos há que facilmente se enquadram no conceito de comuns (mesa, cadeira, carro, etc.). Outros, igualmente não o serão e será mais fácil assim compreender (construção de uma usina nuclear). Mas há outros tantos objetos em que não será simples a classificação como comuns ou incomuns. Aí residem as dificuldades do gestor.

Para clarificar os bens que constem da zona onde é difícil o enquadramento na qualificação de “comum” os doutrinadores orientam à consideração de que aqueles bens e serviços objeto de padronização (isto é, aqueles em que predeterminada a qualidade, e os atributos essenciais do produto) e os que constem de mercado próprio, no qual se desenvolve atividade econômica habitual, são considerados comuns.

Mas não é só isto. Porque a padronização, por si só, não é critério para o enquadramento. É que há bens não padronizados que podem ser considerados comuns.

A existência de mercado próprio e de atividade econômica habitual igualmente não devem induzir à idéia de tratar-se de bens prontos, já produzidos, simples. É que bens de encomenda, por exemplo, podem ser adquiridos mediante pregão.⁶

O professor Jacoby (2007:461) há muito ensinava que o conceito de bem e de serviço comum atribuído pela Lei 10.520/02 é *genérico, dinâmico e relativo*. Por outras palavras: pode ser manufaturado, nacional, importado, pode demandar capacidade técnica ou não. É necessário haja especificações usuais. É igualmente fundamental a especificação do objeto no instrumento convocatório e no termo de referência. Estas as exigências da lei.

O professor Jair Santana (2009:86) também nos dá valiosa lição: a indeterminação do conceito condiciona ao exercício de ponderações, a serem realizadas pela Administração Pública diante do caso concreto. Ele também afirma que opção pelo pregão seja feita sempre que o objeto do certame seja compatível com a sistemática da modalidade. E a evolução doutrinária tem apontado para a correção de seus ensinamentos.

Devemos lembrar ainda, da necessidade de levar em conta os padrões de desempenho e de qualidade do objeto, que igualmente devem estar mensurados na especificação, induzindo o gestor ao inafastável dever de realizar a aquisição mais vantajosa, a qual, insistimos, não significa, necessariamente, aquela que possui o valor mais baixo.⁷

Como se vê, desde a edição da Lei 10.520/02 os estudiosos já apontavam para a amplitude do conceito de bem e de serviço comum, sinalizando ainda a imensidão do universo de abrangência do pregão.⁸

A citação se faz oportuna para deixar claro ao leitor que a qualificação de um bem ou de um serviço como comum demanda análise cautelosa, para resposta segura. A Lei nº 10.520/02 não taxou determinados bens ou serviços, tendo, tão somente, deixado *orientações* acerca de como proceder para o enquadramento.

Analisemos o exemplo dado: concessão de uso de área de aeroporto para exploração de restaurante. Há no mercado um sem número de comerciantes aptos à prestação de serviços de exploração comercial como o de restaurante e a parametrização dele por meio de especificações usuais no meio comercial não é tarefa difícil. Permitimo-nos afirmar, portanto, que estamos diante de um serviço comum, o que, em princípio, leva-nos à afirmação de ser viável o uso da modalidade licitatória.

Mas há ainda outra questão a ser enfrentada. Trata-se da dúvida acerca da (im)possibilidade de se realizar pregão do tipo maior oferta. Somente a certeza acerca de mais esta questão pode nos conduzir com segurança à prática do pregão para a concessão administrativa de uso de bem público.

6 É possível realizar pregão do tipo maior oferta?

Como se sabe, entre outras, são marcantes no pregão as seguintes características:

- tempo mínimo de ancoragem do edital: 8 dias úteis;
- sessão concentrada;
- presença de uma fase de lances;
- inversão entre as fases de abertura de propostas e verificação das condições de habilitação;
- verificação do atendimento das condições de habilitação apenas do detentor do menor melhor preço;
- momento recursal único;
- adjudicação a ser processada pelo pregoeiro em não havendo recursos;
- ser licitação do tipo menor preço.

