



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
DEPARTAMENTO DE ORIENTAÇÃO E COORDENAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER Nº. 172/2010/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO N.º 00406.000683/2010-12

INTERESSADO: CGAU

ASSUNTO: Relatório de procedimento correicional extraordinário nº. 19/2010-CGAU-AGU  
(Processo nº. 00400.016856/2009-311).

CESSÃO DE USO DE IMÓVEL PÚBLICO. POSTOS BANCÁRIOS. CESSÃO DE USO ONEROSA, POR DETERMINAÇÃO LEGAL. NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, COMO REGRA. POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA EM CASOS EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO ART. 3º, DA PORTARIA SPU/MP 5/2001 ÀS CONCLUSÕES DO PRESENTE PARECER.

I – A Lei 9639 inova acerca da cessão de uso e prevê modalidade onerosa. Em seu art. 18, §5º, impõe a onerosidade nos casos em que a cessão se destinar a empreendimentos com fins lucrativos. No mesmo sentido, dispõem o art. 13, VIII, do D. 3725/01 e a ON-GEAPN-002. Por desenvolverem atividade lucrativa, a cessão a postos bancários oficiais deve ser caracterizada pela nota da onerosidade.

II – É possível a contratação direta dos bancos oficiais – no caso da União, Banco do Brasil e CEF -, com fulcro no art. 17, §2º, I, da Lei 8666/93, devendo ser justificada a opção por uma ou outra instituição.

III – O teor do art. 3º da Portaria SPU/MP 5/2001 não se coaduna perfeitamente com as conclusões expostas no presente PARECER, motivo pelo qual recomendamos a expedição de cópia do presente ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com a sugestão de que se proceda à alteração de sua redação, para explicitar o fato de que as cessões de uso gratuitas podem ter como destinatários apenas os órgãos ou entidades que não desenvolvam atividades com fins lucrativos.



Senhor Coordenador-Geral Substituto,

- 1 -

1. Trata-se de cópia do Relatório de procedimento correicional extraordinário nº. 19/2010-CGAU-AGU (Processo nº. 00400.016856/2009-311), realizado no âmbito do Núcleo de Assessoramento Jurídico no Estado do Ceará. A referida correição fora instaurada para averiguar a regularidade da atuação de integrante do referido NAJ nos autos dos processos administrativos 46205.004904/2002-89 e 46205.008703/2008-46, no âmbito dos quais exarou o PARECER 45/2003-AGU/NAJ-FOR-WCS.

2. O supracitado PARECER, analisando processo relativo à cessão de uso de bem imóvel para a instalação de posto bancário oficial, não teria precisado as razões de aprovação da contratação direta autorizada, nem indicado a necessidade de o órgão assessorado observar todas as condições legais e regulamentares aplicáveis à espécie.

3. Em conclusão, a Corregedoria-Geral da Advocacia-Geral da União entendeu que, sendo juridicamente controvertida a realização de cessão de uso de bem imóvel para a instalação de posto bancário oficial, mediante licitação ou contratação direta por inexigibilidade ou dispensa de licitação, bem como a gratuidade ou onerosidade da avença, não se poderia imputar responsabilidade àquele que aprova minuta de contratação direta. Afirmou-se, ainda, não haver culpa grave a ensejar a realização de atividade persecutória disciplinar. Ademais, ressaltou-se que a diferença entre o que foi apurado e o que o Banco se propõe a pagar seria por demais diminuta para configurar prejuízo ao Erário, e que, previamente à instauração do processo ou sindicância, deveriam ser ponderadas todas as circunstâncias do caso, optando-se pela desnecessidade da deflagração de processo apuratório nos casos de inexpressiva lesividade da conduta e ausência de falta grave, dolo, má-fé ou erro inescusável do envolvido.

5. Por fim, considerando a existência de divergência entre os órgãos consultivos, solicitou-se a uniformização da matéria pela Consultoria-Geral da União.



Questionou-se, assim, a gratuidade ou onerosidade da avença, a forma de contratação e a modalidade licitatória eventualmente cabível ou o enquadramento legal de ocasional contratação direta. Ademais, salientou-se a eventual necessidade de adequação da Portaria SPU/MP 5/2001.

