

PREGÃO NEGATIVO BENS PÚBLICOS – CONCESSÃO

PROCESSO N° : 7595/22
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : MUNICÍPIO DE TOMAZINA
INTERESSADO : FLAVIO XAVIER DE LIMA ZANROSSO
RELATOR : CONSELHEIRO JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL

ACÓRDÃO N° 1657/23 - TRIBUNAL PLENO

EMENTA: Consulta. Pregão negativo, invertido ou por maior lance. Concessão de uso de bem público. Pela viabilidade.

1 DO RELATÓRIO

Trata-se de Consulta formulada pelo MUNICÍPIO DE TOMAZINA, por meio da qual questiona acerca da possibilidade da utilização do Pregão por Maior Preço, também chamado de Pregão Negativo, nas licitações destinadas a concessões de uso de bens públicos.

A inicial veio devidamente acompanhada por Parecer Jurídico, no qual o signatário apresenta conclusão no sentido de ser possível a utilização de pregão por maior lance para licitar a concessão de uso, dependendo de autorização legislativa para tanto (peça n° 04).

A Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca trouxe aos autos apenas decisões sem força normativa sobre o tema, decorrentes de decisões prolatadas em sede de Representações da Lei n° 8.666/93, de Recurso de Revista e de Consulta (Informação n° 9/22, peça n° 07).

Ato contínuo, a Coordenadoria-Geral de Fiscalização atestou a inexistência de impactos imediatos em sistemas ou em fiscalizações realizadas pelas Coordenadorias a ela vinculadas (Despacho n° 99/22, peça n° 11).

Com isso, a Coordenadoria de Gestão Municipal, em sua Instrução n° 1168/22 (peça n° 13), após extensa digressão sobre a análise diferenciada da modalidade em epígrafe face à Lei n° 10.502/2002 e à Lei n° 14.133/21, bem como após tecer pertinentes considerações acerca da figura do leilão, apresentou a seguinte resposta:

Relativamente aos certames regidos pela Lei n° 10.520/21: é possível a realização de “pregão negativo” para os certames de outorga de uso de bem público, atendidas as seguintes condicionantes: i) o jurisdicionado do TCEPR deverá estar atento, em relação ao pregão regido pela Lei n° 10.520/02, ao que disposto no Acórdão n° 2605/18 - STP, da Consulta n° 800781/17, pelo qual se estabeleceu, antes mesmo do advento da Lei n° 14.133/21, que o pregão deverá ocorrer, preferencialmente, pela forma eletrônica, devendo ser justificada a

sua não adoção; ii) deverá o gestor estar atento ao que decidido no Acórdão nº 2043/21 - STP, da Consulta de nº 273240/21, segundo o qual se deve dar preferência às plataformas públicas de licitação, devendo-se justificar a licitação e contratação de plataforma privada em detrimento de plataforma pública; iii) caso a concessão de uso de bem público envolva a fruição de bem imóvel, deverá essa concessão, a depender do que dispõe a Lei Orgânica do Município ou a Constituição do Estado, ser antecedida de autorização legislativa.

Relativamente aos certames realizados a partir de 04 de abril de 2023 (momento em que a revogação da Lei nº 10.520/02 se torna eficaz e efetiva): é possível a realização de “pregão negativo” para os certames de outorga de uso de bem público, o imóvel ou móvel, desde que o objeto do certame possua padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado, o que deverá ser avaliado e justificado na fase de planejamento do certame, nos termos do artigo 18 da NLLC.

Para as hipóteses em que a padronização do objeto não seja possível, a modalidade a ser adotada é a concorrência. A opção pela concorrência deverá, também, ser justificada na fase preliminar de planejamento do certame.

Uma e outra modalidade deverão observar as seguintes condicionantes: i) adoção do critério de julgamento maior lance, por ser o critério previsto na NLLC; ii) o modo de disputa a ser adotado será o aberto; iii) o ente legislativo deverá disciplinar, por lei, a gestão e destinação de seus bens, recomendando-se que a destinação dos bens imóveis via outorga de concessão de uso de bem público ocorra mediante prévia autorização legislativa.

Por sua vez, o Ministério Público de Contas, no Parecer nº 11/23-PGC (peça nº 14), concluiu pela possibilidade de utilização do pregão negativo nas licitações destinadas a concessões de uso de bens públicos, uma vez que respeitados os parâmetros apreendidos pelo TCU e pelo TCE/PR nos acórdãos referenciados no presente parecer, independentemente se a lei que irá nortear a licitação seja a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) ou a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021).

