

# CONCESSÃO DE USO DE ESPAÇO PARA A EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE RESTAURANTE E CAFETERIA - MODALIDADE LICITATÓRIA - CONCORRÊNCIA OU PREGÃO?

Patrícia Waltrick<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo analisar a modalidade licitatória adequada à outorga de concessão de espaço público para a exploração por particulares de serviços de restaurante, lanchonete ou cafeteria. A legislação aplicável não traz previsão literal dessa espécie de concessão. Considerando a existência de fundamentos defensáveis para duas modalidades licitatórias (concorrência ou pregão), bem como os editais já deflagrados pelo Tribunal de Contas da União, concluiu-se pela inexistência de regra exata. Por conta disso, deve o administrador não se descuidar da análise do caso concreto, investigando as características do objeto a ser licitado, para então decidir com razoabilidade, de modo justificado e fundamentado. Na elaboração deste estudo, utiliza-se o método indutivo.

**Palavras chave:** Concessão. Bem público. Serviços de restaurante. Modalidade de licitação. Concorrência ou Pregão.

**Abstract:** This article aims to analyze the bidding modality suitable for grant concession of the public space for exploration by private sector as service restaurant, diner or coffee shop - if trading or competition. The legislation does not bring this literal prediction for this kind of concession. Considering the existence of defensible reasons for both bidding modalities as well as announcements already deflagrated by the Audit Court, it was concluded that there was no exact rule. Because of this, the administrator must not neglect the analysis the concrete case, investigating the characteristics of the object to be bid, and then decide with fairness, justifying and reasoning. In the preparation of this study, it is used the inductive method.

**Keywords:** Concession. Public asset. Restaurant services. The bidding. Competition and Trade.

## Introdução

No âmbito da gestão pública, em qualquer de suas esferas, não é raro os administradores se depararem com a necessidade de conceder espaço, dentro das dependências do próprio órgão ou da entidade, para a exploração por particulares de serviços de restaurante, lanchonete ou cafeteria.

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL - Universidade do Sul de Santa Catarina (2008). Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/RS - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2010). Analista Judiciário da Justiça Federal de Primeiro Grau em Santa Catarina.

Partindo-se do pressuposto que referida outorga se trata de concessão de uso de bem público, a ser precedida de prévia e ampla disputa entre terceiros interessados, o presente trabalho busca apresentar qual a modalidade licitatória a ser adotada para sua concretização: a concorrência ou o pregão.

A discussão não é desarrazoada. Tem-se, por um viés, a previsão literal contida no art. 23, § 3º, da Lei n. 8.666/93, o qual estipula a obrigatoriedade da modalidade concorrência nas concessões de direito real de uso. Noutro aspecto, ponderando não se amoldar a espécie, propriamente, à concessão de direito real de uso, mas à concessão administrativa de uso, poderia o gestor adotar o pregão, modalidade que, por disposição legal expressa, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, sem referência à utilização de espaço público.

Com esteio na distinção conceitual retrorreferida, a doutrina majoritária defende a opção pelo pregão, modalidade sabidamente mais simplificada.

Não obstante a existência dessa base teórica, os gestores públicos, envolvidos na prática administrativa e sujeitos à auditoria dos órgãos de controle, ainda demonstram certa insegurança no exercício de tal escolha, o que se pode constatar em pesquisa aos diferentes editais de licitações deflagradas.

A título de ilustração, cita-se que o STJ mantém contrato firmado para cessão de uso de área destinada à exploração de serviços de restaurante, lanchonete e salateria, originário de licitação na modalidade pregão, a qual remonta ao ano de 2008<sup>2</sup>. O TRF da 4ª Região, visando a idêntico objeto, no ano de 2009, também optou pela modalidade pregão<sup>3</sup>.

Diversamente, o Supremo Tribunal Federal, no final do exercício de 2012, lançou edital de concorrência<sup>4</sup>. No mesmo sentido andou o Tribunal de Contas da União ao deflagrar, recentemente, licitação na modalidade concorrência<sup>5</sup>, sem

---

<sup>2</sup> Contrato n. 078/2008 e Pregão n. 140/2008. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/webstj/adm/Contratos/detalhe\\_siac.asp?seq=1438](http://www.stj.jus.br/webstj/adm/Contratos/detalhe_siac.asp?seq=1438). Acesso em: 20 fev. 2013.

