

.....

A ADOÇÃO DO CRITÉRIO DE MAIOR OFERTA NAS MODALIDADES: CONCORRÊNCIA, DIÁLOGO COMPETITIVO, LEILÃO E PREGÃO SOB A LEI Nº 14.133/2021

.....

*ADOPTION OF THE HIGHEST OFFER CRITERION IN THE
TYPES OF COMPETITION, COMPETITIVE DIALOGUE,
AUCTION AND BIDDING UNDER LAW Nº 14.133/2021*

José Antônio Pessoa Neto¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. O fundamento para a utilização das modalidades “concorrência” e “diálogo competitivo” 2. Os fundamentos para a utilização da modalidade “leilão” 3. Os fundamentos para a utilização da modalidade “pregão”. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1 - Administrador de empresas pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP; Mestre em Administração de Empresas pela Universidade Federal Rural de Pernambuco - UFRPE; Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Atualmente, atua como Analista na Diretoria de Normas e Logísticas do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (MGI). E-mail: jose.pessoa@gestao.gov.br.

RESUMO: O presente artigo examina a aplicação do critério de julgamento “maior lance”, no sentido de verificar se a regra pode ser aplicada a outras modalidades além do leilão. A legislação que dispõe sobre o regime de concessões e permissões para a prestação de serviços públicos estabelece, conforme o art. 186 da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, que os objetos dessas contratações devem ser submetidos à Lei nº 14.133/21 e à legislação específica aplicável. No caso da concessão e/ou permissão de uso, que envolve a cessão de espaço público para o uso mediante remuneração, é sabido que outras modalidades de licitação podem ser utilizadas combinadas com o critério de julgamento do tipo “maior oferta”, o qual, por sinal, não está expresso nesses termos em nenhum dos incisos do artigo 33 da lei supracitada.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Modalidades. Pregão. Maior lance. Concessão e Permissão.

***ABSTRACT:** This article examines the application of the “highest bid” judgment criterion in order to verify whether the rule can be applied to other modalities besides the auction. The legislation that provides for the concession and permission regime for the provision of public services establishes, according to art. 186 of the General Law of Public Procurement and Contracts, that the objects of these contracts must be subject to Law No. 14,133/21 and the specific applicable legislation. In the case of concession and/or permission for use, which involves the transfer of public space for use in exchange for remuneration, it is known that other bidding modalities can be used in combination with the “highest offer” judgment criterion, which, by the way, is not expressed in these terms in any of the items of article 33 of Law No. 14,133/21.*

KEYWORDS: Bidding. Modalities. Auction. Highest bid. Concession and Permission.



INTRODUÇÃO

A sanção da Lei nº 14.133/2021 e dos regulamentos decorrentes editados pelos poderes Legislativo e Executivo – especialmente, o Poder Executivo Federal que vem disciplinando os procedimentos operacionais por meio das Instruções Normativas expedidas pelo Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos – produziu grandes transformações no que concerne à legislação brasileira que regulamenta as contratações públicas no país.

A citada lei, ao suplementar os procedimentos de contratações, dispõe em seu art. 187 que: “Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão aplicar os regulamentos editados pela União para execução desta Lei” (Brasil, 2021). Nessa linha, admite em seu no Art. 28 cinco modalidades de licitações que deverão ser combinadas com um dos critérios de julgamento previstos no Art. 33, a saber: “[...] O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios: I - Menor preço; II - Maior desconto; III - melhor técnica ou conteúdo artístico; IV - Técnica e preço; V - **Maior lance, no caso de leilão**; VI - Maior retorno econômico (Brasil, 2021, grifo meu)”.