6. Tendo em vista sugestão da i. Coordenadora-Geral de Orientação, expediu-se MEMORANDO aos Núcleos de Assessoramento Jurídico, solicitando que encaminhassem eventuais manifestações que possuíssem acerca do tema, uma vez que esta CGU intencionava uniformizar o tratamento jurídico dado à matéria.

7. Ademais, expediu-se MEMORANDO também à Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, tendo em vista a existência de questionamento específico acerca de norma editada por este órgão.

8. Responderam à mencionada comunicação os seguintes Núcleos:

I) NAJ/GO, através da NOTA Nº 296/2007 (fls. 35/37), no âmbito da qual afirmou-se a legalidade da cessão de uso gratuito de imóvel público para a instalação de Posto de Atendimento Eletrônico do Banco do Brasil, e do PARECER Nº 17/2007 (fls. 39/41), no qual reiterou-se tal entendimento, mas destacou-se a necessidade de rateio de despesas de manutenção, conservação e vigilância, nos termos do art. 13, VII, do Decreto 3725/2001;

II) NAJ/SJC, por meio do DESPACHO Nº 138/2010 (fls. 48/53), que analisa a cessão de uso onerosa de imóvel público;

III) NAJ/AL, que, no PARECER Nº 211/2009 (fls. 55/60), analisou minuta contratual de cessão de uso onerosa, determinando a inserção de cláusula prevendo o reajuste anual do valor do aluguel do espaço a ser cedido para a instalação de posto bancário, água e luz;



IV) NAJ/ES, através dos PARECERES 180/2010 (fls. 64/66), 173/2010 (fls. 69/75), 290/2009 (fl. 78) e 233/2009 (fls. 79/83), nos quais foi consignada a necessária onerosidade da cessão;

V) NAJ/PE, que, na NOTA Nº 109/2010 (fls. 85/89), afirmou a necessária onerosidade da cessão que se destina a empreendimento de fins lucrativos;

VI) NAJ/SC, por meio da NOTA Nº 5/2010 (fls. 93/101), que analisou a minuta de contrato administrativo tendo por objeto a concessão de uso onerosa de bem imóvel;

VII) NAJ/PA, que tratou do instituto da cessão onerosa na NOTA Nº 50/2010 (fl. 166);

VIII) NAJ/MG, que, no PARECER Nº 403/2010 (fls. 169/170), consignou a onerosidade dessa modalidade de cessão; e

IX) NAJ/SP, através dos PARECERES 680/2010 (fls. 173/177), 694/2010 (fls. 179/183) e 1318/2009 (fls. 185/192), que registraram a necessária onerosidade desse tipo de cessão de uso;

9. Ademais, a CONJUR/MP respondeu ao MEMORANDO enviado, tendo retransmitido pronunciamentos sobre o tema em apreço. Dessa forma, foram-nos encaminhados os PARECERES 99/2007 (fls. 106/110), 107/2007 (fls. 111/115), 203/2007 (fls. 116/124), 214/2007 (fls. 125/129), 260/2004 (fls. 130/133), 1174/2008 (fls. 134/139), 1407/2006 (fls. 140/143), 1408/2006 (fls. 144/148), 1426/2006 (fls. 149/153), 1433/2006 (fls. 154/157), 1434/2006 (fls. 158/161), 1514/2006 (fls. 162/164) e a NOTA Nº 2746/2009 (fls. 104/105).

É o breve relato. Passa-se ao exame.



- II -

6. O processo submetido à análise trata de três questões distintas. A primeira diz respeito à gratuidade ou onerosidade da cessão de uso para o funcionamento de postos bancários oficiais. A segunda indagação refere-se à necessidade de adoção do procedimento licitatório para a escolha do beneficiado pela cessão. A depender da resposta à pergunta antecedente, questiona-se qual seria a modalidade de licitação adequada ou o correto enquadramento legal, no caso de contratação direta. Por fim, solicita-se a adoção de providências com o fim de adequar o disposto na Portaria SPU/MP 5/2001 às conclusões do presente PARECER.

7. Nesse sentido, cumpre ressaltar, inicialmente, que, segundo José dos Santos Carvalho Filho<sup>1</sup>, a cessão de uso de bem público é modalidade de gestão em que o Poder Público consente no seu uso gratuito por órgãos da mesma pessoa jurídica ou de pessoa diversa, incumbida de desenvolver atividade que, de algum modo, traduza interesse para a coletividade. A nota característica dessa modalidade de gestão residiria, portanto, no benefício coletivo decorrente da atividade desempenhada pelo concessionário.