<sup>3</sup> Contrato n. 16/2009 e Pregão presencial n. 09/2009. Disponível em: [http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/publicacao\\_vigentes.xls](http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/publicacao_vigentes.xls). Acesso em: 20 fev. 2013.

<sup>4</sup> Concorrência n. 4/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/edital/verEditalAndamento.asp?licitacao=22751>. Acesso em: 20 fev. 2013.

<sup>5</sup> Concorrência n. 01/2012. Disponível em: [http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes\\_contratos\\_tcu/licitacoes/concl](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos_tcu/licitacoes/concl)

embargo do entendimento manifestado por seu Tribunal Pleno (Acórdão n. 2.844/2010), quando, ao analisar a legalidade da realização de pregão pela Infraero, considerou o procedimento adequado, com recomendação apenas de preferência da forma eletrônica.

Nesse espaço de imprecisão, deve o agente administrativo, que (não se pode supor o contrário) quer o melhor para o interesse público, sopesar os fundamentos colacionados por ambos os posicionamentos, objetivando decidir com aporte em teses aceitáveis e razoáveis, afastando-se, assim, de eventuais riscos de responsabilização, inclusive da assessoria jurídica do órgão (MS 24.584-1/DF – STF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio)<sup>6</sup>.

Em tal contexto, passa-se ao estudo das posturas divergentes acima indicadas, conceituando-se, brevemente, as modalidades licitatórias ventiladas para a viabilização da concessão em comento, com enfoque no entendimento do Tribunal de Contas da União acerca do tema.

## **1 Breve conceituação das modalidades Concorrência e Pregão**

As diferenças entre as diversas modalidades de licitação não se resumem a questões acessórias. Retratam, com maior amplitude, a necessidade de adequar a disputa ao objeto a ser contratado.

A variação de formas representa, na verdade, diferentes maneiras de regular o procedimento da seleção. Cada espécie licitatória distingue-se das demais modalidades pela diversidade no tocante à complexidade e ao objetivo de cada uma de suas etapas<sup>7</sup>.

---

[uidas/Edital%20Concorrência%2001-2012%20-%20Restaurante%20TCU%20-%20alterad.pdf](#).

Acesso em: 20 fev. 2013.

<sup>6</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 54 e 121.

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2010. p. 262.

O art. 22 da Lei n. 8.666/93 elenca cinco modalidades de licitação (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão), com estruturação diversa quanto às fases de divulgação, proposição e habilitação.

Considerando o escopo do presente estudo, interessa apresentar os traços característicos da concorrência.

Trata-se de modalidade licitatória genérica destinada a transações de maior vulto, precedida de ampla publicidade. É obrigatória no caso de valores mais elevados<sup>8</sup>. Cabe ressaltar, todavia, a possibilidade de a Administração, ao invés de adotar a modalidade correspondente ao respectivo patamar de valor, por ela optar em qualquer caso, por força do art. 23, § 4º, da Lei de Licitações<sup>9</sup>.

Malgrado a magnitude de seu objeto, será obrigatória, em razão da previsão contida no art. 23, § 3º, do referido diploma: (a) na compra de bens imóveis; (b) nas alienações de bens imóveis em relação aos quais não se haja adotado a modalidade leilão; (c) nas concessões de direito real de uso; e (d) nas licitações internacionais (afora exceções previstas no próprio preceptivo).

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>10</sup> ainda acrescenta a obrigatoriedade de concorrência: (e) nos contratos de empreitada integral; (f) nas concessões de obra ou serviço público (art. 2º, II, da Lei n. 8.987/95, reguladora das concessões e permissões de serviços públicos); e (g) nos casos de parcelamento a que alude o art. 23, § 5º, sempre que o valor das licitações, tomado em seu conjunto, atinja o montante previsto para tal modalidade.