Examina-se, neste artigo, a aplicação do critério de maior lance, no sentido de compreender se essa regra pode ser aplicada a outras modalidades, além do leilão, posto que as concessões e permissões de uso do bem público devem ser submetidas à Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos e à legislação específica. Desse modo, convém esclarecer que, de acordo com o previsto no inciso IV, do art. 2º da Lei 14.133/21, as concessões e permissões de uso do bem público aplicam-se aos seguintes casos: “I - Alienação e concessão **de direito real de uso de bens**; II - Compra, inclusive por encomenda; III - locação; IV - **Concessão e permissão de uso de bens públicos**; [...]” (Brasil, 2021, grifos meus). Por outro lado, sendo a concessão de uso a cessão de espaço público mediante remuneração, é sabido que se pode utilizar outras modalidades de licitação combinadas com o critério de julgamento do tipo “maior oferta” que, por sinal, não foi expresso nesses termos em nenhum dos incisos do artigo 33 da lei analisada.

Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes de Torres (2018), ao analisarem o critério de julgamento “maior oferta de preços”, nomeadamente na publicação *Licitações e contratos nas empresas estatais*, asseveram que:

O critério de julgamento por maior oferta de preço há de ser utilizado para selecionar propostas voltadas à assinatura de contratos que não geram dispêndios, ao contrário, resultam receitas às empresas públicas e sociedades de economia mistas. Considerando que a Lei nº 13.303/2016 não apresenta modalidade tipificadas e estáticas, o critério maior oferta de preços, juntamente com a nova fórmula melhor destinação de bens alienados, ocuparão o espaço outrora destinado à modalidade leilão.

[...]

Ressaltamos que o critério de julgamento maior oferta de preço não se restringe às hipóteses de alienação de bens. Existem outras contratações capazes de gerar receitas às empresas estatais. Benjamin Zymler e Laureano Dios recordam que esses casos, até o advento do RDC, não se encontravam albergados, ao menos diretamente, na legislação. Tal fato obrigava o uso de analogia para se extrair o procedimento a ser utilizado, seja no regime tradicional de licitações, seja na Lei nº 10.520/2002 [...] (Barcelos; Torres, 2018, p.).

Nesse âmbito, observa-se que o artigo 76, inciso I da Lei nº 14.133/21, dispõe que o leilão é a modalidade licitatória para a realização da alienação de bens imóveis; ao mesmo tempo, o inc. V do art. 33 traz a previsão de que essa modalidade seja julgada com o critério de maior lance. Assim, constata-se uma possível lacuna na nova lei de licitações e contratos administrativos, que indica uma falha do legislador ao eleger a modalidade de leilão para ser utilizada como critério de julgamento de maior lance, apenas quando o objeto do certame for a alienação de bens móveis ou imóveis, sem, contudo, prever a fase de habilitação. Por outro lado, inexistente vedação de utilização desse critério de julgamento no que concerne a outras modalidades.

1. O FUNDAMENTO PARA UTILIZAÇÃO DAS MODALIDADES “CONCORRÊNCIA” E “DIÁLOGO COMPETITIVO”

De início, cabe registrar que o Art. 186 da Lei nº 14.133/21 estabeleceu que “aplicam-se as disposições desta Lei subsidiariamente à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, à Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e à Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010”. Em outros termos, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos também se aplica aos casos de contratações que tenham por objeto o regime de concessão e permissão para prestação de serviços públicos.

O inciso XXXVIII do Art. 6º, da lei supracitada, define a concorrência como modalidade de licitação para a contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser um dos estabelecidos pela lei. No entanto, nesse ponto, não se menciona de forma expressa o critério de maior lance. No mesmo artigo, inciso XLII, o diálogo competitivo, por sua vez, é definido como uma modalidade de licitação utilizada para a contratação de obras, serviços e compras, na qual a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos sem, contudo, estabelecer o critério de julgamento a ser adotado.

A utilização dessas duas modalidades, concorrência e diálogo competitivo, assim como o critério de julgamento pelo maior desconto, também estão previstas no inc. II do art. 2º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e a permissão e prestação de serviços públicos. Nos termos da lei:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - Poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, **na modalidade concorrência ou diálogo competitivo**, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, **na modalidade concorrência ou diálogo competitivo**, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas

que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

[...] (Brasil, 1995, grifos meus).

