

Título : O PRINCÍPIO DA LIBERDADE ECONÔMICA E SUA APLICABILIDADE NAS CONCESSÕES REMUNERADAS DE USO DE BENS DO DOMÍNIO PÚBLICO PATRIMONIAL

Autor : Marinês Restelatto Dotti

O PRINCÍPIO DA LIBERDADE ECONÔMICA E SUA APLICABILIDADE NAS CONCESSÕES REMUNERADAS DE USO DE BENS DO DOMÍNIO PÚBLICO PATRIMONIAL

MARINÊS RESTELATTO DOTTI

Advogada da União. Especialista em Direito do Estado e em Direito e Economia pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS). Autora da obra: *Governança nas contratações públicas: aplicação efetiva de diretrizes, responsabilidade e transparência – inter-relação com o direito fundamental à boa administração e o combate à corrupção*. Coautora das seguintes obras: *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas; Limitações constitucionais da atividade contratual da administração pública; Convênios e outros instrumentos de administração consensual na gestão pública do século XXI: restrições em ano eleitoral; Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação e contratação; Gestão e probidade na parceria entre Estado, OS e OSCIP; Microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas; Comentários ao RDC integrado ao sistema brasileiro de licitações e contratações públicas; 1000 perguntas e respostas necessárias sobre licitação e contrato administrativo na ordem jurídica brasileira; e Comentários à lei das empresas estatais: Lei nº 13.303/16*. Colaboradora nas obras: *Direito do estado: novas tendências; Direito público do trabalho: estudos em homenagem a Ivan D. Rodrigues Alves; Contratações públicas: estudos em homenagem ao professor Carlos Pinto Coelho Motta; Licitações públicas: estudos em homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes; Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos; e Temas atuais de direito público*. Professora do curso de Pós-Graduação em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo da UniRitter – Laureate International Universities e de Direito Administrativo e Gestão Pública na Fundação Escola Superior do Ministério Público no Estado do Rio Grande do Sul. Professora dos seguintes cursos de extensão: Capacitação em Licitações e Contratos Administrativos, da Escola da Magistratura no Estado do Rio Grande do Sul; Prática em Licitações e Contratações Públicas e Prática em Licitações e Contratações das Empresas Estatais, da Escola Superior da Magistratura Federal do Estado do Rio Grande do Sul. Conferencista na área de licitações e contratações da Administração Pública.

INTRODUÇÃO

O Decreto-Lei nº 9.760/1946, que dispõe sobre imóveis da União, em seu Título II, elenca as condições gerais acerca de sua utilização, estabelecendo que aqueles (imóveis) não utilizados em serviço público poderão, qualquer que seja sua natureza, ser alugados, aforados ou cedidos. Assim:

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

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

A locação a que se refere o Decreto-Lei nº 9.760/1946, não é a que deriva do regime privado (Lei nº 8.245/1991 – Lei do Inquilinato). O que a lei federal denominou impropriamente de “locação” nada mais é que a concessão remunerada de uso de bens do domínio público patrimonial, instituto este perfeitamente conhecido e praticado pela Administração Pública, regido por normas próprias do Direito Administrativo.

A Lei nº 9.636/1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, assim estabelece:

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

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

Referido diploma prevê a cessão de uso de áreas de imóveis do patrimônio da União a terceiros, a título gratuito ou oneroso, destinada ao exercício de atividade de apoio, definida em regulamento e necessária ao desempenho da atividade do órgão a que o imóvel foi entregue.

De acordo com o Decreto nº 3.725/2001, que regulamenta a Lei nº 9.636/1998 e dispõe sobre regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis do domínio da União, não será considerada utilização para fim diferente do previsto no termo de entrega, ao qual se refere o § 2º do art. 79 do Decreto-Lei nº 9.760/1946 ¹, a cessão de uso a terceiros, a título gratuito ou oneroso, de áreas para exercício de atividades de apoio necessárias ao desempenho da atividade do órgão a que o imóvel foi entregue, competindo ao chefe do órgão, do estabelecimento ou do serviço federal que tenha a seu cargo próprio nacional, sob pena de responsabilidade, não permitir sua utilização em finalidade diversa do que lhe tenha sido prescrita. A atividade, objeto da cessão de uso, portanto, destinar-se-á ao atendimento das necessidades do órgão e de seus servidores.