8. Dessa forma, enquanto alguns autores, como Hely Lopes Meirelles<sup>2</sup> e Lucia Valle Figueiredo<sup>3</sup>, limitam tal cessão às entidades públicas, outros, como Diógenes Gasparini<sup>4</sup>, admitem que dela participem entidades da Administração Indireta. Carvalho Filho admite a participação, em casos especiais, até mesmo de pessoas privadas<sup>5</sup>, desde que desempenhem atividade não lucrativa que vise a beneficiar, geral ou parcialmente, a coletividade. Nesse contexto, o Decreto-lei nº 9760/46, que regula a utilização de imóveis pertencentes à União, admite sua cessão gratuita quando o governo federal pretender concretizar "auxílio ou colaboração que pretenda prestar" (art. 64, §3º).

9. Inovando acerca da matéria e afastando-se do entendimento da doutrina pátria, a Lei 9636/98 consagrou a figura da cessão de uso onerosa, estabelecendo que tal modalidade deverá ser adotada nos casos em que a cessão for destinada a

<sup>1</sup> Manual de Direito Administrativo, 18ª edição, *Lumen Juris* – Rio de Janeiro, 2007.

<sup>2</sup> Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, SP, 1993, p. 436

<sup>3</sup> Curso de Direito Administrativo, Malheiros, SP, 1995, p. 378

<sup>4</sup> Direito Administrativo, Saraiva, SP, 1992, p. 519

<sup>5</sup> Manual..., p. 1025



empreendimento com fins lucrativos (art. 18, §5º). No mesmo sentido, dispõem o inciso VIII, do artigo 13, do Decreto 3725/01 e a ON-GEAPN-002, que traz, ainda, uma escala para definir a ordem de prioridade na utilização dos bens no serviço público federal, prevendo a cessão onerosa “para órgãos da Administração Pública Federal Indireta, que justifiquem a necessidade no desempenho de suas atribuições, de caráter econômico, devendo haver uma contrapartida para a União, seja financeira, prestação de serviços, produtos ou outros”. Assim, por expressa determinação legal, a cessão de uso de imóvel para a instalação de posto bancário deverá se realizar de forma onerosa.

10. A partir dessa constatação, é preciso perquirir acerca da necessidade da adoção de procedimento licitatório para a escolha do beneficiado pela cessão. A licitação, procedimento administrativo vinculado com fim seletivo é, como regra, obrigatória, por representar concretização dos princípios da impessoalidade e eficiência. A dispensa corresponde às situações em que o procedimento licitatório poderia ser adotado, mas o legislador decidiu não torná-lo obrigatório, em virtude de particularidades do caso. A licitação dispensada encontra previsão no artigo 17, I e II, da Lei 8666/93, enquanto a dispensável se funda no artigo 24 deste diploma normativo. A inexigibilidade, por sua vez, ocorre nos casos em que a realização de licitação é inviável.

10. Com relação à “cessão de uso onerosa”, entendemos que, quando seu destinatário for indiferente à Administração Pública, será necessária a adoção de procedimento licitatório, no qual competirão em condições de igualdade todos aqueles que tenham condições de realizar o interesse que levou à cessão do imóvel, ainda que esse interesse seja apenas o de captar verbas para a consecução do interesse público.

11. Nesse contexto, se a cessão de uso ou concessão de direito real de uso destina-se a instituições financeiras particulares, a Administração obriga-se a realizar o certame, na modalidade concorrência. De fato, esse entendimento se coaduna com o disposto nos artigos 37, XXI, da Constituição da República, 2º, da Lei 8666/93 e com o supracitado artigo 13 do Decreto 3725/01. *In verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:  
XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os



concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Lei 8666/93

Art. 2º 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.

Decreto 3725/01

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:

(...)

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

12. Ocorre que a situação é diversa nos casos em que se objetivar especificamente a instalação de postos bancários oficiais, situação na qual é possível a contratação direta.

13. No caso da Administração Pública Federal, existem dois bancos oficiais que se destinam ao propósito buscado no presente processo administrativo: Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal.

