



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

PARECER n. 00014/2015/DEPCONSU/PGF/AGU

NUP: 23079.001461/2013-14

INTERESSADOS: PROCURADORIA FEDERAL JUNTO A UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ

ASSUNTOS: CESSÃO DE USO / CONCESSÃO DE USO / CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO

EMENTA: Administrativo. Outorga de uso de imóvel comercial pertencente Autarquia Federal - UFRJ. Cabimento do instituto da cessão de uso, sob a modalidade onerosa, precedida de licitação. Inaplicabilidade de dispensa de licitação para a concessão de direito real de uso próprio do imóvel por sociedade de economia mista.

1. A pretensão de outorga de uso de andares de edifício comercial pertencente a autarquia federal para uso próprio por sociedade de economia mista - entidade da Administração Pública Indireta -, somente pode ser objeto de cessão de uso, conforme inteligência do § 3º do art. 79 do Decreto-Lei nº 9.760/46, sob o regime previsto no art. 18 da Lei nº 9.636/98, com regulamentação pelos arts. 11 a 13 do Decreto nº 3725/2001.

2. Não é cabível para a hipótese acima a concessão de direito real de uso, porquanto esta modalidade regula hipótese distinta a ora apreciada, adstrita ao uso de imóvel público jungido às finalidades de interesse social, como a regularização fundiária de interesse social, urbanização, etc., entre outras modalidades de interesse social em áreas urbanas descritas no art. 7º do Decreto-lei nº 271/67 e em dispositivos das Leis nº 8.666/93 e nº 9.636/98.

3. Ainda que se entendesse aplicável a outorga de concessão de direito real de uso para o caso em exame, a dispensa de licitação prevista no inciso I do § 2º do art. 17 da Lei nº 8.666/93 é inaplicável a sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em razão da submissão dessas entidades ao regime jurídico próprio das empresas privadas, consectário natural do postulado da livre concorrência, na esteira de entendimentos adotados pelo STF e TCU sob o mesmo fundamento. Exegese em sentido contrário representaria afronta ao art. 173, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, que asseguram igualdade no regime jurídico da iniciativa privada e das citadas empresas estatais.

RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta formulada pela Procuradoria Federal junto à Universidade Federal do Rio de Janeiro – PF/UFRJ, no bojo do Processo Administrativo nº 23079.001461/2013-14, o qual versa sobre a possibilidade de dispensa de licitação de outorga de uso de bem imóvel comercial de propriedade da universidade assessorada (andares de edifício comercial) postulada pela Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS, para uso próprio.

2. Ao apreciar a questão, a PF/UFRJ discordou da hipótese de dispensa de licitação para a cessão/concessão de uso do imóvel, por entender que à PETROBRAS, sociedade de economia mista que exerce de atividade econômica, não são extensíveis privilégios legais não conferidos às empresas privadas, sob pena de desequilibrar a livre competição com as demais empresas do setor, conforme dicção do art. 173, §§ 1º e 2º da Constituição[1] e posição consolidada do Supremo Tribunal Federal.

3. Destarte, a PF/UFRJ, consultada pela Administração da Universidade, entendeu que a dispensa de licitação postulada seria inaplicável ao caso, sendo que o correto seria a aplicação disposto no art. 18, § 5º da Lei nº 9.636/98[2], que trata da cessão de uso de bens imóveis da União e exige licitação sempre que houver condições de competitividade entre interessados.

4. Em face do entendimento supra, foi aviado pedido de reconsideração por parte da PETROBRAS, com ênfase no interesse público presente em sua concepção enquanto ente estatal, ainda que sob a forma de sociedade de economia mista que explora atividade econômica, o que, em seu entender, atrairia o inciso I do §2º do art. 17 da Lei nº 8.666/93[3], que prevê dispensa de licitação para o uso de imóveis da Administração quando esta resolve conceder direito real de uso a outro órgão ou entidade da Administração Pública.

5. No entanto, restou rejeitada a súplica, mediante a confirmação do entendimento da PF/UFRJ de que o procedimento licitatório seria indispensável à cessão/concessão de uso do imóvel nos moldes pretendidos, reiterando-se a influência do já citado art. 173, §§ 1º e 2º da CF, sendo apontado ainda que tal entendimento seria convergente com a posição do Tribunal de Constas da União sobre o tema.

6. Por oportuno, ressalte-se que a PU/UFRJ fez expressa menção à Orientação Normativa nº 13, de 1º de abril e 2009, do Advogado-Geral da União, que contém tese semelhante associada a hipótese distinta de dispensa de licitação da Lei nº 8.666/93, valendo transcrever seus termos, *verbis*:

“Empresa pública ou sociedade de economia mista que exerça atividade econômica não se enquadra como órgão ou entidade que integra a Administração Pública, para os fins de dispensa de licitação com fundamento no inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993.”[aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico].

7. Nesse contexto, em meio ao despacho denegatório proferido pela chefia da PF/UFRJ, foi solicitado o encaminhamento dos referidos autos a esta PGF, sob o fundamento de que a questão de fundo configura controvérsia entre órgãos integrantes da Administração Pública Federal, a merecer a necessária uniformização do tema, no âmbito de atuação desta Procuradoria-Geral Federal.