É o relato.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Em atenção ao disposto no artigo 311 do Regimento Interno desta C. Corte de Contas e conforme já certificado no r. Despacho nº 55/22-GCDA (peça nº 06), corroboro o preenchimento das premissas de admissibilidade para recebimento da presente consulta, razão pela qual ingresso no mérito da questão formulada, referente à possibilidade da utilização do Pregão por Maior Preço, também chamado de Pregão Negativo, nas licitações destinadas a concessões de uso de bens públicos.

Inicialmente, tendo-se em vista a relevância do papel da jurisprudência na matéria que se pretende discutir, entendo primordial transcrever o conjunto de decisões trazidos de modo idêntico pela unidade técnica e pelo Ministério Público de Contas:

TCU. Consulta nº 030.658/2008-0. Acórdão 3042/2008 – Plenário. Relator Ministro Augusto Nardes. Julgado em 10.12.2008
(...)

9.1.1. o direito de um ente público, no caso o INSS, de contratar instituições financeiras para prestar serviços financeiros necessários à consecução de suas atividades de auto-administração e implementação de ações governamentais, como a gestão da folha de pagamentos previdenciários, pode ser considerado um ativo especial intangível e, nesta condição, pode ser ofertada sua exploração econômico - financeira ao mercado, por meio de licitação. Este bem ou direito não pode ser, no entanto, objeto de alienação; 9.1.2. a adoção de critério de julgamento de propostas não previsto na legislação do Pregão, do tipo maior valor ofertado para o objeto mencionado no item anterior, somente seria admissível, em princípio, em caráter excepcional, tendo em vista o relevante interesse público da aplicação deste critério alternativo para o atingimento dos objetivos institucionais do ente público e como mecanismo concretizador do princípio licitatório da seleção da oferta mais vantajosa para a Administração. Tal especificidade deve obrigatoriamente ser motivada e justificada pelo ente público no Processo relativo ao certame, além de ter demonstrada sua viabilidade mercadológica. (...) (grifo nosso)

TCU. Representação nº 011.355/2010 – 7. Acórdão nº 2844/2010 – Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Julgado em 27.10.2010

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.

Daí por que, em se tratando de contratos de geração de receita, a utilização da legislação em vigor não prescinde da analogia.

No caso concreto, a licitação na modalidade pregão, com critério de julgamento na maior oferta, não constitui utilização de critério de julgamento não previsto por lei, mas, sim, a utilização do critério legalmente estabelecido e plenamente adequado ao objeto do certame, com a utilização do instrumento legal mais especialmente pertinente para os objetivos da Administração.

Incabível, na hipótese, a aplicação da lei de concessões, em confronto com o pregão, como pretende a representante, uma vez que o objeto licitado não é delegação de serviço público e a hipótese está expressamente prevista no Regulamento de Licitações da Infraero.

É desnecessário repetir aqui, novamente, as inúmeras vantagens comparativas da modalidade pregão para a Administração Pública em termos de proporcionar maior eficiência, transparência e competitividade.

Assim, sob a ótica da consecução do interesse público, os procedimentos licitatórios adotados pela Infraero para a concessão de uso de áreas aeroportuárias se mostram especialmente louváveis, porque concretizam os princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade, moralidade, dentre outros. Nesse sentido, há inúmeros precedentes, na utilização do pregão para a concessão de áreas públicas, por parte de diversos órgãos da Administração, como os Tribunais Regionais Federais (Pregão 07/2008, TRF da 1ª Região), o Ministério Público Federal (Pregão 41/2007) e a Procuradoria da República no Distrito Federal (Pregão 01/2008).

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.

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.

(...) (grifo nosso)

TCU. Consulta nº 033.466/2013. Acórdão nº 1940/2015 – Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Julgado em 05.08.2015. (...)