A modalidade pregão foi criada pela Lei n. 9.742/97 para ser utilizada pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Posteriormente, por força do art. 37 da Lei n. 9.986/00, seu uso foi ampliado para as demais agências reguladoras. Pouco antes desse evento, a Medida Provisória n. 2.026/00 estendeu o pregão para toda a Administração Pública Federal, o que se repetiu na Medida Provisória n.

---

<sup>8</sup> A tomada de preços, assim como o leilão, é prevista para os negócios de médio vulto e o convite para os de menor porte econômico.

<sup>9</sup> § 4º do art. 23 Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 569.

2.108/00, convertida, então, na Lei n. 10.520/02, abrindo-se para toda a Administração Pública nacional.<sup>11</sup>

O procedimento trouxe mais celeridade e economicidade, em razão do estabelecimento de atos mais simplificados e de prazos mais curtos. Os requisitos de habilitação devem ser mais simples ou menos burocratizados que os previstos na Lei n. 8.666/93. Analisam-se os documentos habilitatórios apenas do melhor classificado e após o encerramento da fase de lances. Admite-se recurso somente ao final do procedimento, cabendo ao recorrente manifestar essa intenção e os correspondentes motivos na própria sessão.

A adoção do pregão, diferentemente das modalidades constantes da Lei n. 8.666/93, independe do valor do objeto a ser licitado, mas este deverá, obrigatoriamente, caracterizar-se como bem ou serviço comum, isto é, consoante definição contida na respectiva lei, como bens e serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado (§ 1º do art. 1º da Lei n. 10.520/02).

Muito se discute, por conta da indeterminação e subjetividade do conceito legal, que pode variar conforme o conhecimento e a experiência do interlocutor, o que seriam, concretamente, bens e serviços comuns.

De qualquer modo, é certo que bens e serviços, para serem considerados como tais, devem permitir descrição integral por meio de especificação objetiva. Mesmo que existam variações técnicas, elas não devem ser relevantes para a avaliação da proposta mais vantajosa ao interesse público, não havendo conveniência na comparação sob o aspecto técnico, de qualidade, porquanto já definidas em sua essência no edital do certame. Como a descrição completa do objeto, incluindo o padrão de qualidade desejado, já deve estar definida de antemão e constar do instrumento convocatório, o pregão deve restringir-se à busca do melhor preço.

Nessa ordem de ideias, Joel de Menezes Niebuhr<sup>12</sup>propõe o seguinte conceito:

---

<sup>11</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 190.

Bem e serviço comum são aqueles que possam ser definido no edital por meio de especificações objetivas, que se prestam a estabelecer o padrão de qualidade desejado pela Administração Pública, de acordo com as características usuais no mercado, sem que variações de ordem técnica eventualmente existentes entre os bens e serviços ofertados por diversos fornecedores que atendam a tais especificações objetivas sejam importantes ou decisivas para a determinação de qual proposta melhor satisfaz o interesse público e desde que a estrutura procedimental da modalidade pregão, menos formalista e mais célere, não afete a análise da qualidade do objeto licitado ou importe prejuízos ao interesse público.

Trazendo a definição ora transcrita para o tema em debate, é possível identificar a ausência de menção na Lei n. 10.520/02, como possível objeto da modalidade pregão, à concessão de uso de espaço público para particulares.

## **2 Feições das modalidades Concorrência e Pregão frente à concessão de uso de espaço público para exploração de serviços de restaurante e cafeteria**

Em que pese ao silêncio legal, pois como visto o art. 1º da Lei n. 10.520/02 não se refere, expressamente, às outorgas de concessão de uso de bem público, os defensores da utilização do pregão entendem não ser vedado dele se valer para tal desiderato.

Em regra, iniciam a discussão distinguindo “concessão de direito real de uso de bem público” de “concessão administrativa de uso de bem público”.

A concessão administrativa de uso de bem público, também chamada de concessão comum de uso, confere ao concessionário um direito pessoal, intransferível a terceiros. A relação entre o concedente (Administração) e concessionário (particular contratado) tem natureza obrigacional. Por sua vez, a concessão de direito real de uso confere ao concessionário direito real, cujos fins foram previamente fixados no Decreto n. 217/67<sup>13</sup>. O direito real decorrente dessa forma de concessão é transmissível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*. Sua formalização ocorre mediante escritura pública ou termo administrativo<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. p. 196-7.