8. No presente momento, o feito é remetido virtualmente a este Procurador Federal para análise e manifestação. Os autos contam apenas com 1 documento escaneado e acessível por meio do Sistema Sapiens (processo com 119 laudas), encerrando-se no Despacho de distribuição de fl. 117 e Despacho de expediente de fl. 118, excluído este parecer.

9. É o relatório dos principais eventos. Passa-se à análise do feito.

10. De início, dada a hipótese versada, cumpre destacar o acerto quanto ao encaminhamento

do pedido de uniformização para este DEPCONSU/PGF, o qual é expressamente admitido nos normativos vigentes, conforme dispõe o inciso I do art. 1º da Portaria PGF nº 424/2013, *verbis*;

Art. 1º Os órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal poderão suscitar, por meio de suas chefias, consulta ao Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal - DEPCONSU/PGF, desde que:

I - haja controvérsia jurídica entre órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal ou entre estes e outro órgão de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo da União, que demande uniformização;

(...)(g. n.)

11. Destarte, não há dúvidas de que a consulta em questão poderá ser objeto de apreciação no âmbito deste Departamento, nos termos acima transcritos, mormente porque suscitada de modo fundamentado, uma vez presente nos autos o entendimento jurídico da unidade interessada sobre o tema de fundo.

12. Pois bem. consoante dito no item 7, encontrando-se resolvido o caso concreto (ao menos é o que se infere da leitura dos presentes autos), nota-se que análise ora objeto de consulta se dá em tese, ou seja, com vistas a conferir, para o futuro, tratamento uniforme à situação versada, nos moldes e limites trazidos pela consulente.

13. Em síntese, cuida-se de analisar como se deve dar a outorga de uso (citados, no caso, os institutos da cessão e concessão de uso) de imóvel público comercial (andares de edifício) pertencente a Autarquia Federal, para uso próprio por sociedade de economia mista que explora atividade econômica, no caso, a PETROBRAS.

14. Em primeiro lugar, é relevante registrar que convergem unidade consulente e entidade interessada quanto ao caráter oneroso da cessão/concessão de imóvel público (presente a finalidade lucrativa da pretendente), bem como a necessidade desta operação revestir-se de instrumento público, (já que os institutos indicados são de direito público), divergindo apenas em relação à possibilidade ou não de configuração de dispensa de licitação.

15. Por outro lado, verifica-se que, além da indigitada dúvida acerca exigência ou não da realização de procedimento licitatório para a outorga de uso pretendida, nota-se que remanesce certa claudicância quanto ao tipo de instituto aplicável, se cessão de uso ou concessão de uso (inclusive a concessão de direito real de uso).

16. Não é demasiado lembrar que hoje há vários diplomas legais tratando sobre o uso de imóveis públicos (v. g., Decreto-Lei nº 9760/46, Decreto-Lei nº 271/67, Lei nº 8.666/93, Lei nº 9.636/98, etc.) e que esse conjunto de dispositivos, s.m.j., não se encontra organizado, ao menos não de modo sistematizado, requerendo a identificação e aplicação dos institutos um maior esforço exegético. Disso decorre a ausência de unicidade do uso dos institutos de uso de bens públicos, sendo possível observar a incidência de certo casuísmo na prática.

17. Naturalmente, tal contexto imprime complexidade às análises como a ora sob exame, requerendo a identificação exata do instituto cabível para a hipótese de uso de imóvel público narrada no caso concreto (objeto da dúvida apontada no item 15, retro), para, a partir daí, ser possível realizar os enquadramentos legais decorrentes (entre eles, exceções), como é o caso da indagação acerca da possibilidade de dispensa de licitação para o uso do imóvel público.

18. Com isso, delimita-se o presente objeto de apreciação às seguintes dúvidas: 1) saber qual o tipo de instituto aplicável para a modalidade pretendida de uso do imóvel pertencente à UFRJ; e 2) elucidado o item antecedente, saber se, para o caso ora trazido, é possível a dispensa de realização de procedimento licitatório (que é a regra), nos termos da lei.

19. Antes de passar ao exame das modalidades propriamente ditas, cumpre perquirir sobre que categoria de bens públicos pertence o imóvel público sobre o qual incide a pretensão de outorga de uso ora em análise.

20. De plano, nota-se que o imóvel público cuja utilização é pretendida, ao que tudo indica, não se encaixa como bem de uso comum do povo [por obviedade], e tampouco como bem de uso especial, já que não utilizado para uso próprio da UFRJ, havendo documentos nos autos que informam que até então encontrava-se cedido ao BNDES.

21. Destarte, como ensina José Carvalho dos Santos Filho *in* Direito Administrativo. 24^a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011. p. 1245, por ser uma noção residual, não pertencendo a nenhuma das categorias anteriores, o imóvel público pertencerá à categoria de bens dominicais, porquanto não utilizado para o desempenho normal das atividades administrativas, podendo, com isso, a Administração tratá-lo como bem público disponível, passível de atos gestão patrimonial de outorga de uso, entre eles a cessão e a concessão de uso (inclusive a de direito real de uso), desde que, é claro, observados os ditames legais.