Cuidemos, para a boa condução de nosso raciocínio, desta última característica. Por ser licitação do tipo menor preço, na fase de lances a disputa é estimulada para que os interessados abaiquem os preços de seus produtos.

Importante lembrar aqui que o menor preço nem sempre é o melhor preço. Tanto que Santana⁹ assevera que rege o pregão o *princípio do menor melhor preço*. Quer dizer, a aquisição deve ser a mais vantajosa à Administração. E assim o será se aliar qualidade, desempenho, adequação e preço, entre outros critérios.

Numa concessão administrativa de uso de bem público deve-se sagrar vencedor o licitante cuja proposta se adéque às exigências da Administração, seja vantajosa e ofereça o *maior preço*. É que a Administração cede parte de seu patrimônio àquele que, satisfazendo às exigências postas no edital, lhe pague mais pela exploração da área.

Por exemplo: conhecemos editais que indicam o preço mínimo inicial da proposta a ser ofertado, sendo possível que o concessionário pague mais do que o valor que ele ofertar em sua proposta final, pois o edital dá margem para que, se o faturamento bruto da empresa ultrapassar o valor de sua proposta mensal, que assim seja remunerada a unidade administrativa licitante.¹⁰

Desta forma, pode-se indagar se existe ilegalidade na realização de pregão do tipo maior oferta, em contrariedade ao que dispõe o art. 4º, X, da Lei nº 10.520/02.

O TCU já se manifestou sobre o caso. Eis o núcleo da decisão:

[...] 65. Tendo em vista as considerações feitas sobre o tema, conclui-se que a adoção, por um ente público, de critério de julgamento de propostas não previsto na legislação do Pregão somente seria admissível, em princípio, em caráter excepcional, tendo em

vista o relevante interesse público da aplicação deste critério alternativo para o atingimento dos objetivos institucionais do ente e como mecanismo concretizador do princípio licitatório da seleção da oferta mais vantajosa para a Administração. Tal especificidade deve obrigatoriamente ser motivada e justificada pelo ente público no Processo relativo ao certame, além de ter demonstrada sua viabilidade mercadológica.¹¹
[...]

No acórdão acima citado igualmente consta a lembrança de que, ao tempo em que publicada a Lei nº 10.520/02, não se conhecia exatamente o cenário a se abrir para o pregão. *No conjunto de constantes mudanças na realidade social, nas relações econômicas e mercadológicas, tornou-se viável ao interesse público a realização de pregão do tipo maior oferta, medida que se justifica em caráter excepcional, forte no interesse público a ser satisfeito.*

Neste instante faz-se oportuno lembrar que a observação do relator do acórdão acima mostra a boa qualidade do técnico jurídico na aplicação da lei. Este não se satisfaz com a simples leitura dos dizeres da regra. Ao que parece, a interpretação e a ideia de sistema fazem-se presentes no raciocínio do intérprete.

É que a regra geral constante na Constituição da República (art. 37, XXI) está sendo respeitada, satisfeita, tornada viva. Note-se que o exercício hermenêutico é para permitir que se realize um procedimento licitatório que é mais ágil, e que melhor satisfaz aos interesses da Administração. Neste ponto se alinha aos princípios da eficiência e da eficácia, tornando-se, por isso, procedimento oportuno, recomendado. Assim, não somente o dever constitucional de licitar, mas também o de agir com eficiência, adotando métodos eficazes na atividade administrativa, é levado em conta ao se adotar o pregão para a concessão administrativa de uso de bem público.

E não há, com isso, ofensa ao art. 22, §8º, da Lei nº 8.666/93, de aplicação subsidiária ao pregão, por força do art. 9º, da Lei nº 10.520/02. Na condução do raciocínio, o TCU no acórdão citado prosseguiu:

[...] 64. Importante lembrar a lição do renomado publicista Marçal Justen Filho, a respeito da alegada proibição positivada no art. 22, §8º, da Lei nº 8.666/93 de criar ou combinar modalidades de licitação:

“Insiste-se em reafirmar, nesse ponto, que a regra do §8º deve ser interpretada em termos. Nada impede que a Administração produza modalidades inovadoras, inclusive combinando soluções procedimentais, para a promoção de contratos não abrangidos no âmbito específico da Lei nº 8.666. O exemplo, já apontado anteriormente, relaciona-se com a concessão ou permissão de uso de bem público. (...)”