14. Assim, antes de externarmos nosso entendimento acerca do correto enquadramento da contratação direta de tais entidades, consideramos prudente realizar uma breve exposição acerca das hipóteses de inexigibilidade de licitação e de dispensa.



15. Começaremos expondo brevemente as notas diferenciadoras da hipótese de inexigibilidade de licitação, recorrendo à lição de Marçal Justen Filho<sup>6</sup>:

Segundo a fórmula legal, a inexigibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição. Essa fórmula não foi explicitada nem esclarecida pela Lei, que se restringiu a fornecer um elenco de exemplos daquilo que caracteriza inviabilidade de competição. O tema tem sido objeto de continuas incursões doutrinárias e serias controvérsias jurisprudenciais, sem que se tenham atingido soluções plenamente satisfatórias. Mas há alguns pontos definidos, que podem auxiliar a compreensão do art. 25 todos esses dados se conjugam para conformar o conceito de *viabilidade de competição*.

1.1) *A licitação como conjugação de atividades pública e privadas*  
(...)

1.2) *A licitação como escolha entre diversas alternativas*  
(...)

1.3) *A licitação como escolha de uma dentre diferentes alternativas*  
(...)

1.4) *A licitação como uma disputa entre particulares*  
(...)

1.5) *A licitação como um convite aos particulares para ofertarem*  
(...)

1.6) *A licitação como uma seleção segundo critérios objetivos*  
(...)

1.7) *"Inviabilidade de competição" como situação anômala*  
A expressão "inviabilidade de competição" indica situações em que os pressupostos acima indicados não se encontram presentes. Observe-se que tais pressupostos são encontrados *geralmente*, mas nem sempre. Existem situações excepcionais, em que os pressupostos não estão presentes.

16. E continua o i. doutrinador<sup>7</sup>:

### 2) Inviabilidade de Competição como Resultado

É imperioso destacar que a inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponda a uma idéia única. Trata-se de um gênero, comportando diferentes modalidades. Mais precisamente, a inviabilidade de competição é uma consequência, que pode ser produzida por diferentes causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação.

### 3) Ausência de Pressupostos Necessários à Licitação

É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição. A dificuldade é causada pela complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível de ser delimitada através de regras legais. Sobre esse tema, adiante voltar-se-á. Mas é possível tentar organizar as possibilidades,

<sup>6</sup> Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª Ed, p. 271-272.

<sup>7</sup> Idem, ps. 272-274.



tomando por base o modelo exemplificativo fornecido pelos três incisos do art. 25. Não seria ocioso acrescentar que essa sistematização mereceu acolhimento pelo TCU, como se vê no Acórdão nº 918/2003-Segunda Câmara (rel. Min. ADYLSON MOTTA).

### 3.1) Ausência de alternativas

A primeira hipótese de inviabilidade de competição reside na ausência de pluralidade de alternativas de contratação para a Administração Pública. Quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação, a licitação seria imprestável. Mais precisamente, a competição será inviável porque não há alternativas diversas para serem entre si cotejadas.

(...)

### 4) Classificação das Causas de Inviabilidade de Competição

As causas de inviabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve a inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de licitação relacionada com a natureza do objeto contratado.

Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. Não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado.

Na segunda categoria, podem existir diversos sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz a necessidade estatal. O problema da inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou de peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam de maneira impeditiva.

### 5) Inexigibilidade como Caso de “Dupla Crise” da Licitação

As considerações acima permitem configurar a inexigibilidade como situação em que a licitação, tal como estruturada legalmente, torna-se via inadequada para obtenção do resultado pretendido. A licitação não cumpre a função a ela reservada (seleção da proposta mais vantajosa) porque sua estrutura não é adequada a tanto.

(...)

Por outro lado, impor a licitação em casos de inexigibilidade conduziria a frustrar o interesse sob tutela estatal. A Administração Pública não obteria proposta alguma ou selecionaria propostas inadequadas a satisfazer o dito interesse.