22. Sobre o tipo de instituto aplicável, é importante, primeiro, distinguir as modalidades que cercam a hipótese de uso de imóvel comercial pertencente à autarquia federal. Como dito, no processo, nota-se que foram citadas a cessão de uso e a concessão de uso (aqui incluída a concessão de direito real de uso). Confira-se.

23. Efetivamente, tendo em vista a já comentada ausência de maior sistematização legislativa sobre o uso de bens públicos imóveis, a análise acerca do instituto cabível à hipótese dos autos requererá, além da adequada compreensão sobre as disposições legais existentes, o auxílio das valiosas lições da doutrina administrativista consagrada.

24. A doutrina não é uniforme e oscila entre identificar o termo ‘cessão de uso’ como a transferência gratuita da posse para outra entidade de direito público, e apontá-lo como outorga de uso também a particulares, inclusive onerosa [a ocorrer em vista das disposições legais mais recentes sobre o tema], desde que, é claro, preenchidos os requisitos legais específicos para esta última hipótese. Vejam-se alguns conceitos, *verbis*:

“Cessão de uso: é a transferência gratuita da posse de um bem público de uma entidade ou órgão para outro, a fim de que o cessionário o utilize nas condições estabelecidas no respectivo termo, por tempo certo ou indeterminado. É o ato de colaboração entre repartições públicas, em que aquela que tem bens desnecessários aos seus serviços cede o uso a outra que deles está precisando. Como bem ponderou Caio Tácito (‘Bens Públicos - Cessão de Uso’, RDA 32/482), esta cessão se inclui entre as modalidades de utilização de bens públicos não aplicados ao serviço direto do cedente e não se confunde com nenhuma das formas de alienação. Trata-se, apenas, de transferência de posse do cedente para o cessionário, mas ficando sempre a Administração-proprietária com domínio do bem cedido, para retomá-lo a qualquer momento ou recebê-lo ao término do prazo da cessão. Assemelha-se ao Comodato do Direito Privado, mas é instituto próprio do Direito Administrativo, já previsto na legislação federal concernente aos bens móveis da União (Dec.-lei 9.760/46, arts. 64, § 3º, 125 e 216, e Lei 9.636/98, arts. 18 a 21). Também não se confunde com qualquer das modalidades pelas quais se outorga ao particular o uso especial de bem público (autorização de uso, permissão de uso, concessão de uso, concessão do direito real de uso), nem, tampouco, se identifica com a velha concessão de domínio dos tempos

coloniais, espécie obsoleta de alienação. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 553.)

"Cessão de uso é aquela em que o Poder Público consente com o uso gratuito de bem público por órgãos da mesma pessoa ou de pessoa diversa, incumbida de desenvolver atividade que, de algum modo, traduza interesse para a coletividade.

A grande diferença entre a cessão de uso e as formas até agora vistas [autorização de uso e permissão de uso] consiste em que o consentimento para a utilização do bem se fundamenta no benefício coletivo decorrente da atividade desempenhada pelo cessionário. O usual na Administração é a cessão de uso entre órgãos da mesma pessoa. (...)

A cessão de uso, entretanto, pode efetivar-se também entre órgãos de entidades públicas diversas. Exemplo: o Estado cede grupo de salas situado em prédio de uma de suas Secretarias para a União instalar um órgão do Ministério da Fazenda. Alguns autores limitam a cessão de uso às entidades públicas. Outros a admitem para a Administração Indireta [Diógenes Gasparini].

Em nosso entender, porém, o uso pode ser cedido também, em certos casos especiais, a pessoas privadas, desde que desempenhem atividade não lucrativa que vise a beneficiar, geral ou parcialmente, a coletividade. (...)

Em semelhante sentido, aliás, está definida a legislação incidente sobre imóveis pertencentes à União. Nela é prevista a cessão gratuita de uso de bens imóveis federais quando o governo federal pretende concretizar "auxílio ou colaboração que entenda prestar" [art. 64, Decreto-lei nº 9.760/46]. Em outro diploma admitiu-se a cessão a "Estados, Municípios e entidades sem fins lucrativos, de caráter educacional, cultural ou de assistência social". (...)

O fundamento básico da cessão de uso é a colaboração entre entidades públicas e privadas com o objetivo de atender, global ou parcialmente, a interesses coletivos. É assim que deve ser vista como instrumento de uso do bem público. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.1089 e ss.)

"A cessão é instituto típico de direito público, instituído pelo art. 64 do Decreto-lei nº 9.760/46, para as hipóteses em que interesse à União concretizar, com a permissão da utilização gratuita de imóvel seu, auxílio ou colaboração que entenda prestar. Era disciplinada pelos artigos 125 e 126 do referido Decreto-lei e pelo Decreto-lei nº 178, de 16-2-67. Tais dispositivos não estão mais em vigor, aplicando-se as normas contidas nos artigos 18 a 21 da Lei nº 9.636/98. (...)

A cessão pode ser assim caracterizada: é ato de outorga de uso privativo de imóvel do patrimônio da União; essa outorga, depois de autorizada por Decreto do Presidente da República, se faz mediante termo ou contrato, no qual se especificam as condições em que o uso se exercerá; o uso é gratuito, devendo ser oneroso quando a destinado à execução de empreendimento de fim lucrativo; podem ser cessionários os Estados, os Municípios, entidades educacionais, culturais ou de finalidades sociais, bem como os particulares (pessoas físicas ou jurídicas), nesta última hipótese quando se tratar de aproveitamento econômico de interesse nacional; torna-se nula em caso de utilização

em desacordo com as condições estabelecidas. Além disso, a cessão se faz sempre por prazo determinado, conforme estabelece o § 3º do art. 18 da Lei nº 9.636/98. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 779 e ss.) (g. n.)