Não se exige que a Administração pratique apenas contratações nominadas, explicitamente disciplinadas por lei. Adotar essa tese conduziria, aliás, a gravíssimos problemas. Ter-se-ia de localizar um modelo legislativo para todas as contratações praticadas pela Administração, o que se transformaria em obstáculo invencível em

inúmeros casos práticos. [...]

Como visto, a doutrina sinaliza pela permissão à prática de contratações não nominadas. Isto será lícito desde que a regra constitucional de licitar seja respeitada e, com ela, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade, vantajosidade, celeridade, entre outros. Pode-se concluir, portanto, pela adequação jurídica a que se utilize da modalidade em estudo para o objeto aqui comentado.

Segundo pensamos, ocorre, no caso, um *efeito* da relação entre a *Constituição Jurídica* e a *realidade*. Quer dizer, diante da regra constitucional de licitar, o agente público se serve de critérios que agilizem sua atuação, sem se afastar dos deveres gerais a ele impostos, notadamente daquele que o impele a seguir um procedimento administrativo formal¹² na seleção daquele que contratará com o Poder Público.

Sobre esta força ativa da Constituição, leciona Hesse:¹³

A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. Tal como exposto por Humboldt alhures, a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade. Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.

Nota-se, na prática, a disposição para a atuação administrativa em respeito ao regramento constitucional. Por outras palavras: a Constituição da República orienta a conduta do gestor que se utiliza do pregão para a outorga de concessão administrativa de uso de bem público. A *vontade de Constituição*¹⁴ está presente na práxis. Há, com a prática, adequação entre a Constituição Jurídica e a Constituição Real.

7 Estudo de caso concreto

A Infraero se utiliza do pregão para concessão de uso de áreas em seus aeroportos. Naquela entidade, valendo-se da possibilidade de complementar a legislação geral sobre licitações e contratos administrativos, por força de permissão da Carta Magna¹⁵ e também da Lei Geral de Licitações,¹⁶ em 26 de junho de 2009, pela portaria nº 935/MD, disciplinou a possibilidade de se realizar licitações de tal ordem.

Assim, no art. 31, §13, do regulamento da Infraero consta:

Art. 31, §13. *A licitação na modalidade pregão se aplica às concessões de uso de áreas aeroportuárias, edificadas ou não-edificadas, e de instalações e equipamentos, tais como estruturas de suporte, sistemas informatizados e demais aparelhos, exceto quando envolver investimentos do concessionário em melhorias permanentes na área a ser concedida. (destacamos)*

Mais adiante, no que tange à forma dos lances, e, conseqüentemente, ao tipo da licitação e à forma do pregão, o regulamento determinou:

Art. 95, §6º. *No caso de pregão para concessão de uso de áreas, instalações e equipamentos aeroportuários, os licitantes poderão fazer lances verbais, crescentes e sucessivos, até a proclamação do vencedor, observado o disposto no §14 do art. 31 deste Regulamento. (destacamos)*

Como se vê, exercendo as suas competências legislativa e administrativa, a Infraero regulamentou a possibilidade de se realizar pregão para a concessão de uso de *áreas, instalações e equipamentos*¹⁷ em seus aeroportos. No âmbito daquela entidade é pacífico, portanto, o procedimento.

Manifestando-se acerca do poder de editar normas para reger a atuação administrativa da Infraero, o TCU¹⁸ apreciou com zelo a concessão de uso e o pregão no âmbito daquela entidade. Ali há lembrança de que o Direito aeronáutico é regido por tratados, convenções, atos internacionais de que o Brasil seja parte, pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) e pela legislação complementar.

Por ser a Portaria Normativa nº 935/MD legislação complementar, lícita a previsão, considerada pelo TCU como harmônica com a lei de criação da Infraero, que a obriga à exploração comercial da infraestrutura aeroportuária,¹⁹ além de alinhada ao princípio constitucional da eficiência.