<sup>13</sup> Dispõe sobre o loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências.

<sup>14</sup> ANDRADE, Fernanda Alves de; SANTANA, Jair Eduardo. **A concessão de uso de bem público e o pregão – compatibilidade entre o objeto e a modalidade de licitação**. Pregão em destaque -

Por força disso, afastam de plano a modalidade concorrência, versando que a Lei Geral de Licitações, nos termos do art. 23, § 3º<sup>15</sup>, cingiu, expressamente, sua aplicação às “concessões de direito real de uso”, sem fazer alusão, assim como a Lei do Pregão, às “concessões administrativas de uso”.

No ponto, narra a doutrina que a intenção do legislador federal, ao exigir licitação prévia na modalidade concorrência somente para as concessões de direito real de uso, seria justificável por se tratar de ato similar ao de alienação de bem imóvel público. Dito de outra forma, a concessão administrativa de uso, por não compreender a mesma “pseudoalienação” de bem imóvel público, dispensaria procedimento licitatório de tal vulto<sup>16</sup>.

Ainda em sede doutrinária, encontra-se posicionamento idêntico do renomado Jessé Torres Pereira Junior<sup>17</sup>:

Quanto à referência que o § 3º faz à concessão de direito real de uso, para cuja licitação é obrigatória a modalidade concorrência, tenha-se em vista que se cuida de espécie própria, não se confundindo com a concessão de uso, muito menos com a concessão de serviço público. Não se poderá estender à licitação para a concessão administrativa de uso a exigência da concorrência, modalidade somente obrigatória quando se tratar de concessão de direito real de uso.

Essa diferenciação, alicerce do afastamento da modalidade concorrência, encontra respaldo no entendimento há muito perfilhado pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão 1.502/2005 – Segunda Câmara), *in verbis*:

---

1061/213/NOV/2011. Disponível em: <http://www.institutozenite.com.br>. Acesso em: 15 jan. 2013.

<sup>15</sup> Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: (...) § 3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

<sup>16</sup> BARBOSA, Washington Luís Batista. **Concessão de uso de espaço e de bens para exploração de serviços de restaurante e lanchonete – processo licitatório – Modalidade de licitação – Pregão – Possibilidade.** Pregão em destaque - 660/209/JUL/2011. Disponível em: <http://www.institutozenite.com.br>. Acesso em: 15 jan. 2013.

<sup>17</sup> JESSÉ TORRES, Pereira Junior. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 253.

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

3. A concessão administrativa de uso, também denominada concessão comum de uso, apenas confere ao concessionário um direito pessoal, intransferível a terceiros. Daí a menor rigidez em sua contratação. A maior flexibilidade conferida ao Administrador não se confunde, contudo, com a desnecessidade de realização de procedimento licitatório, uma vez que caracterizada a predominância do interesse público sobre o particular, que fez com que a jurisprudência pátria reiteradamente a proclamasse com um contrato tipicamente administrativo.

4. Nesse sentido, vale lembrar a abrangência do art. 2º da lei n. 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 a 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<sup>18</sup>.

Note-se, todavia, que o acórdão não chega a expressar a possibilidade de adoção da modalidade pregão para as "concessões administrativas de uso de bem público", limitando-se a afastar a obrigatoriedade da modalidade concorrência.

Especificamente sobre a outorga de uso de bem público para a exploração de serviços de restaurante e lanchonetes com instalação permanente, em decisório diverso (Acórdão n. 928/2009 - Plenário)<sup>19</sup>, firmou o Tribunal de Controle ser a concessão, e não a permissão ou a autorização, o instrumento mais adequado a sua formalização, em virtude da segurança que a existência de um contrato concede ao particular. A partir dessa premissa, ratificou a obrigatoriedade da licitação, firme no art. 2º da Lei n. 8.666/93, expressando que, embora a modalidade não esteja

---

<sup>18</sup> Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 20 fev. 2013.