25. Em termos legais, a cessão de uso foi originalmente prevista no § 3º do art. 64 do ainda vigente Decreto-Lei nº 9.760/46, que a cunhou como um instrumento gratuito, aplicável a imóveis da União, qualquer que seja a sua natureza, utilizado para viabilizar a cooperação entre órgãos ou entidades públicos, conforme sua previsão, *verbis*:

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

(...)

§ 3º A cessão se fará quando interessar à União concretizar, com a permissão da utilização gratuita de imóvel seu, auxílio ou colaboração que entenda prestar. (g.n.)

26. No entanto, mais recentemente, a Lei nº 9.636/98 foi além e previu que a cessão de uso é o instrumento próprio para a destinação a uso por entidade da Administração Pública Federal Indireta (o que o fez ao alterar o próprio DL nº 9.760/46), ampliando-a também para pessoas físicas e jurídicas no caso de interesse público ou social ou ao chamado aproveitamento econômico de interesse nacional, atribuindo-se-lhe o caráter oneroso, nos termos já destacados, sendo que a regulação se dá pelo Decreto nº 3.725/2001. Confirma-se abaixo, trechos desses diplomas legais, *verbis*:

Decreto-Lei nº 9.760/46:

Art. 79. A entrega de imóvel para uso da Administração Pública Federal direta compete privativamente à Secretaria do Patrimônio da União - SPU. (Redação dada pela Lei nº 9.636, de 1998)

§ 1º A entrega, que se fará mediante termo, ficará sujeita a confirmação 2 (dois) anos após a assinatura do mesmo, cabendo ao S.P.U. ratificá-la, desde que, nesse período tenha o imóvel sido devidamente utilizado no fim para que fôra entregue.

§ 2º O chefe de repartição, estabelecimento ou serviço federal que tenha a seu cargo próprio nacional, não poderá permitir, sob pena de responsabilidade, sua invasão, cessão, locação ou utilização em fim diferente do que lhe tenha sido prescrito.

§ 3º Havendo necessidade de destinar imóvel ao uso de entidade da Administração Pública Federal indireta, a aplicação se fará sob o regime da cessão de uso. (Incluído pela Lei nº 9.636, de 1998) (g.n.)

Lei nº 9.636/98:

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:

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. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

(...)

§ 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.*

(...)

Decreto nº 3.725/2001:

Art. 11. A entrega de imóvel para uso da Administração Pública Federal, nos termos do art. 79 do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, compete privativamente à Secretaria do Patrimônio da União.

(...)

§ 2º *Havendo necessidade de destinar imóvel para uso de entidade da Administração Federal indireta, a aplicação far-se-á sob o regime de cessão de uso.*

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. (g.n)

27. Por oportuno, é importante referir que tanto o Decreto-Lei nº 9.760/46, como a Lei nº 9.636/98, embora se dirijam à União, devem ser aplicados subsidiariamente aos atos de disposição patrimonial das entidades da Administração Indireta, no que couber, em face da analogia e identidade de princípios, até porque se tratam de regras de caráter geral. Sua aplicação deverá dar-se sempre que constatada a ausência de norma específica sobre a gestão de imóveis que seja destinada a estas últimas.

28. A propósito, destaque-se que a natureza de norma geral da Lei nº 9.636/98, aqui mencionada, foi destacada por Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Curso de Direito Administrativo. 28ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 932:

“A Lei 9.636, de 15.5.98, com inúmeras modificações ulteriores, a última das quais introduzida pela Lei 12.058, de 13.10.2009 – é a lei mais geral sobre alienação de imóveis da União. Seu art. 31 previu que, a critério do Presidente da República, poderiam ser doados a Estados Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações, empresa públicas, tanto federais quanto de qualquer destas esferas,... (...).” (g.n.)

29. Portanto, perfeitamente possível a aplicação subsidiária da legislação federal imobiliária da União às entidades da Administração Indireta, no que couber, de modo a permitir aos respectivos gestores exercer de forma plena a gestão do patrimônio imobiliário a eles confiado.

30. Dito isto, em relação à **cessão de uso**, pode-se concluir que: **I - a cessão de uso decorre do interesse da Administração em concretizar, mediante outorga da utilização privativa de imóvel seu, auxílio ou colaboração que entenda prestar [juízo de conveniência]; II - o instrumento da cessão de uso é aplicável para o uso por entidades da Administração Pública Indireta, conforme previsão legal conferida ao art. 79, § 3º, do Decreto-Lei nº 9.760/46 e regulamentação dos arts. 11 a 13 do Decreto nº 3.725/2001; III - limitava-se ao uso colaborativo interno na Administração Pública, porém, foi permitido o uso a particulares, quando presente interesse coletivo, nos termos da lei; IV – poderá ser gratuita, mas deverá dar-se em caráter oneroso sempre que destinada à execução e empreendimento de fim lucrativo; e V –**

tem caráter contratual e prazo determinado, devendo observar procedimento licitatório, sempre que houver condições de competitividade.