17. Passemos agora ao exame do instituto da dispensa de licitação.



18. Nas palavras de Justen Filho<sup>8</sup>, tal situação se verifica nos casos em que, embora viável a competição, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente com os valores norteadores da atividade administrativa. Isso porque, como lembrado pelo r. administrativista, toda licitação envolve uma relação de custos e benefícios. Observe-se seu entendimento:

Há custos econômicos propriamente ditos, derivados do cumprimento dos atos materiais da licitação (publicação, pela imprensa, realização de testes laboratoriais, etc) e da alocação de pessoal. Há custos de tempo, referentes à demora para desenvolvimento dos atos da licitação. Podem existir outras espécies de custos, a serem examinados caso a caso. Em contrapartida, a licitação produz benefícios para a Administração. Esses benefícios consistem em que a Administração efetivará (em tese) contratação mais vantajosa do que realizaria se licitação não tivesse existido. Muitas vezes, sabe-se de antemão que a relação custo-benefício será desequilibrada. Os custos necessários à licitação ultrapassarão os benefícios que dela poderão advir. Logo, o procedimento licitatório acarretará o sacrifício dos interesses coletivos e supra-individuais. Impõe-se a contratação direta porque a licitação é dispensável.

19. Nesse sentido, o cotejo entre os institutos da inexigibilidade e da dispensa de licitação permite perceber que a inexigibilidade é filtro que logicamente antecede a análise da existência de licitação. De fato, apenas se houver viabilidade de competição é que é possível dispensar-se o procedimento licitatório.

20. Nesse sentido, atente-se à manifestação de Justen Filho<sup>9</sup>:

*4.2) Dispensa e inexigibilidade de licitação*

Sob o ponto de vista lógico, a lei deveria ter tratado da inexigibilidade antes da dispensa de licitação. É que a inexigibilidade é conceito que, sob ângulo teórico, antecede ao de dispensa. Voltar-se-á à questão a propósito do art. 25. Porém, pode-se afirmar que a dispensa pressupõe uma licitação "exigível". É inexigível a licitação quando a disputa for inviável. Havendo viabilidade de disputa é obrigatória a licitação, excetuados os casos de "dispensa" imposta por lei.

<sup>8</sup> Idem, p. 233

<sup>9</sup> Idem, p. 233



21. E segue, em observação extremamente relevante para o deslinde da controvérsia ora apresentada:

Em termos práticos, isso significa que a Administração deve verificar, primeiramente, se a licitação é exigível ou inexigível. Excluída a inexigibilidade, passa-se a verificar se estão presentes os pressupostos da dispensa de licitação.

22. Mais à frente, reitera o entendimento apresentado nas linhas acima<sup>10</sup>:

Em termos práticos, isso significa que a Administração deve verificar, primeiramente, se a licitação é exigível ou inexigível. Excluída a inexigibilidade, passa-se a verificar se estão presentes os pressupostos da dispensa de licitação.

23. Da leitura dos trechos supradestacados, infere-se que a inexigibilidade de licitação decorre de sua inviabilidade, que se apresenta como consequência da realidade extranormativa.

24. Voltemos ao caso apresentado: na hipótese, o Administrador busca promover a instalação de posto bancário com vistas a permitir o atendimento dos funcionários que trabalham na unidade, criando para estes uma facilidade.

25. Dessa forma, se está diante de situação em que é possível a contratação de ao menos dois bancos – os oficiais-, uma vez que dados empíricos denotam que a maioria dos funcionários cujo atendimento se busca com a instalação do posto bancário é correntista da CEF ou do Banco do Brasil.

26. Assim, percebe-se que a questão posta não envolve uma situação de inviabilidade de competição.

---

<sup>10</sup> idem, p. 274-275



27. De fato, viola os ditames básicos da lógica enquadrar como hipótese de inviabilidade de competição uma situação que envolve a possibilidade de escolha entre ao menos dois bancos.

28. Ocorre que, mesmo diante de tal situação, sendo, de regra, obrigatória a licitação, a supressão do procedimento licitatório será possível apenas nas hipóteses taxativamente referidas por lei formal que se coadune com as normas constitucionais regedoras da matéria.

29. Na hipótese, consideramos que a autorização legal para a contratação direta por meio de dispensa de licitação encontra fulcro nos arts. 6º, XI c/c 17, §2º, I, da Lei 8666/93, *in verbis*:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:  
(...)

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

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)

30. Assim, o primeiro esclarece que a expressão “Administração Pública” utilizada na lei em comento engloba a administração direta e indireta (na qual incluídos os bancos oficiais).

31. Por sua vez, o segundo estabelece como hipótese de licitação dispensada aquela em que a concessão de título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis da Administração se destinar “a outro órgão ou entidade da Administração Pública”.