<sup>19</sup> Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 20 fev. 2013.



prevista, seria conveniente que a concorrência fosse utilizada sempre que houver condições de viabilidade e economicidade.

Não haveria, assim, a obrigatoriedade da concorrência, apenas sua conveniência - ausente o exame da possibilidade do pregão, o que veio a ser feito no Acórdão n. 2.844/2010 - Plenário<sup>20</sup>, a ser analisado ao longo do presente texto.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>21</sup> explora o tema por meio de enfoque diverso. Reflete o autor sobre as diversas possibilidades da situação do imóvel na relação jurídica entre particulares e Administração Pública, fazendo a seguinte classificação: (a) o objeto é a venda ou locação do imóvel e a Administração busca obter recursos financeiros; e (b) o objeto é um serviço e o imóvel é elemento necessário de um contrato principal.

Acerca da segunda hipótese, destaca questão específica a ser enfrentada, a qual consiste o uso de parte do imóvel pelo particular, em benefício de atividade desenvolvida em prol da Administração. Seriam exemplos dessa ocorrência: espaço para restaurante/lanchonete para servidores e público em geral que frequentam o órgão, espaço para instalação de box para fotocopiadoras/xerografia e espaço para agência bancária. Nesses casos, afirma ser o espaço elemento acessório do contrato principal e, portanto, não deveria constituir objeto próprio ou autônomo da licitação.

Prosseguindo no raciocínio, esclarece que nas situações ventiladas, diversamente de quando o objeto principal é a venda ou locação do bem público, não há indicação na Lei n. 8.666/93 da modalidade licitatória a ser adotada, entendendo que tal deve ser definida segundo o proveito econômico anual, conforme se lê:

(...) Se o objeto é, por exemplo uma lanchonete, e o valor do proveito econômico anual é inferior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil), a modalidade pode ser tomada de preços – art. 23, II, b – ou concorrência – 23, § 4º. Entre as condições acessórias do pacto estará a autorização de uso do espaço do imóvel condicionada à vigência do contrato principal.

---

<sup>20</sup> Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 20 fev. 2013.

<sup>21</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Vade-mécum de licitações e contratos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 299-300.

Em sentido oposto e, diga-se, na contramão da doutrina, tem-se o entendimento da advogada Raquel Maria Trein de Almeida<sup>22</sup>, para quem a concorrência seria obrigatória.

Sem contestar que o § 3º do art. 23 da Lei n. 8.666/93 se limita à concessão de direito real de uso, hipótese que considera mais específica, pondera a profissional que o fim indireto desse instrumento seria idêntico ao da concessão de uso de bem público, qual seja possibilitar a exploração de bem público por particular.

Apesar da tese oposta acima declinada, a doutrina majoritária, mesmo que por fundamentos diversos, com a acolhida do Tribunal de Contas da União, afirma não ser a concorrência obrigatória, a respeito do que não se ousa discordar.

### **3 Restringindo a análise ao cabimento do pregão**

Uma vez definida a não-obrigatoriedade da adoção da modalidade concorrência para as concessões administrativas de uso de bem público, cabe indagar se seria adequada a via do pregão.

Joel de Menezes Niebuhr<sup>23</sup>, malgrado não tratar do tema em estudo, entende que não se deve empreender interpretação literal em torno do *caput* do art. 1º da Lei n. 10.520/02, exarando que “a melhor interpretação é a que professa a possibilidade de utilização do pregão, qualquer que seja a espécie de contrato, desde que o objeto seja qualificado como comum”.

O objeto buscado pela Administração deverá subsumir-se ao conceito de bem e serviço comum previsto no § 1º do art. 1º da Lei n. 10520/02. Vale dizer, a depender das circunstâncias concretas, é de admitir a modalidade pregão nas situações em que a Administração conseguir objetivar, no instrumento convocatório da licitação pública, os requisitos e especificações da contratação.