Importante registrar que o Art. 15 da lei supracitada estabelece o critério de julgamento e prevê expressamente, em diversos incisos, a utilização do critério da maior oferta ou a sua combinação nos seguintes termos:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II - **A maior oferta**, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III - **a combinação**, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;

VI - mais bem proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

VII - **melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação** de propostas técnicas.

§ 1º A aplicação do critério previsto no inciso III só será admitida quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira [...] (Brasil, 1995, grifos meus).

No que tange à modalidade “diálogo competitivo”, a administração pública buscará entender novas formas de prestar um serviço ou de adquirir algum objeto, que ofereçam soluções modernas e condizentes ao mercado. Desse modo, pode-se reduzir os riscos de insucesso da contratação. Nesse trâmite, deve-se escolher um critério de julgamento dentre os disciplinados no Art. 33 da nova lei (14.133/2021), dentre os quais, está o critério da melhor oferta.

Para Rafael Oliveira, nomeadamente em seu trabalho *Diálogo competitivo brasileiro* (2021),

[...] a Lei nº 14.133, de 2021, não acompanha o legislador europeu para dizer que o critério de julgamento das propostas no diálogo competitivo será necessariamente o da melhor relação qualidade e preço. Na verdade, o novo marco legal nacional não previu precisamente um dos critérios de julgamento admitidos pelo seu art. 33 para a modalidade em estudo. Os incisos VIII e X do §1º do art. 32 da nova LLCA referem-se, respectivamente, à “seleção da proposta mais vantajosa” e à “contratação mais vantajosa como resultado” (Oliveira, 2021, p.).

Em outro parágrafo, o autor defende que:

a rigor, o inciso V, §1º, do art. 36 da Lei no 14.133, de 2021, assevera que, em situações como as do diálogo competitivo, é adequado o uso do critério de julgamento de técnica

e preço (art. 33, IV). Salienta-se que esse é o critério que, entre os adotados pela nova lei, mais se aproxima ao de melhor relação qualidade e preço europeu (art. 30o, no 1, da Diretiva 2014/24/UE) (Oliveira, 2021, p.).

No cenário de concessão, no qual se opte pela modalidade “diálogo competitivo”, entendemos que as regras e fórmulas precisas podem ser estabelecidas em edital próprio. Desse modo, após a definição da solução técnica mais adequada e dos requisitos aptos a concretizar a solução definida, o vencedor do certame será aquele que oferecer o maior lance.

Sobre o tema e a utilização de outras modalidades fundamentadas na Lei nº 14.133/2021 junto ao critério de julgamento “maior lance”, Joel de Menezes Niebuhr (2022) ensina o seguinte:

A questão é que esse vínculo entre o critério de julgamento do maior lance e a modalidade de leilão deve ser compreendido com cautela e anteparos. Sendo assim, deve-se entender que o inciso V do caput do artigo 33 da lei 14.133/2021 prescreve que o critério do maior lance deve ser aplicado na modalidade leilão, porém que também pode sê-lo em outras modalidades, desde que o interesse público demande que a melhor proposta seja aquela com o maior preço e não aquela com o menor preço (Niebuhr, 2022, p.).

Como se vê, de acordo com a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, para que o uso do bem público de propriedade seja concedido, a Administração deve instaurar um processo licitatório, no qual a concorrência é uma modalidade também permitida, a exemplo de como já ocorria com a Lei nº 8.666/93, em cumprimento ao previsto no Art. 23, parágrafo 3º da citada lei. Além disso, a doutrina e a jurisprudência já apontam para a possibilidade de adoção de outras modalidades combinadas com o critério de julgamento maior oferta, quando instaurados processos com fundamento na Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

2. OS FUNDAMENTOS PARA A UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE “LEILÃO”

O inciso XL do Art. 6º, da Lei nº 14.133/21, define o leilão como a modalidade de licitação voltada para a alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance, ou seja, nessa modalidade preceitua-se que o critério de maior lance seja adotado nas licitações. Não se menciona, no entanto, a utilização dessa modalidade para certames que tenham como objeto a concessão ou a permissão de uso de áreas, por exemplo, que gerem receitas comerciais.