Indiferente, pois, é a denominação que se queira dar à utilização, por terceiro, de área de imóvel do patrimônio público para o exercício de atividade de apoio, qual seja: cessão de uso ou concessão remunerada de uso. Ambas se destinam à transferência, a terceiro, de área de imóvel pertencente ao patrimônio da União, desde que não utilizada em serviço público, ou seja, desde que não venha a prejudicar a atividade finalística do órgão ou da entidade, permitindo-se àquele (terceiro) sua exploração para o fim específico de prestar atividade definida como de apoio.

O art. 12 do Decreto nº 3.725/2001 elenca, de forma exemplificativa, algumas atividades consideradas como de apoio e necessárias ao desempenho da atividade do órgão, tais como: posto bancário, posto de correios e telégrafos, restaurante e lanchonete, central de atendimento à saúde e creche.

Ainda de acordo com o decreto, outras atividades similares e necessárias ao órgão podem ser consideradas como de apoio pelos ministros de Estado ou por autoridades com competência equivalente nos Poderes Legislativo e Judiciário, responsáveis pela administração do imóvel.

A título ilustrativo, o Ministério da Defesa, por meio da Portaria Normativa nº 1.233/2012, elencou as atividades consideradas de apoio, destinadas ao atendimento das necessidades da administração central do Ministério da Defesa, dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, da Escola Superior de Guerra, do Hospital das Forças Armadas e dos respectivos servidores e militares. São elas: (a) barbearia e cabeleireiro; (b) alfaiataria, sapateiro, boteiro, confecção e venda de uniformes e artigos militares; (c) lavanderia; (d) estabelecimento de fotografia e filmagem; (e) papelaria e livraria em estabelecimento de ensino e organização militar de saúde; (f) ótica e farmácia em organização militar de saúde; (g) posto de atendimento para financiamento, empréstimo, empreendimentos habitacionais, consórcio e atividades correlatas e voltadas à assistência de militares e civis; (h) escola pública de ensino fundamental; (i) promoção de intercâmbio social, recreativo, cultural, educacional, assistencial e cívico, primordialmente entre os militares e seus familiares e entre estes e os demais segmentos da sociedade; e (j) antena de telefonia móvel.

Louvável a iniciativa do Ministério da Defesa na edição dessa portaria normativa, a qual insere, a título ilustrativo, a possibilidade de exploração, por terceiros, de algumas atividades de apoio, como, por exemplo, de farmácia em organizações militares de saúde, indubitavelmente considerada de utilidade às específicas finalidades dessas organizações.

Contudo, atividades como barbearia, cabeleireiro, alfaiataria, sapateiro, boteiro, confecção e venda de uniformes e artigos militares, lavanderia, filmagem e fotografia são amplamente ofertadas no mercado, podendo ser prestadas pelos mais diversos profissionais sediados localmente, não havendo necessidade de que tais profissionais disputem um processo seletivo para ocupar espaço físico do patrimônio público para atender, por comodidade e exclusivamente, servidores da organização.

OBJETO DA LICITAÇÃO

A prestação de serviço de apoio (como posto bancário, restaurante e lanchonete, central de atendimento à saúde e creche) deve destinar-se ao atendimento das necessidades da Administração concedente e de seus servidores, necessária, portanto, ao regular desempenho de suas atividades, constituindo-se, por conseguinte, no objeto da concessão remunerada de uso. Esta (a concessão remunerada de uso), por sua vez, constituir-se-á no objeto da licitação, destinada a buscar a melhor proposta (maior oferta) para a ocupação de espaço pertencente ao patrimônio público, a ser cedido ao vencedor da disputa para que este explore atividade econômica de apoio para a Administração.

O objeto da licitação, portanto, é a concessão remunerada de uso do domínio público patrimonial, a qual utilizará critério de julgamento para a escolha da melhor proposta embasado na maior oferta.

UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE PREGÃO NAS CONCESSÕES REMUNERADAS DE USO DE BENS IMÓVEIS

A modalidade pregão, prevista na Lei nº 10.520/2002, admite exclusivamente o critério de julgamento com base no menor preço, conforme disposto em seu art. 4º, inc. X (“para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital”), o que significa que, nessa modalidade licitatória, em seus dois formatos, presencial e eletrônico, não é admitido o critério embasado no maior lance ou oferta de preço.

Todavia, precedentes do Tribunal de Contas da União recomendam a utilização de pregão para a concessão remunerada de uso de bens públicos, com vistas a buscar a maior oferta de preço. São os precedentes:

A cessão das áreas comerciais de centrais públicas de abastecimento de gêneros alimentícios deve observar as normas atinentes à concessão remunerada de uso de bem público, utilizando-se na licitação, preferencialmente, a modalidade pregão eletrônico. (TCU, Acórdão nº 919/2016, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, Boletim de Jurisprudência nº 123, de 2016.)

Em regra, o pregão é a modalidade de licitação adequada para a concessão remunerada de uso de bens públicos, com critério de julgamento pela maior oferta em lances sucessivos. (TCU, Acórdão nº 478/2016, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, Boletim de Jurisprudência nº 116, de 2016.)

1.6.3. dar ciência à [...] acerca das seguintes falhas constatadas no âmbito da Concorrência Pública 1/2015:

[...]

1.6.4. encaminhar cópia deste Acórdão e da instrução técnica da Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro – Secex-RJ (peça 50) à Casa Civil da Presidência da República, para que avalie a conveniência e a oportunidade de que sejam efetuados ajustes legais com vistas a permitir que o pregão tenha como critério de julgamento e classificação não somente o menor preço, conforme prevê o art. 4º, inc. X, da Lei nº 10.520/2002, mas que também permita o julgamento pela maior oferta, de modo que concessões de espaços para prestação de serviços comuns também possam ser licitados sob a forma de pregão (item 48 da instrução da Secex-RJ de peça 50); (TCU, Acórdão nº 63/2016, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes.)

9.3. recomendar à Ceagesp que, nas futuras licitações para concessão remunerada de uso de áreas de comercialização do Entrepasto do Terminal São Paulo, utilize a modalidade pregão eletrônico, substituindo-a pela presencial enquanto não houver possibilidade técnica de uso daquela modalidade. (TCU, Acórdão nº 289/2015, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.)

Ainda na Auditoria Operacional realizada na Ceagesp, foi discutida a possibilidade de se utilizar o

pregão para a concessão remunerada de uso de bens públicos. Nesse aspecto, o relator mencionou que, nos autos da representação objeto do TC 011.355/2010-7, o TCU se deparara com situação análoga ao examinar a concessão de áreas comerciais em aeroportos, em que a Infraero havia adotado o pregão como modalidade licitatória. Na ocasião, fora acolhida a tese de que, diante do escasso disciplinamento sobre ajustes que geram receitas para a Administração Pública, a analogia com a legislação para a aquisição de bens e serviços poderia ser aplicada. Assim, nos termos do voto condutor, a

adoção do critério de julgamento pela maior oferta, em lances sucessivos, nada mais é que a adequada aplicação da lei ao caso concreto, ajustando-a à natureza do objeto do certame, restando assegurada a escolha da proposta mais vantajosa que, conjuntamente com a isonomia de todos os interessados, constituem as finalidades primeiras de todo procedimento licitatório. (TCU, Acórdão nº 2.844/2010, Plenário.)

O posicionamento do tribunal, anunciado no sumário do citado acórdão, firmara-se no sentido de ser “plenamente legal a utilização da modalidade pregão para licitação destinada à outorga de concessões de uso de áreas comerciais em aeroportos”. Como ressalva naquela oportunidade, houvera o registro de que a Infraero deveria “evoluir dos pregões presenciais para a modalidade totalmente eletrônica, que dispensa a participação física e o contato entre os interessados”, a fim de concretizar os imperativos constitucionais da isonomia e da melhor proposta para a Administração. Do que expôs a relatoria, o Tribunal recomendou à Ceagesp que utilize a modalidade pregão eletrônico nas futuras licitações para concessão remunerada de uso de áreas de comercialização do Entrepasto do Terminal de São Paulo (TCU, Acórdão nº 2.050/2014, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Informativo de Licitações e Contratos nº 219, de 2014).