No relatório do Ministro relator consta citação no seguinte sentido acerca da prática:

A cada dia que passa a procura de particulares, empresas privadas, por áreas aeroportuárias para desenvolverem seus negócios vem aumentando. Nas modalidades de licitação onde não se pode dar lance, a INFRAERO acaba sendo obrigada a se satisfazer com um preço mensal que se apresenta uma rodada de exame de propostas. Com o uso de Pregão a competitividade atinge patamares maiores, à medida que os licitantes presentes à disputa acabam tendo a possibilidade de, sucessivamente, irem cobrindo as propostas dos rivais, o que acaba fazendo as receitas alcançarem elevados

patamares. Argumentar que o Pregão só aplicar-se-ia a contratações onde se busca o menor preço é no mínimo fechar os olhos para a plenitude do interesse público.

E, mais adiante, no voto do Ministro relator:

Em síntese, a atividade da Infraero, ao estabelecer o pregão, para a licitação de concessões de uso de áreas comerciais nos aeroportos brasileiros, encontra pleno respaldo na legislação e atende plenamente o interesse público. Nada há, pois, que objetar à sua atuação na esfera da concessão dos espaços comerciais.

Para melhor auxiliar o leitor em questões pontuais atinentes ao procedimento, analisamos o edital de Pregão Presencial nº 020/ADSE-2/SRSE2010 da Infraero, que teve por objeto a concessão de uso de área no pátio norte do aeroporto Carlos Prates, em Belo Horizonte, cujos detalhes são adiante registrados:

- a concessão opera-se *ad mensuram*, isto é, pelos limites da área expostos no edital;
- há exigência quanto à vinculação do uso pelo vencedor à finalidade constante no instrumento convocatório;[20](#)
- cuida-se de licitação do tipo maior oferta;
- regime da contratação: preço global;
- critério de julgamento: maior oferta;
- prazo de validade da proposta fixado em tempo não inferior a 120 dias;
- a proposta deve contemplar preço mínimo mensal e global (para todo o período da contratação);[21](#)
- na fase de lances, ordena-se a proposta de maior vantagem, após a verificação da conformidade das propostas, classificando-se as propostas em valores sucessivos e inferiores à de maior vantagem em até 10%;
- há aplicação da regra do art. 4º, IX, da Lei nº 10.520/02, considerando as propostas de maior vantagem;[22](#)
- os lances são verbais, em valores distintos e crescentes;
- há indicação de valor mínimo mensal admitido para a elaboração de propostas;
- admite-se à disputa empresas com propostas inferiores ao valor mínimo mensal constante do instrumento convocatório, mas tal valor de proposta não pode ser menor

que o valor indicado no edital quando do fim da fase de lances;

- o conceito e a interpretação de preço inexequível se modificam. Assim, a proposta será inexequível diante da oferta de um preço alto, que a licitante não consiga pagar à Administração. O distanciamento do preço proposto dos preços de mercado é indicador da (in)exequibilidade. A prova da qualificação econômico-financeira faz-se mais importante em casos tais;
- o edital apresenta fórmula para cálculo da inexequibilidade: propostas cujos valores ultrapassem a média aritmética dos valores das propostas classificadas no certame e da estimativa da Administração, acrescidas de 50%;²³
- é necessário visita prévia ao local objeto da concessão. Deste modo, o atestado de visita se torna documento exigido para a habilitação;
- prevê reajuste anual de preços e indica índice a ser aplicado;
- é necessário o disciplinamento relativo a custos e possíveis indenizações decorrentes de benfeitorias realizadas no imóvel;
- disciplina a submissão da vencedora às regras da Administração quanto aos projetos para realização de reformas.

Pensamos ser oportuna também a seguinte observação: no acórdão TCU nº 2.844/2010, já citado, há extenso estudo acerca do prazo de duração dos contratos decorrentes de concessão de uso de espaço público firmados pela Infraero. No texto está claro que tais contratos não podem ultrapassar o prazo máximo de 20 anos e que a regra que disciplina a questão é o art. 96, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 9.760/46.