Mais adiante, o artigo 76 da lei supracitada dispõe que, na alienação de bens da Administração Pública, o interesse público deve ser observado e devidamente justificado; além disso, o processo deve ser precedido por uma avaliação, na qual os critérios específicos atinentes a bens imóveis ou móveis sejam também observados. Vale ainda salientar que, a alienação de bens imóveis requer também uma autorização legislativa; já no caso dos bens móveis, basta uma avaliação. Em ambos, a modalidade utilizada é a de leilão. Em condições específicas, que envolvam “a) dação em pagamento; b) permutas ou doação entre administração pública; c) vendas entre órgão da administração pública; e d) legitimação de posse” [...], a licitação pode ser dispensada (Brasil, 2021).

Nesse sentido, cabe observar que, nas alíneas “f”, “g” e “h” do inciso I, do artigo 76, existe a previsão da dispensa de licitação de concessão de direito real de uso, locação e permissão de bens imóveis residenciais e comerciais e, ainda, de terras públicas rurais, a saber:

[...]

f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente usados em programas de habitação ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;

g) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis comerciais de âmbito local, com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e destinados a programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;

h) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; [...]
(Brasil, 2021).

Por outro lado, sabe-se que no caso das licitações que têm por objeto a concessão de uso onerosa de bens públicos ou de outros bens imóveis que possam ser explorados economicamente, nos termos da Lei nº 14.133/2021, a Administração deve licitar com o critério de julgamento de maior lance” e precisacumprir aspectos jurídicos processuais (rito ou procedimento) e aspectos jurídicos materiais (requisitos de habilitação jurídica, habilitação econômica, habilitação técnica, sanções, etc.), diferente do previsto na modalidade leilão.

No que concerne ao leilão, o § 4º do art. 31, da lei supracitada, estabelece uma simplicidade de procedimento, no qual não são apreciadas as questões de habilitação, a saber:

[...] § 4º O leilão não exigirá registro cadastral prévio, não terá fase de habilitação e deverá ser homologado assim que concluída a fase de lances, superada a fase recursal e efetivado o pagamento pelo licitante vencedor, na forma definida no edital (Brasil, 2021)

Assim, tem-se que a modalidade leilão cabe tão somente à alienação de bens, conforme disciplinado na legislação federal. Os procedimentos operacionais dessa modalidade foram, inclusive, regulamentados recentemente, por meio do Decreto nº 11.461, de 31 de março de 2023, sem que, contudo, outros objetos – além da alienação de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos – fossem mencionados.

3. OS FUNDAMENTOS PARA A UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE “PREGÃO”

O inciso XLI do Art. 6º da Lei 14.133/21 define pregão como a modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto. Sobre o tema, os professores Luiz Blanchet e Fernanda Garrido (2024) interpretam, com maestria, que a definição dessa modalidade é bem mais ampla, tendo em vista a fundamentada jurisprudência e a doutrina que outrora avaliaram um conceito semelhante ao constante no estatuto federal de licitações e contratos administrativos em vigor, vejamos:

Da leitura do artigo 6º, inciso XLI pode-se interpretar que o pregão pode ser realizado para outros objetos, que não sejam bens e serviços comuns. Neste caso, a realização da modalidade licitatória pregão seria admitida facultativamente e os critérios de julga-

mento poderiam ser os outros previstos no artigo 33 da Lei 14.133/21, a saber: melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior lance ou maior retorno econômico.