CONTRATOS RELATIVOS A IMÓVEIS DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO

Nos termos do art. 121, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União regem-se pelas disposições do Decreto-Lei nº 9.760/1946 e suas posteriores alterações. Significa, pois, que a Lei nº 8.666/1993 rege o procedimento licitatório atinente à compra, à alienação e à utilização de imóveis do patrimônio da União, mas sujeita o contrato decorrente ao Decreto-Lei nº 9.760/1946.

Por conseguinte, a vigência dos contratos de concessão remunerada de uso de bens do domínio público patrimonial encontra limite em norma específica, não estando sujeita ao disposto no art. 57, inc. II, da Lei nº 8.666/1993:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

[...]

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

REQUISITOS APLICÁVEIS ÀS CONCESSÕES REMUNERADAS DE USO DE BENS IMÓVEIS

O administrador público, quando destinar áreas a terceiros para o exercício de atividades de apoio necessárias ao desempenho de atividade institucional, deve observar, de ordinário, os seguintes requisitos:

- a) realização do procedimento licitatório como regra constitucional, admitindo-se as hipóteses de dispensa e inexigibilidade como exceção;
- b) fixação do valor da concessão remunerada de uso, segundo séria e ampla pesquisa de mercado, a qual servirá de parâmetro para a escolha da melhor oferta;
- c) onerosidade da concessão quando destinada a empreendimento de fins lucrativos;
- d) disponibilidade de espaço físico e desde que não venha a prejudicar a atividade finalística do

órgão ou da entidade;

e) inexistência de ônus para a União, sobretudo no que diz respeito aos empregados da sociedade empresária que prestar a atividade de apoio;

f) compatibilidade de horário de funcionamento da sociedade empresária com o horário de funcionamento da Administração concedente;

g) obediência às normas relacionadas com o funcionamento da atividade e às normas de utilização do imóvel;

h) aprovação prévia da Administração concedente para a realização de qualquer obra ou serviço de adequação do espaço físico;

i) precariedade da concessão remunerada de uso, que poderá ser revogada a qualquer tempo, havendo interesse do serviço público;

j) participação proporcional da sociedade empresária no rateio das despesas com manutenção, conservação e vigilância do prédio;

l) quando o objeto da concessão remunerada de uso envolver a produção ou a circulação de bens e serviços será imprescindível exigir a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede. Assim, somente empresários, regularmente constituídos como entidades empresariais poderão manter relação jurídico-contratual com a Administração Pública. É o que dispõe a Lei nº 10.406/2002 (Código Civil):

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

FIXAÇÃO DE PREÇOS DOS PRODUTOS E SERVIÇOS COMERCIALIZADOS PELAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS QUE PRESTAM SERVIÇO DE APOIO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Há entendimento ² no sentido de que a prestação de serviço de apoio constitui-se no verdadeiro objeto do contrato administrativo, ao passo que a concessão da área do imóvel seria apenas elemento acessório. Em decorrência desse entendimento, verifica-se, **na prática**, a existência de editais de licitação que estabelecem, como critério de julgamento, a escolha da melhor oferta baseada no menor valor do serviço a ser prestado ou no menor valor do conjunto de bens a ser comercializado ao público e, ainda, com a estipulação de que a proposta/lance a ser ofertado não ultrapasse o preço máximo fixado no edital (art. 40, inc. X, da Lei nº 8.666/1993) para o serviço ou para o conjunto de bens, traduzindo-se na limitação de preços a serem praticados pelo vencedor da disputa que exerce atividade comercial ou de prestação de serviço.

Exemplifica-se tomando-se como referência licitação que vise à instalação de restaurante ou lanchonete em área de imóvel do patrimônio público: a exigência, no edital da licitação, para que a sociedade empresária licitante (restaurante ou lanchonete) indique na proposta o valor unitário do item (refeição/alimento) que será comercializado, aplicando-se ainda, como critério de julgamento, o limite máximo (art. 40, inc. X, da Lei nº 8.666/1993) de valor para aceitação da melhor proposta/lance, produz a fixação de preços pela Administração Pública, ou seja, caracteriza a interferência estatal na atividade econômica desenvolvida pela sociedade empresarial (preços praticados pelo restaurante ou lanchonete), ferindo o disposto no art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal:

Art. 170. [...]