31. Por sua vez, hipótese distinta é a da concessão de uso, cujo objeto é, de pronto, a contratação para uso de bem público pelo particular, para seu uso privativo, não exigindo, como requisito, o interesse público, inclusive o interesse coletivo. A esse respeito, confira-se a lição doutrinária, *verbis*:

"Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segundo sua destinação específica. O que caracteriza a concessão de uso e a distingue dos demais institutos assemelhados – autorização e permissão de uso – é o caráter contratual e estável da outorga do uso do bem público ao particular, para que o utilize com exclusividade e nas condições convencionadas com a Administração. (...) Tal contrato confere ao titular da concessão de uso um direito pessoal de uso especial sobre o bem público, privativo e intransferível sem prévio consentimento da Administração, pois é realizado intuitu personae, embora admita fins lucrativos (...). (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 22ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 1997. p 443 e ss)"

"Concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a utilização privativa de bem público para que exerça conforme a sua destinação.

Sua natureza é a de contrato de direito público, sinalagmático, oneroso ou gratuito, comutativo e realizado intuitu personae.

A concessão é o instituto empregado, preferencialmente à permissão, nos casos em que a utilização do bem público objetiva o exercício de atividades de utilidade pública de maior vulto e, por isso mesmo, mais onerosas para o concessionário. Este assume obrigações perante terceiros e encargos financeiros elevados, que somente se justificam se ele for beneficiado com a fixação de prazos mais prolongados, que assegurem um mínimo de estabilidade no exercício de suas atividades.

Elemento fundamental na concessão de uso é o relativo à finalidade. Ficou expresso no seu conceito que o uso tem que ser feito de acordo com a destinação do bem. (...)

A concessão exige licitação, nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.666/93, que silencia quanto à modalidade a ser utilizada, ao contrário do Decreto-lei nº 2.300/86, que exigia concorrência. Talvez o silêncio do legislador se justifique pela norma do artigo 121, parágrafo único, segundo a qual os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União continuam a reger-se pelas disposições do Decreto-lei nº 9.760, de 5-9-46, com alterações posteriores. (...) (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 771 e ss.)

"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.

Não é difícil observar que o núcleo conceitual da concessão de uso é idêntico ao das permissões autorizações de uso: em todos, o particular tem direito ao uso privativo do bem público mediante consentimento formal emanado do Poder Público. (...)

Sendo contratos administrativos, as concessões de uso de bem público recebem a

incidência normativa própria do instituto, ressaltando a desigualdade das partes contratantes e a aplicação das cláusulas de privilégio decorrentes do direito público. Desse modo, deve ser realizada licitação prévia para a seleção do concessionário que apresentar as melhores condições para o uso do bem público. Será inexigível, porém, o procedimento quando a hipótese não comportar regime de normal competição entre eventuais interessados. A inexigibilidade, entretanto, deve ser considerada como exceção. Em se tratando de contrato administrativo, o prazo deve ser determinado, extinguindo-se direitos e obrigações quando do advento do termo final do acordo. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.1080 e ss.) (g. n.)

32. Ainda sobre a concessão de uso, é pertinente trazer à baila o entendimento do então Ministro Adylson Motta, do TCU, sobre o tema, quando expôs que:

“(...) 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.” (g.n)

33. Assim, acerca do instituto da **concessão de uso** pode-se concluir que: **I - a concessão não decorre do intuito de colaboração, sendo modalidade contratual para uso privativo de bem público por particular, de acordo com a destinação do bem, não necessariamente revestida de interesse público; II - em uma gradação entre as modalidades clássicas da autorização e da permissão de uso, a concessão de uso é a mais complexa, a possuir caráter mais estável da outorga, sendo indicada para o exercício de atividades de utilidade pública de maior vulto, mais onerosas para o concessionário; e III- tem sempre caráter oneroso (associada que é à finalidade lucrativa) e contratual, devendo ser observado o procedimento licitatório como regra e dispensa e inexigibilidade, quando cabíveis.**

34. É relevante notar que a modalidade de concessão de uso de bem público que merece maior atenção do legislador, é, à toda evidência, a concessão de direito real de uso, que é uma espécie qualificada de concessão de uso, utilizada com finalidades específicas, como a regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação e outros fins de interesse social. Nesse sentido, dispôs o texto do art. 7º do Decreto-lei nº 271/67, que a criou, *verbis*:

Art. 7º É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

§ 1º A concessão de uso poderá ser contratada, por instrumento público ou particular,

ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial.

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

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

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

35. Ainda a respeito da disciplina da concessão de direito real de uso, observa-se que sua disciplina legal, como não poderia deixar de ser, passou a ser tratada também na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), como ainda na já citada legislação imobiliária geral da União (Lei nº 9.636/98), ao que se observa, seguindo a lógica de interesse social constante do Decreto-lei nº 271/67. Isso significa que as figuras da cessão de uso e da concessão de uso podem se revestir sob a forma de concessão de direito real de uso, como é possível notar dos seguintes excertos:

Lei nº 8.666/93:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I- quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

(...)

f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

(...)

h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; (Incluído pela Lei nº 11.952, de 2009)

(...)