---

<sup>22</sup> ALMEIDA, Maria Raquel Trein de. **A licitação para a concessão de uso de espaço público para a exploração de cantina e restaurante**. DOCTRINA - 142/120/FEV/2004. Disponível em: [www.institutozenite.com.br](http://www.institutozenite.com.br). Acesso em: 14 fev. 2011.

<sup>23</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. p. 68.

Em tal contexto, só não deverá ser utilizado o pregão nos casos que envolverem objetos que não se harmonizem com o sentido da expressão bens e serviços comuns.

Sob enfoque diverso, há doutrina que considera irrelevante, na espécie, a investigação quanto à semelhança da concessão administrativa de bem público com o objeto do pregão (bens e serviços comuns), importando que esta, sem maiores questionamentos, comporte o uso de procedimento seletivo mais simplificado. Tal entendimento firma-se, com certo apelo emocional, nos princípios norteadores do pregão, consoante segue:

Casos tais demonstram a grande utilidade do pregão, que não mais se limita às aquisições triviais de outrora, concretizando o propalado cenário de mudanças, 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 nessa modalidade licitatória. Evidenciam 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<sup>24</sup>.

Por fim, cabe, mais uma vez, investigar o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre a questão.

Mais recentemente, por meio do Acórdão n. 2.884/2010 - Plenário<sup>25</sup>, manifestou-se o Órgão de Controle pela adoção de pregão presencial pela Infraero para a concessão de uso de áreas comerciais nos aeroportos brasileiros.

Da leitura dos excertos do decisório é possível identificar que os argumentos lá expostos demonstram a aprovação pelo Tribunal Pleno da modalidade pregão. Compartilha-se, aqui, da opinião de Washington Luís Batista Barbosa<sup>26</sup>, para quem a fundamentação do r. Acórdão não se restringiu à análise do caso da Infraero,

---

<sup>24</sup> ANDRADE, Fernanda Alves de; SANTANA, Jair Eduardo. **A concessão de uso de bem público e o pregão - compatibilidade entre o objeto e a modalidade de licitação.** p. 12.

<sup>25</sup> Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Disponível em: 20 fev. 2013.

<sup>26</sup> BARBOSA, Washington Luís Batista. **Concessão de uso de espaço e de bens para exploração de serviços de restaurante e lanchonete - processo licitatório - Modalidade de licitação - Pregão - Possibilidade.** p. 7.

conforme se depreende das referências feitas, em abstrato, aos princípios do Direito Administrativo, *in verbis*:

(...)

Neste sentido, correto o procedimento da Infraero. A empresa nada mais fez do que buscar a aplicação da lei que instituiu o pregão – instrumento conhecido por sua maior agilidade e eficiência – para as licitações de concessão de uso de área comercial.

A legislação sobre contratações públicas volta-se essencialmente para os contratos que geram dispêndios, ou seja, contratos de aquisição de bens e serviços, havendo pouca disciplina sobre os ajustes que geram receitas para a Administração Pública.

(...)

Assim sob a ótica da consecução do interesse público, os procedimentos licitatórios adotados pela Infraero para a concessão de áreas aeroportuárias se mostram especialmente louváveis, porque concretizam os princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade, moralidade, dentre outros.

(...)

Para a concretização dos imperativos constitucionais da isonomia e da melhor proposta para a Administração, a Infraero deve evoluir dos pregões presenciais, para a modalidade totalmente eletrônica, que dispensa a participação física e o contato entre os interessados.

Assim, é possível afirmar que o juízo do TCU se firmou no sentido de ser legal a utilização da modalidade pregão para a licitação destinada à concessão administrativa de bem público.

Mas, afinal, por que permaneceu a Corte de Contas, sem embargo de suas manifestações, utilizando-se da modalidade concorrência para licitar suas próprias concessões?

Indaga-se, outrossim, se o afastamento do pregão se deveu às características do objeto a ser licitado, que, apesar de envolver a prestação de serviços comuns, inclui a cessão de espaço público – não prevista na Lei n. 10.520/02.

Questiona-se se a permanência da adoção da concorrência, no âmbito de tal órgão, deu-se por conta da aplicação do art. 23, §4º, da Lei n. 8.666/93, que permite sua utilização em substituição a qualquer outra forma de licitação, o que se compreende por tratar-se de modalidade mais ampla e completa.