Não se tem uma solução a apontar neste instante, mas é preciso registrar que a norma abre espaço a uma possibilidade até mesmo mais ampla ainda do que o próprio enquadramento do objeto do certame no conceito de bens e de serviços comuns. E observe que precedente há, já que a concessão de direito real de uso não é bem, não é serviço, nem compra, mas algo específico destacado pela própria regra, conforme se observa do próprio artigo 2º, inciso I da Lei nº 14.133/21 [...] (Blanchet; Garrido, 2024, p.).

Vale ressaltar que, em se tratando da modalidade de licitação denominada pregão, o critério de julgamento maior oferta tem sido amplamente utilizado, com jurisprudência consolidada consoante à Lei nº 10.520/02. Nesse sentido, esse entendimento compõe normativos de diversos órgãos da Administração Pública e é também referendado pelo TCU.

Sobre o tema pregão, com critério de julgamento que considerou o maior lance para a concessão de uso de área, vejamos uma análise no âmbito do Tribunal de Contas da União – TCU, constante do Acórdão nº 2844/2010, que teve como Relator o Min. Walton Alencar:

É plenamente legal a utilização da modalidade pregão para licitação destinada à outorga de concessões de uso de áreas comerciais em aeroportos. [...] A atividade da Infraero, ao estabelecer o *pregão para* a licitação de concessões de uso de áreas comerciais nos aeroportos brasileiros, encontra respaldo na legislação e atende plenamente o interesse público (Brasil, 2010).

Quanto ao tema da utilização da modalidade pregão com o critério de julgamento maior lance, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná também já se manifestou favorável, em resposta à consulta formulada, conforme disposições da Lei 14.133/2021, valendo a transcrição de partes do referido julgado, a saber:

[...]

O Ministério Público de Contas (MPC-PR) afirmou que é possível a utilização do pregão negativo nas licitações destinadas às concessões de uso de bens públicos, desde que sejam respeitados os parâmetros das jurisprudências do Tribunal de Contas da União (TCU) e do TCE-PR, independentemente se a lei que rege a licitação é a Lei do Pregão ou a Nova Lei de Licitações.

Jurisprudência

O Acórdão nº 3042/08 - Plenário (Consulta nº 030.658/2008-0) do TCU dispõe que a adoção de critério de julgamento de propostas não previsto na legislação do pregão, do tipo maior valor ofertado para o objeto, 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.

O Acórdão nº 2844/2010 - Plenário (Representação nº 011.355/2010 - 7) do TCU estabelece que 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.

Esse acórdão expressa que 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 nº 07/08 do TRF da 1ª Região), o Ministério Público Federal (Pregão nº 41/07) e a Procuradoria da República no Distrito Federal (Pregão nº 01/08).

O Acórdão nº 1940/2015 - Plenário (Consulta nº 033.466/13) do TCU fixa que, 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, realizar licitação na modalidade pregão, preferencialmente sob forma eletrônica, tendo por base critério “maior preço”.

O Acórdão nº 478/2016 - Plenário (Representação nº 019.436/2014-9) do TCU expressa que a jurisprudência do Tribunal recomenda a utilização de pregão para a concessão remunerada de uso de bens públicos; e que é plenamente legal a utilização da modalidade pregão para licitação destinada à outorga de concessões de uso de áreas comerciais em aeroportos.

O Acórdão nº 2605/18 - Tribunal Pleno do TCE-PR (Consulta nº 800781/17) fixa que o pregão deverá ocorrer, preferencialmente, pela forma eletrônica, devendo ser justificada a sua não adoção.

O Acórdão nº 2043/21 - Tribunal Pleno do TCE-PR (Consulta de nº 273240/21) dispõe que deve ser dada preferência às plataformas públicas de licitação, devendo-se justificar a licitação e contratação de plataforma privada em detrimento de plataforma pública; e que, caso a concessão de uso de bem público envolva a fruição de bem imóvel, dependendo do que dispõe a Lei Orgânica do Município ou a Constituição do Estado, ela deve ser precedida de autorização legislativa.