8 Reflexões sobre o comportamento organizacional

Até o presente instante, analisamos à luz do regramento jurídico a realização de concessão de uso de bem público e sua licitação por meio da modalidade pregão. Demonstrou-se o exercício hermenêutico possível e já realizado no âmbito da Administração Pública brasileira e do Tribunal de Contas União, referendando a conduta.

Neste tópico pretendemos provocar a reflexão do leitor acerca de questões que, muitas vezes, passam despercebidas no cotidiano. O presente trabalho pretende, entre outros objetivos, tornar pública a prática em questão, além de demonstrar a possibilidade de sua realização, legitimada por órgão que detém o poder de “dizer o direito no caso concreto”.

Buscamos, por fim, demonstrar que é possível e correta a prática, que a mesma não é nova e que já houve manifestação acerca de sua legalidade.

Visamos, assim, munir o leitor da segurança necessária para dela utilizar-se acaso necessite. E mais, informamos que o fato já ocorreu em outros âmbitos da Administração Pública, tal como se passou nos seguintes órgãos e procedimentos:

- a) Ministério Público Federal: Pregão nº 041/2007;
- b) Tribunais Regionais Federais: TRF da 1ª Região, Pregão nº 007/2008;
- c) Procuradoria da República no Distrito Federal: Pregão nº 001/2008.[24](#)

A fundamentação dos acórdãos do TCU já citados lembrou, a todo instante, do princípio da eficiência. Na busca por soluções ágeis o gestor público envereda por caminhos novos, criando outras formas de realizar sua atividade cotidiana, cumprindo os seus deveres impostos pela legislação.

Na literatura das organizações, estudam-se os fenômenos de cumprimento da lei, praticados no âmbito do chamado *ambiente legal*. Nesse cenário, entre outras ações possíveis, podem emergir práticas que demonstram conformidade à lei, tal como a esboçada neste estudo.

De maneira bastante simplista, podemos resumir que o fenômeno é referendado pelos *atores sociais envolvidos*, que, ante a sua aprovação, permitem a continuidade da prática.

No caso em estudo, há organizações que já realizaram a concessão de uso de espaço público por pregão, o TCU tomou ciência de alguns casos e manifestou-se favoravelmente às condutas. Falamos, assim, em *legitimidade* da conduta.

Ao longo do tempo, os casos vêm se repetindo, aumentando o número de administrações praticantes. E se as organizações imitam umas às outras, permite-se falar em *isomorfismo*. Quer dizer, na semelhança entre organizações num dado *campo*. No caso, a semelhança é comportamental, no sentido de se realizar uma dada atividade a exemplo de outras organizações que já o fizeram e obtiveram sucesso.[25](#)

Ao utilizarem-se de condutas similares, as organizações conferem solidez às mesmas (condutas), permitindo a sua continuidade, a sua vulgarização. Ao que se viu das justificativas encontradas nas jurisprudências estudadas, o fundamento para a repetição da concessão de uso de espaço público pela modalidade de pregão está no princípio da eficiência, a que as Administrações devem perseguir.

Há, assim, em princípio, uma lógica de racionalidade instrumental, quer dizer, um cálculo de atuação baseado na busca por resultados eficientes que, no caso de órgãos públicos, geralmente não podem ser medidos sob a forma de auferimento de receita.

A lucratividade no caso em estudo traduz-se, então, em indicadores de ganho de tempo, de facilidade de atuação, mas também na possibilidade de ampliação de receita, já que a concessão de uso de espaço público é instrumento de ingressos ao órgão ou entidade licitante.

E, ainda sob esta ótica, é o caso sob estudo autêntico exercício social de concreção da lei, vívida forma de consagração dos institutos legais pelos atores sociais envolvidos.

Escusamo-nos pela simplicidade com que expusemos a ideia, profundamente estudada por cientistas das organizações, a exemplo de Di Maggio e Powell, Edelman e tantos outros. Se o fazemos é apenas no intuito de levar a público tais pesquisas, além dos olhares possíveis acerca do

fenômeno.

9 Conclusão

Pelo que se viu, é sim possível a realização de concessão administrativa de uso de bem público mediante pregão. É certo que o artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/02 não previu expressamente esta hipótese, mas, por exercício hermenêutico, é possível ali verificar o enquadramento das rotinas respectivas.