32. Cabe aqui uma breve exposição da diferenciação feita pela doutrina entre os institutos da concessão de uso, da concessão de direito real de uso e da cessão de uso.

33. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho<sup>11</sup> conceitua a primeira como o contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere a pessoa determinada o uso privativo de bem público, independentemente do maior ou menor interesse da pessoa concedente. Formalizada por contrato administrativo, a concessão de uso seria gênero que englobaria duas espécies: a concessão remunerada e a concessão gratuita de uso de bem público.

34. Por sua vez, ao cuidar da concessão de direito real de uso, o i. doutrinador a define como o contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere ao particular o direito real resolúvel de uso de terreno público ou sobre o espaço aéreo que o recobre, para os fins que, prévia e determinadamente, o justificaram. Como pontos diferenciadores da supracitada concessão de uso, aponta-se o fato de que, enquanto a concessão de uso instaura relação de caráter pessoal, a concessão de direito real de uso, como o próprio nome denota, outorgaria ao concessionário direito real.

35. Sobre o tema, assim se manifesta Carvalho Filho:

O direito real oriundo da concessão é transmissível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, mas inafastável será a observância dos fins da concessão. (...) Para a celebração desse ajuste, são necessárias lei autorizadora e licitação prévia, salvo se a hipótese estiver dentro das de dispensa de licitação. (...)

Quando o Poder Público concede direito real de uso de imóveis em favor de outro órgão ou pessoa administrativa, torna-se dispensada a licitação, conforme assenta o art. 17, §2º, I, da Lei nº 8.666/93.

36. Já ao cuidar da cessão de uso, o administrativista a define como aquela em que o Poder Público consente 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, ressaltando que alguns autores limitam o instituto às entidades públicas, outros a admitem para entidades da Administração Indireta e outros, como ele, entendem que o uso pode ser cedido também, em certos casos especiais, a

<sup>11</sup> Manual de Direito Administrativo – 23ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010



pessoas privadas, desde que desempenhem atividade não lucrativa que vise a beneficiar, geral ou parcialmente, a coletividade.

37. Nesse contexto, consideramos que, apesar de fazer referência expressa à concessão de título de direito real de uso, o disposto no art. 17, §2º comporta a interpretação de que sua normatividade alcançaria também a hipótese de cessão de direito de uso, para permitir a dispensa de licitação nas hipóteses de instalação de postos bancários, pelas razões que passamos a declinar.

38. De início, é de se destacar que a Lei nº 8.666/93 adota as expressões “direito real de uso” (art. 17, § 2º, I<sup>12</sup>) e “concessão de direito real de uso” (art. 23, § 3º<sup>13</sup>). Ademais, saliento que, de acordo com o art. 121, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93<sup>14</sup>, os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União continuam a reger-se pelas disposições do Decreto-lei nº 9.760/46, com suas alterações.

39. Nesse contexto, a Lei nº 9.636/98 (art. 20) e o Decreto nº 3.725/01 (art. 12), que disciplinam a utilização de bens do patrimônio da União, referem-se a cessão de uso de bem imóvel para atividade de apoio, e o último diploma normativo faz referência expressa à sua utilização para a instalação de posto bancário. *In verbis*:

---

12 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)

13 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>14</sup> Os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União continuam a reger-se pelas disposições do Decreto-lei no 9.760, de 5 de setembro de 1946, com suas alterações, e os relativos a operações de crédito interno ou externo celebrados pela União ou a concessão de garantia do Tesouro Nacional continuam regidos pela legislação pertinente, aplicando-se esta Lei, no que couber.



Lei nº 9.636/98

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.

Decreto nº 3.725/01

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.

40. Dessa forma, defensável a concepção de que a concessão de uso é gênero, do qual advém as espécies de concessão de direito real de uso e concessão administrativa de uso, entendimento ao qual aderimos.

41. Como institutos irmãos, não se justificaria o tratamento diferenciado trazido pela literalidade do art. 17, §2º, com a redação dada pela Lei nº 11.196/2005, até porque a concessão de direito real de uso é instituto que confere ao concessionário mais prerrogativas do que a simples cessão de uso. Assim, se para a outorga de direitos mais amplos resta dispensada a licitação, não se justificaria sua exigência no caso da transferência de grupo mais restrito de prerrogativas.