5. Havendo interesse de a Administração Pública Federal promover prévio procedimento licitatório para contratação de prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares, com a previsão de contraprestação pecuniária por parte da contratada, deverá a contratante, além de franquear acesso ao certame tanto das instituições financeiras públicas como das privadas, adotar as seguintes medidas:

5.1. estimar o orçamento base da contrapartida financeira a ser paga pela futura contratada com fundamento em estudo ou avaliação de mercado, em cumprimento à finalidade da condição prevista no artigo 7º, §2º, inciso II, da Lei 8.666/1993;

5.2. realizar licitação na modalidade pregão, prevista na Lei 10.520/2001, preferencialmente sob forma eletrônica, conforme exige o artigo 4º, § 1º, do Decreto 5.450/2005, tendo por base critério “maior preço”, em homenagem ao princípio da eficiência, insculpido no caput do artigo 37 da Constituição Federal e da seleção proposta mais vantajosa para a Administração Pública, inserto no caput do artigo 3º da Lei 8.666/1993;

6. A receitas públicas advindas de contraprestação pecuniária ao contrato de prestação, em caráter de exclusivo, dos serviços de gestão financeira da folha de pagamento e de outros serviços similares integram o Orçamento Geral da União, devendo, assim, serem recolhidas à conta única do Tesouro Nacional e estarem previstas na Lei Orçamentária, em respeito aos princípios da universalidade orçamentária e da unicidade de caixa, presentes nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei nº 4.320/64.

(grifo nosso)

TCU. Representação nº 019.436/2014-9. Acórdão nº 478/2016 – Plenário. Relator Ministro Marcos Bemquerer. Julgado em 02.03.2016.

(...)

Especificamente no tocante ao novo certame a ser realizado pelo 23º Batalhão de Caçadores do Exército/CE para cessão de uso de imóvel para funcionamento de lanchonete, há que se ressaltar que a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que a modalidade de licitação que melhor se coaduna à situação em tela é a realização de pregão, não devendo o órgão se valer, indevidamente, de certames na modalidade convite para aquisição de bens e serviços comuns, por se tratar de um meio que permite viabilizar o direcionamento dos resultados nesses certames licitatórios.

16. Acerca desse entendimento, transcrevo a seguir trecho do Voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues que embasou o Acórdão n. 2.050/2014 – Plenário:

(...)

Importa notar que a jurisprudência do Tribunal recomenda a utilização de pregão para a concessão remunerada de uso de bens públicos. O tema foi exaustivamente discutido na apreciação de representação acerca de possível irregularidade no uso dessa modalidade para concessão áreas comerciais em aeroportos (TC 011.355/2010-7).

Na ocasião, concluiu o Tribunal ser ‘plenamente legal a utilização da modalidade pregão para licitação destinada à outorga de concessões de uso de áreas comerciais em aeroportos’ (Sumário aprovado pelo Acórdão 2.844/2010 – Plenário).

Os fundamentos desse entendimento, plenamente aplicável à concessão de áreas comerciais em mercados públicos, tal qual o entreposto paulistano, encontram-se assentados no voto condutor Acórdão 2.844/2010 – Plenário, que transcrevo, no essencial:

(...)

Por essas razões, aconselhável que a Ceagesp licite a concessão de áreas comerciais por meio de pregão eletrônico, nos termos assentados na ordem jurídica em vigor.

A impossibilidade de utilização de pregão dos tipos melhor técnica e técnica e preço não pode ser interpretada, entretanto, como vedação ao estabelecimento de requisitos de habilitação dos licitantes, porque, encerrada a fase de apresentação de lances, caberá ao pregoeiro verificar o 'atendimento das condições fixadas no edital' para habilitação do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar (art. 4º, inciso XII, da Lei 10.520/2002).

Essa habilitação, em sentido amplo, compreende o atendimento dos requisitos atinentes à habilitação jurídica, às qualificações técnica e econômico-financeira e à regularidade fiscal e trabalhista (arts. 4º, inciso XIII, da Lei 10.520/2002, e 27 da Lei 8.666/1993). (grifos acrescidos)" 17.

Diante desse contexto, faz-se necessário que este Tribunal determine ao 23º Batalhão de Caçadores do Exército/CE que, ao realizar nova licitação com o mesmo objeto do Convite n. 03/2014, utilize a modalidade pregão, em consonância com entendimento jurisprudencial desta Corte de Contas.

Da leitura dos trechos em destaque, é possível concluir que a construção da figura do pregão por maior lance, negativo ou invertido, encontra integral suporte nas condições construídas pela sólida jurisprudência e doutrina acerca do tema que, ao longo dos anos, perfilhou conceitos, hipóteses e condicionantes para a sua correta estruturação e implementação nos casos práticos pertinentes.