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A realização de licitação exigente de que a sociedade empresária licitante indique, na proposta, o valor unitário do item (refeição/alimento) que será comercializado ao público (servidores do órgão ou da entidade) no prazo de vigência contratual, limitado a um teto estipulado no edital da licitação, exemplo adotado neste estudo, interfere na liberdade que deve ser assegurada à sociedade empresária (restaurante ou lanchonete) para praticar seus preços em mercado não sujeito à regulação.

A propósito, a Medida Provisória nº 881/2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelece garantias de livre mercado, dispõe, em seu art. 3º, inc. III, que constitui direito de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do país, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal, **não ter restringida, por qualquer autoridade, sua liberdade de definir o preço de produtos e de serviços** como consequência de alterações da oferta e da demanda no **mercado não regulado**, ressalvadas as situações de emergência ou de calamidade pública, quando assim declarada pela autoridade competente.

A interferência na liberdade econômica é realçada pela vedação à recomposição dos preços das refeições/alimentos propostos na oferta vencedora da disputa, em prazo inferior a 12 meses contado da data da proposta, diante de eventual oscilação (aumento) dos custos dos insumos, por aplicação do art. 2º, § 1º, da Lei nº 10.192/2001, segundo o qual, nos contratos administrativos, é nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano. (Grifamos)

A vedação a que se recomponham os preços dos itens (alimentos/refeições) em interregno mínimo de 12 meses diante de eventual oscilação (aumento) dos custos dos insumos, além de caracterizar um “tabelamento de preços”, pode ter reflexos na qualidade dos alimentos/refeições que serão produzidos e comercializados ao público.

Outra consequência prática, utilizando-se o mesmo exemplo (restaurante ou lanchonete): há editais de licitação que, além de fixar o limite de preços para os produtos (refeições/alimentos) que serão comercializados ao público (servidores do órgão ou da entidade) no prazo de vigência contratual, relacionam esses produtos, de forma taxativa, para efeito de escolha da melhor proposta baseada no menor preço global (conjunto de produtos). Na prática, por aplicação do disposto no art. 54, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, que se traduz na aplicação dos princípios da igualdade, da vinculação ao edital e do julgamento objetivo, a limitação de produtos que podem ser comercializados por restaurante ou lanchonete, vencedor da disputa, impede a inserção de outros alimentos no cardápio ou até mesmo sua substituição, exatamente porque não constavam originariamente no edital.

Veja-se, pois, que a licitação que adota critério de julgamento embasado na **maior oferta** para a ocupação de espaço delimitado pela Administração Pública para que terceiro explore atividade econômica (maior oferta para a concessão remunerada de uso de espaço do patrimônio público para o exercício de atividade de apoio) proporciona liberdade à sociedade empresária para praticar preços no âmbito de mercado não sujeito à regulação, como é o caso da comercialização de alimentos por restaurantes ou lanchonetes; prestação de serviços, como corte de cabelo, por cabeleireiros; tarifas bancárias, por instituições financeiras; e conserto de calçados, por sapateiros, entre outros. O valor da concessão remunerada de uso do bem, decorrente da escolha da melhor proposta (maior oferta), é que permanecerá inalterado durante o interregno mínimo de 12 meses, por aplicação do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 10.192/2001.

APLICAÇÃO DO DIREITO AO DESEMPATE (ART. 44 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006)

Na concessão remunerada de uso de bem do patrimônio público, o critério de julgamento da melhor proposta/lance baseia-se na maior oferta, ou seja, na maior proposta/lance ofertada para a ocupação do espaço delimitado pela Administração Pública para que terceiro explore atividade econômica.

Nesse caso, exsurge a seguinte indagação: O direito ao desempate previsto no art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006 aplica-se às licitações que utilizam critérios de julgamento embasados na maior oferta?

A resposta é negativa. Veja-se o disposto no art. 44 da referida lei complementar:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no §1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Depreende-se do dispositivo que o direito ao desempate é aplicável em licitações baseadas em propostas de valores, alcançando as situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (5% no caso do pregão) superiores à proposta mais bem classificada, ou seja, aplicável em licitações que selecionam a melhor proposta baseada no menor preço, o que não ocorre nos tipos em que os critérios para a seleção das melhores propostas baseiem-se na maior oferta.