§ 2º A Administração também **poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, dispensada licitação,** quando o uso destinar-se: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) (g. n.)

Lei nº 9.636/98:

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:

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. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

(...)

§ 6º **Fica dispensada de licitação a cessão prevista no caput deste artigo relativa a:** (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

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; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

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. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007) (g. n.)

36. É apropriado destacar que, desde a edição da Lei nº 8.666/93, constou do supratranscrito § 2º do art. 17 desse diploma legal (à época, sem incisos) a norma no sentido de que a Administração Pública poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, dispensada licitação, quando o uso destinar-se a outro órgão ou ente da Administração Pública.

37. Por fim, de modo a evitar dúvidas entre a concessão de uso simples e a concessão de direito real de uso, é sempre relevante notar que, enquanto a primeira revela o uso de caráter pessoal [em geral, obrigacional] de um bem público, esta última trata o uso do bem público como verdadeiro direito real resolúvel, transferível a terceiros, como é possível verificar da lição doutrinária, *verbis*:

*"Concessão de direito real de uso, instituto previsto no art. 7º do Decreto-lei 971, de 28.2.67, com a redação dada pela Medida Provisória 335, de 23.12.2006, convertida na Lei 11.481, de 31.5.2007, é o contrato pelo qual a Administração transfere, por tempo certo ou por prazo determinado, como direito real resolúvel, o uso remunerado ou gratuito de terreno público para que seja utilizado **com fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, edificação cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social.***

*Consoante dispõe o § 4º do preceptivo citado, salvo reserva contratual, o direito por tela instaurado é transmissível por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, como os demais direitos reais sobre coisas alheias.*

Desde logo diverge da simples concessão de uso pelo fato de, ao contrário daquela - na qual apenas se compõem um direito de natureza obrigacional (isto é, pessoal) -, instaura um direito real.

Possui, então, como características inerentes sua imediata adesão à coisa e o chamado direito de sequela, que enseja a persecução do bem. É exclusivo, vale dizer, sobre o bem em que recai não incidirá outro direito da mesma espécie, e é protegido por ação real, graças ao que "prevalece contra qualquer que detenha a coisa". É oponível erga omnes, ou seja, contra todos, pois confere ao titular a prerrogativa de vê-lo respeitado por quaisquer sujeitos, os quais ficam impedidos de opor-lhe qualquer embaraço. Seu exercício independe da colaboração de terceiro; faz-se de per si, diretamente, na relação entre o sujeito e a coisa, ao contrário dos direitos pessoais.

(...) Sem embargo da parentela com o direito de superfície, o certo é que com as características atribuídas pelo Decreto-lei 271 ganhou fisionomia específica, em que sobressai seu caráter conaturalmente resolúvel, conforme consta do próprio art. 7º precitado, se (a) o concessionário distrair o bem da destinação contratualmente estabelecida ou (b) descumprir cláusula resolutória do ajustes, consoante dispõe o § 3º do mesmo preceptivo." (Mello, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 937) (g. n.)

38. Em resumo, pode-se dizer que a **concessão de direito real de uso** constitui: **I - direito real resolúvel, consistente no uso remunerado ou gratuito de terreno público para que seja utilizado com fins específicos do Decreto-lei nº 271/67 (regularização fundiária, urbanização, edificação, entre outras modalidades de interesse social); II - direito transmissível por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, como os demais direitos reais sobre coisas alheias; III - tem como característica inerente o direito de sequela, que enseja a persecução do bem; e IV - é resolúvel, em face do descumprimento da destinação contratualmente estabelecida pelo concessionário.**

39. Pois bem, esclarecidas as características próprias dos institutos potencialmente utilizáveis e, conquanto o inciso I do § 2º do art. 17 da Lei nº 8.666/93, invocado nos autos para o uso do imóvel público como fundamento para a outorga de uso sem licitação, realmente preveja a dispensa do certame no caso outorga de direito real de uso para outro órgão ou ente da Administração Pública, entendemos que o dispositivo em questão não incide nas hipóteses como a versada nos autos, qual seja, o uso próprio por sociedade de economia mista.

40. Primeiro porque a outorga de concessão de direito real de uso, diferentemente do uso

pretendido, acima destacado, revela outra espécie de uso de bem público, adstrita às finalidades sociais buscadas pelo multicitado Decreto-Lei nº 271/1967, que, como dito, ocupa-se de ações voltadas à regularização fundiária, urbanização entre outras modalidades de interesse social, o que denota que o referido instituto tampouco pode ser aplicável ao caso ora sob estudo.

41. É de se reconhecer que o art. 17 da Lei nº 8.666/93 e o art. 18 da Lei nº 9.636/98 permitem a conjugação da figura da cessão com o regime da concessão de direito real de uso. Porém, nota-se que essa junção é feita em moldes semelhantes às finalidades sociais enunciadas no art. 7º do Decreto 271/1967, no caso a regularização fundiária e a urbanização, entre outras. De mais a mais, conforme a própria lei exige, somente é possível o regime da outorga de direito real de uso se o interesse motivador esteja entre as hipóteses legalmente previstas (o que com certeza, não é o caso dos autos) e quando as entidades pleiteantes participem do desenvolvimento dessas políticas públicas.