Sopesando todas essas circunstâncias, embora existam inúmeros fundamentos para se adotar o pregão, prefere-se sugerir ao administrador que não se descure da análise do caso concreto, que investigue, sim, as características do objeto a ser licitado, especialmente na hipótese de concessão que envolva serviços de alimentação (restaurante, cafeteria, lanchonete e afins).

Não são raras as vezes em que a celeridade, a simplicidade - especialmente no tocante à habilitação mais singela - e a economicidade do procedimento acabam por prejudicar o interesse público. Esse tem sido, inclusive, o grande desafio do pregão: manter a qualidade.

Enfim, na existência de fundamentos jurídicos, a razoabilidade deverá guiar o gestor público no exercício da escolha entre as duas modalidades. As decisões razoáveis são aquelas guiadas pelo bom senso, de modo justificado e fundamentado, e, nessa perspectiva, legítimas, ainda que contra elas existam posturas divergentes, deveras imanentes à Ciência do Direito.

### **3 Considerações finais**

A concessão de uso de bem público para a exploração por particulares de serviços de restaurante, lanchonete ou cafeteria deve ser precedida de prévia e ampla disputa entre terceiros interessados.

O art. 23, § 3º, da Lei n. 8.666/93 estipula a obrigatoriedade da modalidade concorrência nas concessões de direito real de uso. Todavia, o objeto ora tratado, diferentemente, caracteriza-se como concessão administrativa de uso, não lhe sendo aplicável tal preceptivo.

Noutro viés, para a adoção da modalidade pregão, o objeto a ser licitado deverá, obrigatoriamente, caracterizar-se como bem ou serviço comum, isto é, consoante definição contida na respectiva lei, como bens e serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado (§ 1º do art. 1º da Lei n. 10.520/02).

Em que pese ao silêncio legal, a doutrina posicionou-se pela utilização do pregão. Na prática administrativa, os órgãos e entidades têm deflagrado editais de ambas modalidades.

O Tribunal de Contas da União manifestou-se pela legitimidade da adoção do pregão (Acórdão n. 2.844/2010 – Plenário), com base nos traços mais simplificados de tal procedimento licitatório (agilidade e eficiência), bem como nos princípios do Direito Administrativo.

Permaneceu a Corte de Contas, todavia, utilizando-se da modalidade concorrência para licitar suas próprias concessões (Concorrência n. 01/2012).

Na ausência de disposição legal expressa e sopesando os fundamentos e circunstâncias que envolvem o tema, concluiu-se pela inexistência de fórmula exata.

Permanece, assim, a necessidade de o gestor público proceder à análise do caso concreto, investigando as peculiaridades do objeto a ser licitado (o espaço, os equipamentos disponíveis, o tipo de alimentação a ser fornecida, os horários de funcionamento, as condições estabelecidas, etc). Ao decidir, deverá demonstrar que a modalidade licitatória escolhida é, de fato, a mais adequada ao atendimento do interesse público em questão.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Raquel Trein de. **A licitação para a concessão de uso de espaço público para a exploração de cantina e restaurante.** DOCTRINA - 142/120/FEV/2004. Disponível em: <[www.institutozenite.com.br](http://www.institutozenite.com.br)>. Acesso em: 14 fev. 2011.

ANDRADE, Fernanda Alves de; SANTANA, Jair Eduardo. **A concessão de uso de bem público e o pregão - compatibilidade entre o objeto e a modalidade de licitação.** Pregão em destaque - 1061/213/NOV/2011. Disponível em: <<http://www.institutozenite.com.br>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

BARBOSA, Washington Luís Batista. **Concessão de uso de espaço e de bens para exploração de serviços de restaurante e lanchonete - processo licitatório - Modalidade de licitação - Pregão - Possibilidade.** Pregão em destaque - 660/209/JUL/2011. Disponível em: <<http://www.institutozenite.com.br>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Vade-mécum de licitações e contratos.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.

JESSÉ TORRES, Pereira Junior. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.