Desse modo, a meu ver, prudente é a análise segmentada realizada pela Coordenadoria de Gestão Municipal, especificamente no que tange ao enfrentamento do tema diante da Lei nº 10.502/2002 e da Lei nº 14.133/2021, contudo, ao final, prepondera a situação jurídica atualmente estabelecida para a adoção do pregão em comento nas situações em que se mostrar condizente com as diretrizes trazidas na jurisprudência acima destacada.

Ora, independentemente da legislação vigente, principalmente se considerado que as previsões referentes ao leilão se mantiveram idênticas tanto na Lei nº 8.666/93 quanto na Nova Lei de Licitações, e, ainda, tendo-se em vista que ambas são omissas quanto ao pregão negativo – tanto no sentido de prevê-lo quanto no de vetá-lo –, deve prevalecer, notadamente por força da segurança jurídica a ser resguardada, todo o acima exposto e bem sintetizado pela unidade técnica no seguinte sentido:

- Há pouca disciplina sobre os contratos que geram receita para a Administração Pública;
- Para os contratos que geram receita, a estruturação do certame adequado e necessário demanda o exercício da analogia.
- a licitação na modalidade pregão, com critério de julgamento na maior oferta ou maior lance, não constitui utilização de critério de julgamento não previsto por lei, mas, sim, a utilização do critério legalmente estabelecido e plenamente adequado ao objeto do certame, com a utilização do instrumento legal mais especialmente pertinente para os objetivos da Administração, objetivando conquistar a maior vantagem à Administração no processo de disputa.

- a adoção do pregão para a concessão de uso de bens públicos se mostra especialmente louvável, porque concretiza os princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade, moralidade, dentre outros.
- a adoção do critério de julgamento pela maior oferta, em lances sucessivos, é a adequada aplicação da lei ao caso concreto, ajustando-o 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.

Assim, seja sob a égide da Lei nº 10.502/2002 ou da Lei nº 14.133/2021 – cuja vigência foi postergada para 30/12/2023 –, entendo que a figura do pregão negativo se mantém inalterada e segue nos moldes acima delineados, merecendo por conseguinte a presente consulta resposta pela possibilidade de utilização do pregão negativo nas licitações destinadas a concessão de uso de bens públicos.

Diante do exposto, VOTO:

I - por conhecer a consulta, para, no mérito, esboçar resposta no sentido de que seja sob a égide da Lei nº 10.502/2002 ou da Lei nº 14.133/2021 – cuja vigência foi postergada para 30/12/2023 –, entendo que a figura do pregão negativo se mantém inalterada e segue nos moldes delineados pela jurisprudência e pela doutrina, sendo possível, por conseguinte, a utilização do pregão negativo nas licitações destinadas a concessão de uso de bens públicos;

II - por determinar, após o trânsito em julgado da decisão, a remessa dos autos à Diretoria de Jurisprudência e Biblioteca para os registros pertinentes, no âmbito da competência definida no Regimento Interno e, posteriormente, à Diretoria de Protocolo, ficando desde já autorizado o encerramento do processo, nos termos do art. 398, § 1º e art. 168, VII, do Regimento Interno.

3 DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de CONSULTA ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, por unanimidade, em conhecer da consulta para, no mérito, responder no sentido de que:

I - seja sob a égide da Lei nº 10.502/2002 ou da Lei nº 14.133/2021 – cuja vigência foi postergada para 30/12/2023 –, entendo que a figura do pregão negativo se mantém inalterada e segue nos moldes delineados pela jurisprudência e pela doutrina, sendo possível, por conseguinte, a utilização do pregão negativo nas licitações destinadas a concessão de uso de bens públicos;

II - determinar, após o trânsito em julgado da decisão, a remessa dos autos à Diretoria de Jurisprudência e Biblioteca para os registros pertinentes, no âmbito da competência definida no Regimento Interno e, posteriormente, à Diretoria de

Protocolo, ficando desde já autorizado o encerramento do processo, nos termos do art. 398, § 1º e art. 168, VII, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, FABIO DE SOUZA CAMARGO, IVENS ZSCHOERPER LINHARES, MAURÍCIO REQUIÃO DE MELLO E SILVA e AUGUSTINHO ZUCCHI.

Presente a Procuradora Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, VALERIA BORBA.

Plenário Virtual, 22 de junho de 2023 – Sessão Virtual nº 11.

JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL

Conselheiro Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES

Presidente