42. Nesse sentido, o próprio Tribunal de Contas da União já fez referência à menor rigidez que deve informar a contratação nos casos de cessão de uso, quando comparados com a hipótese de concessão de direito real de uso.

43. Nesse sentido, observe-se o disposto na Decisão nº 207/1995, da qual extraímos, por sua relevância, o seguinte excerto do voto do Ministro Relator :



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 nº 8.666/93 a contemplou em seu art. 23, § 3º, sendo "in verbis":

(...) 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 desnecessidade de realização do procedimento licitatório, uma vez que caracterizada a predominância do interesse público sobre o particular, que fez com que a jurisprudência pátria reiteradamente a proclamasse como um contrato tipicamente administrativo

(...) 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."

44. Assim, como os dois institutos têm idêntica finalidade, já que conferem ao particular o direito de uso sobre o bem público, defendemos na presente manifestação a adoção de interpretação ampliativa que inclua no termo referido pela norma a hipótese de cessão de uso de imóvel público para a instalação de posto bancário.

45. Dessa forma, torna-se possível compatibilizar o entendimento de que as hipóteses de dispensa previstas na Lei de Licitações são taxativas com a necessidade de se encontrar amparo legal a possibilitar que os bancos oficiais sejam contratados diretamente.

46. Tal é necessário, já que a realização de procedimento licitatório e a ampla competição na hipótese podem inviabilizar o objetivo pretendido com a contratação, a saber, o de atender aos funcionários da repartição que, em sua ampla maioria, são correntistas dos bancos oficiais, como sói acontecer.



47. Ademais, resta inviável o enquadramento da situação como hipótese de inexigibilidade de licitação, uma vez que necessária a escolha entre Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil.

48. Assim, caso adotada a presente sugestão, tem-se que, a princípio, toda a cessão de uso ou concessão de direito real de uso a terceiro, deve decorrer de um procedimento licitatório, na modalidade concorrência.

49. Todavia, à luz do art. 17, § 2º, I, da Lei nº 8.666/93, excepciona-se regra do procedimento licitatório, tornando dispensada a licitação na hipótese em que o uso do bem público destina-se a outro órgão ou entidade da Administração Pública,.

50. Não é de se olvidar, entretanto, a necessidade da pertinente justificativa para a opção por uma ou outra delas, que deve levar em consideração a situação fática da repartição e as vantagens que podem advir aos servidores aí lotados.

51. Por fim, no que tange à solicitação da adoção de providências com o fito de adequar o disposto na Portaria SPU/MP 5/2001 às conclusões do presente PARECER, ressaltamos a existência de dispositivo neste ato normativo que não se coaduna perfeitamente com as conclusões aqui apresentadas, a seguir transcrito:

Art. 3º Não serão submetidas ao regime de cessão de uso oneroso as cessões realizadas em favor de entidades da Administração Pública Federal direta ou indireta no cumprimento de suas atividades institucionais.

52. Por esse motivo, sugere-se o envio de cópia da presente manifestação ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Secretaria de Patrimônio da União, com a sugestão de que se proceda a alteração legislativa para esclarecer que as referidas hipóteses de cessão de uso gratuita a entidades da Administração Pública Federal no cumprimento de suas atividades institucionais se limitam aos órgãos ou entes que não desenvolvam atividades com fins lucrativos.



- III -

53. Ante o exposto, conclui-se que:

- i) a cessão de uso para o funcionamento de postos bancários oficiais deve ser caracterizada pela nota da onerosidade;
- ii) é possível a contratação direta dos bancos oficiais – no caso da União, Banco do Brasil e CEF -, com fulcro no art. 17, §2º, I, da Lei 8666/93, devendo ser justificada a opção por uma ou outra instituição;
- iii) o teor do art. 3º da Portaria SPU/MP 5/2001 não se coaduna perfeitamente com as conclusões expostas no presente PARECER, motivo pelo qual recomendamos a expedição de cópia do presente ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com a sugestão de que se proceda à alteração de sua redação, para explicitar o fato de que as cessões de uso gratuitas podem ter como destinatários apenas os órgãos ou entidades que não desenvolvam atividades lucrativas.

À consideração superior,

Brasília/DF, 08 de outubro de 2010.

Isabela Rossi Cortes Ferrari  
Advogada da União