42. Segundo porque, quanto à concessão de uso simples ou concessão administrativa de uso é instituto voltado ao uso por particulares, para uso conforme a destinação do bem, não necessariamente para satisfação do interesse público. Quando este é presente, sua utilização é voltada para atividades que normalmente exigem investimentos vultosos. Essas características, efetivamente, não guardam relação com a hipótese em análise, seja porque não pleiteada para uso particular (uma vez que o interesse na utilização é de sociedade de economia mista, entidade da Administração Pública Federal), seja porque o simples uso de andares de edifício comercial não pode ser considerado vultoso.

43. A toda evidência, nota-se que as figuras da concessão de direito real de uso e a concessão de uso revelam-se impróprias para o caso em análise, uma vez que suas características são completamente distintas das acima elencadas e, como tal, não se compatibilizam, de nenhum modo, com a situação trazida a exame.

44. Por outro lado, há expressa disposição legal no sentido de que a destinação de imóveis públicos a outros entes da Administração Indireta deverá ocorrer por meio da cessão de uso, qual seja, o § 3º do art. 79 do Decreto-Lei nº 9.760/46, sob o regime previsto no art. 18 da Lei nº 9.636/98 e regulamentação nos arts. 11 a 13 do Decreto nº 3.725/2001.

45. Com efeito, observa-se que se encontram presentes na hipótese versada as características resumidas no item 30, retro, em especial o caráter colaborativo entre órgãos e entidades públicos, a onerosidade quando o uso pretendido se dá com finalidade lucrativa e, sobretudo, a existência de condições de competitividade, com o que, tem lugar a cessão de uso, sendo exigível a licitação, nos termos do § 5º do art. 18 da Lei nº 9.636/98.

46. Assim sendo, tendo em vista sobretudo a distinção existente entre os institutos da cessão de uso e da concessão de uso (inclusive a de direito real de uso), à toda evidência, a pretensão de outorga de uso de andares de edifício comercial de propriedade a autarquia federal, enquadrados como bem de uso dominical, somente pode ser objeto de cessão de uso, nos termos da legislação acima indicada.

47. Ademais, ainda que, por hipótese, se admitisse que a concessão de direito real de uso fosse o regime aplicável à cessão destinada às entidades da Administração Pública Indireta, no caso, sociedades de economia mista, convergimos com o entendimento de tal dispositivo não alcançaria as estatais que exploram atividade econômica.

48. Ora, não há como entender que, apenas em razão de a concepção de uma sociedade de economia mista decorrer do interesse público presente no exercício de suas atividades (no caso, para a exploração de atividade econômica), seja possível considerar que esse aspecto constitui fundamento para justificar a incidência da dispensa de licitação prevista no inciso I do § 2º art. 17 da Lei nº 8.666/93.

49. Isso porque o regime jurídico das sociedades de economia mista que exploram atividade econômica é tido como híbrido, pois, ao mesmo tempo em que integram a Administração Pública e se sujeitam aos princípios e regras constitucionais a elas aplicáveis, sua concepção como pessoas jurídicas de direito privado as submete às regras próprias às empresas privadas, com a finalidade de aumentar sua agilidade para a consecução do fim público a elas cometido.

50. Não por outra razão que o art. 173 da Constituição Federal dispôs, em seu §2º, acerca da necessidade de diferenciação quanto ao regime jurídico que estas entidades devem observar, nos seguintes termos, *verbis*:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

(...)

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. (g.n.)

51. Note-se que com a edição da Emenda Constitucional nº 19/98, que deu nova redação ao § 1º do art. 173, reforçou-se ainda mais o enquadramento em regime jurídico privado das sociedades de economia mista que exploram atividade econômica, na medida em que o constituinte estabeleceu que a lei disporá sobre a sujeição dessas entidades ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

52. A esse respeito, outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal senão o de que o postulado da livre concorrência atrai a aplicação dos comandos constitucionais acima destacados, *verbis*:

“Quer dizer, o art. 173 da CF está cuidando da hipótese em que o Estado esteja na condição de agente empresarial, isto é, esteja explorando, diretamente, atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. Os parágrafos, então, do citado art. 173, aplicam-se com observância do comando constante do caput. Se não houver concorrência – existindo monopólio, CF, art. 177 – não haverá aplicação do disposto no § 1º do mencionado art. 173.” (RE 407.099, voto do Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 22-6-2004, Segunda Turma, DJ de 6-8-2004.)

“Inaplicabilidade, à Infraero, da regra inscrita no art. 150, § 3º, da Constituição. A submissão ao regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência (CF, art. 170, IV), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no art. 173, § 1º, da Constituição, às empresas públicas (Caso da Infraero), às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos.” (RE 363.412-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 7-8-2007, Segunda Turma, DJE de 19-9-2008.)

“Distinção entre empresas estatais prestadoras de serviço público e empresas estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito. (...). As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. (...). O § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público.” (ADI 1.642, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-4-2008, Plenário, DJE de 19-9-2008.) No mesmo sentido: ARE 689.588-AgR, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 27-11-2012, Primeira Turma, DJE de 13-2-2012. (g. n.)