Irrelevante, para a espécie, discutir se a concessão administrativa é assemelhada ao objeto do pregão (bem e serviço comuns). Importa que a concessão de uso de bem público se faz por procedimento seletivo qualificado, guiado pela maior oferta, apto a condensar os vetores operacionais do pregão.

A permissão para utilizar-se o pregão no caso em tela também vem de berço doutrinário e jurisprudencial.

Como visto, a concessão administrativa de uso de bem público é espécie de contrato administrativo que trava relação jurídica de natureza obrigacional entre as partes, possuindo considerável simplicidade, portanto. Por isso não foi contemplada no artigo 23, §3º, da Lei nº 8.666/93.

Segundo o TCU será permitida a utilização do pregão, que deverá ser do tipo maior oferta, em caráter excepcional, o que deve estar motivado e justificado nos autos do processo e embasado em interesse público, demonstrada ainda a viabilidade de mercado. E mais: a medida deve consistir em mecanismo concretizador de seleção da oferta mais vantajosa para a Administração.

Se o procedimento restar disciplinado nas leis e regulamentos dos entes e entidades, respeitadas as regras gerais das licitações públicas, a exemplo do que fez a Infraero em seu regulamento de licitações e contratos, tanto melhor.

Casos tais demonstram a grande utilidade do pregão, que não mais se limita às aquisições triviais de outrora, concretizando o propalado cenário de mudanças²⁶ fruto das transformações sociais, conferindo concreção à Lei nº 10.520/02 e dando solidez aos princípios da transparência, da economicidade e da celeridade, de grande relevância nesta modalidade licitatória.

Demonstram ainda a atuação das organizações e de seus atores sociais na interpretação das leis e na concretização de práticas distintas de satisfação dos princípios legais, como também dos ideais democráticos presentes na Constituição da República, legitimando-a, fortalecendo-a, realizando-a.

Referências

ANDRADE, Fernanda Alves. O critério de seleção de licitantes à fase de lances no pregão: extensão e limites à interpretação do art. 4º, IX da Lei nº 10.520/02. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, p. 45-49, abr. 2010.

ANDRADE, Fernanda Alves; PEREIRA, Melissa de Cássia. Aquisição de bens e serviços complexo mediante pregão: aspectos normativos, jurisprudenciais e práticos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, p. 55-59, jul. 2010.

BERGER, P. L. *Perspectivas sociológicas: uma visão humanística*. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

BERGER, P. L.; LUCKMANN, T. *A construção social da realidade*. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. In: ANDRADE, Fernanda Alves; SANTANA, Jair Eduardo. *Legislação: licitações, pregão presencial e eletrônico, leis complementares*. Curitiba: Negócios Públicos, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DIMAGGIO, P.; POWELL, W. W. The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields. *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, p. 147-160, 1983.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 25. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. (Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, v. 3).

EDELMAN, Lauren B. Legal Ambiguity and Symbolic Structures: Organizational Mediation of Civil Rights Law. *AJS*, v. 97, n. 6, p. 1531-76, maio 1992.

EDELMAN, Lauren B.; UGGEN, Christopher; ERLANGER, Howard S. The Endogeneity of Leg Regulation: Grievance Procedures as Rational Myth. *AJS*, v. 105, n. 2, p. 406-54, set. 1999.

GUARIDO FILHO, E. R.; MACHADO-DA-SILVA, C. L.; GONÇALVES, S. A institucionalização da teoria institucional no contexto dos estudos organizacionais no Brasil. In: *XXXIII Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração*, São Paulo, 2009.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 2. ed. rev. e ampl. 4. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 3. ed. rev. e atual. De acordo com a Lei Federal nº 10.520/02. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico, sistema de registro de preços: manual de implantação operacionalização e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 953.

² Em simples palavras, estabelece uma relação entre a *pessoa* do concessionário com uma *coisa*, objeto de concessão.