CONCLUSÃO

Segundo o Decreto-Lei nº 9.760/1946, os imóveis do patrimônio da União não utilizados em serviço público poderão, qualquer que seja sua natureza, ser alugados, aforados ou cedidos.

Normas que dispõem sobre a regularização e a administração de bens imóveis do domínio da União, tais como a Lei nº 9.636/1998 e o Decreto nº 3.725/2001, preveem que estes poderão ser cedidos a terceiros para a prestação de serviços de apoio considerados necessários ao desempenho das atividades do órgão a que o imóvel foi entregue, destinando-se, tais serviços, especificamente, ao atendimento das necessidades do mesmo (órgão) e de seus servidores, constituindo-se, por conseguinte, a respectiva atividade de apoio, no objeto da concessão remunerada de uso de bem imóvel do patrimônio público. Esta (a concessão remunerada de uso), por sua vez, constituir-se-á no objeto da licitação destinada a buscar a melhor proposta (maior oferta) para a ocupação de espaço pertencente ao patrimônio público, a ser cedido ao vencedor da disputa para que este explore atividade econômica de apoio para a Administração.

O entendimento segundo o qual a prestação de serviço de apoio constitui-se no verdadeiro objeto do contrato administrativo, sendo a concessão da área do imóvel elemento acessório, produz, **na prática**, a interferência estatal na atividade econômica desenvolvida pela sociedade empresária ocupante da área cedida.

Nessa modelagem, busca-se, por meio de um processo seletivo (licitação), o menor valor da proposta para a prestação do serviço ou o menor valor da proposta para o conjunto de bens a ser comercializado ao público, utilizando-se, ainda, nesse processo seletivo, na maioria das vezes, critério de julgamento embasado na limitação de valor, ou seja, na estipulação, no edital, de um teto para a escolha da melhor proposta (art. 40, inc. X, da Lei nº 8.666/1993). Tais condições – busca pelo menor preço para a prestação do serviço ou menor preço para o conjunto de bens a ser fornecido ao público consumidor; limitação de valor da proposta; e, ainda, vedação a que o valor da proposta vencedora seja alterado em interregno mínimo de 12 meses, por aplicação do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 10.192/2001 – produzem uma espécie de “tabelamento de preços”, verdadeira interferência na liberdade que deve ser assegurada à sociedade empresária vencedora da disputa para praticar seus preços no prazo de vigência contratual em mercado não sujeito à regulação, como é o caso de

restaurante e lanchonete, exemplo utilizado neste estudo.

A liberdade econômica é direito que deve ser assegurado a toda pessoa, natural ou jurídica, segundo a Medida Provisória nº 881/2019, essencial para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do país (parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal) e que se cumpre, também, por meio da não interferência, por qualquer autoridade, na liberdade para a definição de preços de produtos e de serviços prestados ao público em mercado não sujeito à regulação, ou seja, preços que devem oscilar em decorrência, unicamente, de alterações da oferta e da demanda do mercado, da especificidade e da qualidade do serviço ou produto.

A concessão remunerada de uso de bem imóvel do domínio público patrimonial, objeto da licitação, a qual utiliza critério de julgamento para a escolha da melhor proposta embasado na maior oferta – mantendo-se inalterado o valor contratual em interregno mínimo de 12 meses por aplicação do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 10.192/2001 –, afasta-se da interferência estatal nos preços praticados por aquele que pretende exercer atividade de apoio para a Administração Pública.

¹ “Art. 79. A entrega de imóvel para uso da Administração Pública Federal direta compete privativamente à Secretaria do Patrimônio da União – SPU. [...] § 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.”

² Ver: Parecer-Plenário nº 01/2016/CNU-DECOR-CGU/AGU (NUP 00402.000662/2015-41).

Como citar este texto:

DOTTI, Marinês Restelatto. O princípio da liberdade econômica e sua aplicabilidade nas concessões remuneradas de uso de bens do domínio público patrimonial. *Zênite Fácil*. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>, categoria Doutrina. Publicado em: 12.09.2019.