53. Por oportuno, convém lembrar que, conforme é possível notar da fundamentação dada à citada Orientação Normativa AGU nº 13, indicada pela consultante como fundamento de seu parecer, o Tribunal de Contas da União possui o mesmo entendimento acerca da matéria, conforme se verifica dos seguintes precedentes:

(...) 5. A propósito, cumpre observar que, conforme a jurisprudência deste Tribunal, é indevida a dispensa de licitação para contratar sociedade de economia mista que desempenha atividade econômica, sujeita à livre concorrência, pois essas entidades não devem possuir privilégios que não sejam extensíveis às empresas da iniciativa privada. (Acórdão 2.399/2006- Plenário)

(...) 2. É ilegal a aquisição direta de combustível, por dispensa de licitação, ainda que seja o fornecedor entidade da administração indireta, no caso sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, submetida, portanto, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. (Acórdão 2.063/2005-Plenário)

54. Assim sendo, **em razão da submissão dessas estatais ao regime próprio da iniciativa privada, o que resta justificado a partir do consectário natural da livre concorrência, entende-se que o inciso I do § 2º do art. 17 da Lei nº 8.666/93 não pode ser aplicado às sociedades de economia mista que exerçam atividade econômica. Admitir exegese em sentido contrário representaria afronta ao art. 173, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, que asseguram igualdade de tratamento no regime jurídico da iniciativa privada e de referidas empresas estatais.**

55. Enfim, não se pode deixar de observar que se está a tratar de situação análoga à tratada na mencionada Orientação Normativa AGU nº 13, a qual, em proteção ao disposto no art. 173, §§ 1º e 2º da Constituição, exclui do conceito de Administração Pública previsto em regra legal de dispensa de licitação (art. 24, VIII, Lei nº 8.666/93) as sociedades de economia mista que explorem atividade econômica.

56. Por força do princípio geral de Hermenêutica Jurídica enunciado pelo brocardo jurídico: *"ubi eadem ratio, ibi ius idem esse debet"* (onde há a mesma razão, há o mesmo direito), conclusão semelhante deverá prevalecer na presente análise.

57. Diante do exposto, a partir da análise acima, a fim de uniformizar o tratamento do tema nos moldes e termos em que formulada a consulta, **responde-se às indagações da consultante da seguinte forma:**

(i) qual o tipo de instrumento público aplicável para o uso do imóvel pertencente a Autarquia Federal (no caso, a UFRJ) para uso próprio por entidade da Administração Federal Indireta;

Resposta: é aplicável à outorga de uso de imóvel público comercial de Autarquia Federal, para uso próprio por entidade da Administração Federal Indireta, o instituto da cessão de uso, regulado pelo art. 79, § 3º do Decreto-lei nº 9.460/67 e pelo art. 18 da Lei nº 9.636/98, com regulamentação

dada pelos arts. 11 a 13 do Decreto nº 3.725/2001, conforme exposto nos itens 19 a 46.

(ii) elucidado o item antecedente, saber se, para o caso ora trazido, é obrigatória a realização de procedimento licitatório ou se é possível a sua dispensa.

Resposta: em razão da submissão dessas estatais ao regime próprio da iniciativa privada, o que resta justificado a partir do consectário natural da livre concorrência, entende-se que o inciso I do § 2º do art. 17 da Lei nº 8.666/93 não pode ser aplicado às sociedades de economia mista que exerçam atividade econômica. Admitir exegese em sentido contrário representaria afronta ao art. 173, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, que asseguram igualdade de tratamento no regime jurídico da iniciativa privada e de referidas empresas estatais. conforme exposto nos itens 47 a 56.

58. Em decorrência dos entendimentos acima expostos, **propõem-se os seguintes encaminhamentos:**

a – pelo encaminhamento de resposta à PF/UFRJ, com cópia do presente parecer;

b – ante a relevância do assunto, e tendo em vista a necessidade de conferir tratamento uniforme ao tema, sugere-se o encaminhamento à Câmara Permanente de Licitações e Contratos desta PGF.

À consideração superior.

Brasília, de junho de 2015.

FELIPE DE ARAUJO LIMA

Procurador Federal

Mat. Siape 1245686

De acordo.

À consideração do Senhor Procurador-Geral Federal.

Brasília, de junho de 2015.

ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS

Diretor do Departamento de Consultoria

Aprovo.

Brasília, de junho de 2015.

RENATO RODRIGUES VIEIRA

Procurador-Geral Federal

[1] Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, **a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.**

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. (g.n.)

[2] 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:

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. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

(...)

§ 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. (g.n.)

[3] Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

(...)

§ 2º A Administração também poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, dispensada licitação, quando o uso destinar-se: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do Imóvel; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) (g.n.)

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23079001461201314 e da chave de acesso 5c9fbea1

Documento assinado eletronicamente por FELIPE DE ARAUJO LIMA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 3110509 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): FELIPE DE ARAUJO LIMA. Data e Hora: 13-08-2015 11:22. Número de Série: 7726919951258472646. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 3110509 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS. Data e Hora: 21-08-2015 17:30. Número de Série: 3796960105636004972. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por RENATO RODRIGUES VIEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 3110509 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO RODRIGUES VIEIRA. Data e Hora: 21-08-2015 18:45. Número de Série: 13252565. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.