- 3 Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências.
- 4 TCU. Acórdão nº 540/2008, Plenário. Rel. Min. Guilherme Palmeira. *DOU*, 4 abr. 2008.
- 5 ANDRADE, Fernanda Alves; PEREIRA, Melissa de Cássia. Aquisição de bens e serviços complexo mediante pregão: aspectos normativos, jurisprudenciais e práticos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, p. 55-59, jul. 2010.
- 6 Neste sentido escreveram Santana (2009, p. 91) e Jacoby Fernandes (2007, p. 462).
- 7 Vide art. 3º da Lei nº 8.666/93.
- 8 Andrade e Pereira (2010, p. 56).
- 9 Santana (2009, p. 84).
- 10 A exemplo do Edital nº 008/ADCO-4/SRGO/2010 da Infraero, cujo item 6.3 está assim redigido: [...] c) Preço mínimo mensal para concessão de uso de área; d) Percentual a ser aplicado sobre o faturamento bruto mensal auferido na exploração comercial, correspondente ao valor mensal que será pago à INFRAERO pela concessão ora licitada; 6.3.1 Mensalmente, prevalecerá como valor a ser pago pela CONCESSIONÁRIA à INFRAERO o maior dos valores definidos nas condições expressas nas alíneas “c” e “d” do subitem 6.3 deste Edital. [...]
- 11 TCU, Acórdão nº 3.042/2008, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, *DOU*, 12 dez. 2008.
- 12 Referimo-nos ao direito público subjetivo dos participantes de licitações de conhecerem previamente o procedimento e as regras que o regerão, tal como consta no art. 4º da Lei nº 8.666, de 1993.
- 13 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 18.
- 14 Vide HESSE, *op. cit.*, p. 19.
- 15 Recomendamos leitura da Constituição da República, art. 22, XXVII e parágrafo único. E lembramos que as competências privativas são delegáveis, nos ensinamentos de Alexandre de Moraes (*Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 303).
- 16 Vide art. 119 da Lei nº 8.666/93.
- 17 Bens móveis e imóveis, portanto.
- 18 TCU, Ac. nº 2.844/2010, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. *DOU*, 1º nov. 2010.
- 19 Art. 2º da Lei nº 5.862/72.
- 20 Exploração de hangar, para atividades de abrigo de aeronaves, manutenção de aeronaves e

serviços correlatos.

21 Lembramos que os prazos para vigência deste contrato não estão adstritos aos limites do art. 57, *caput* e incisos da Lei nº 8.666/93. No edital em análise a contratação estender-se-á pelo período de 120 meses (10 anos).

22 Neste ponto, importante lembrarmos de estudos realizados quanto aos comandos do art. 4º, IX, da Lei nº 10.520/02, registrados na obra *Pregão presencial e eletrônico, sistema de registro de preços: manual de implantação operacionalização e controle* (SANTANA, Jair Eduardo. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 481 *et seq.*) e no artigo "O critério de seleção de licitantes à fase de lances no pregão: extensão e limites à interpretação do art. 4º, IX da Lei nº 10.520/02" (ANDRADE, Fernanda Alves. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, p. 45-49, abr. 2010), de considerações pertinentes também a editais como este sob análise.

23 $Fexeq = (p1 + p2 + pn \dots + pproposto) \times 1,5 / n + 1$.

24 Fonte: TCU, Ac. nº 2.844/2010, já citado.

25 Termo aqui utilizado apenas e tão somente para designar a realização do procedimento licitatório e a celebração do contrato respectivo, além da aceitação da prática pelo órgão de controle externo.

26 Ainda a este respeito, recomendamos leitura do artigo "Pregão: 10 anos: retrospectiva, essencialidades e perspectivas" (SANTANA, Jair Eduardo. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, p. 36-49, maio 2010).

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ANDRADE, Fernanda Alves; SANTANA, Jair Eduardo. A concessão de uso de bem público e o pregão: compatibilidade entre o objeto e a modalidade de licitação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 118, out. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75560>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

Como citar este conteúdo na versão impressa:

Conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

ANDRADE, Fernanda Alves; SANTANA, Jair Eduardo. A concessão de uso de bem público e o pregão: compatibilidade entre o objeto e a modalidade de licitação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 118, p. 41-49, out. 2011.