Decisão

O relator do processo, conselheiro Durval Amaral, explicou que a figura do pregão por maior lance, negativo ou invertido, encontra integral suporte na sólida jurisprudência sobre o tema, que definiu, ao longo dos anos, conceitos, hipóteses e condicionantes para a sua correta estruturação e implementação nos casos práticos pertinentes.

Amaral afirmou que, independentemente da legislação vigente, principalmente ao considerar que as previsões referentes ao leilão permaneceram idênticas na Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) e na Nova Lei de Licitações, que são omissas quanto ao pregão negativo, deve prevalecer, por força da segurança jurídica a ser resguardada, a jurisprudência sedimentada sobre o tema.

O conselheiro ressaltou que há pouca disciplina sobre os contratos que geram receita para a administração pública; e, portanto, a estruturação do certame adequado e necessário demanda o exercício da analogia. Ele frisou que 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.

O relator destacou que a adoção do pregão para a concessão de uso de bens públicos é viável porque concretiza os princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade e moralidade, dentre outros. Ele salientou que a adoção do critério de julgamento pela maior oferta, em lances sucessivos, é a adequada aplicação da lei ao caso concreto, com ajuste à natureza do objeto do certame, o que assegura a escolha da proposta mais vantajosa para a administração.

Assim, Amaral entendeu que, tanto sob o prisma da Lei nº 10.502/02 quanto o da Lei nº 14.133/21, a figura do pregão negativo mantém-se inalterada. Portanto, ele concluiu pela possibilidade de utilização do pregão por maior lance nas licitações destinadas às concessões de uso de bens públicos.

Os conselheiros aprovaram o voto do relator por unanimidade, na Sessão de Plenário Virtual nº 11/23 do Tribunal Pleno do TCE-PR, concluída em 22 de junho. O Acórdão nº 1657/23 - Tribunal Pleno foi disponibilizado em 5 de julho, na edição nº 3.014 do Diário Eletrônico do TCE-PR (DETC). A decisão transitou em julgado no dia 14 de julho.

Como se pode observar, o Tribunal de Contas do Paraná decidiu – já sob a égide da Lei nº 14.133/2023, com absoluta precisão e sem nenhuma aparente divergência entre os órgãos – que o melhor caminho a trilhar é desburocratizar o processo, para que seja possível buscar bons licitantes e conquistar propostas mais vantajosas. A decisão desse tribunal reflete uma interpretação democratizada, pensada e pautada por uma boa hermenêutica de como deve ser interpretado o objetivo e os princípios da norma.

De igual modo, o Poder Judiciário também já se manifestou favorável pela utilização do pregão nos certames que tenham por objeto a concessão de uso de área. Vejamos:

A 5ª Turma do TRF da 1ª Região confirmou sentença do Juízo Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária da Bahia que negou o pedido da parte impetrante, pessoa jurídica, no sentido de vedar a utilização da modalidade pregão para a concessão de uso de área comercial no Aeroporto de Salvador.

Na ação, a instituição impetrou mandado de segurança para impedir que o pregão fosse utilizado como modalidade de licitação para a concessão de área comercial no Aeroporto de Salvador. Alegou a demandante, em síntese, (i) a impossibilidade de utilização da modalidade pregão para a concessão de uso da área, (ii) que o apelo econômico não pode se sobrepor à legalidade e à segurança jurídica, (iii) que o pregão presencial não atende ao interesse público nem o interesse das empresas. Assim, pleiteia a reforma da sentença para declarar a ilegalidade da modalidade escolhida pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) para a concessão da área.

Ao analisar o caso, o relator, desembargador federal Néviton Guedes, esclareceu que a Lei 8.666/93 estipulou que a venda de bens ou a concessão de direitos reais de uso se darão pela melhor oferta ou por lance, porém, não estabeleceu qual o tipo de licitação deveria ser adotado.

Destacou ainda que a Lei 10.520/2002 “não veda a utilização da licitação denominada pregão na hipótese de concessão de direito real de uso, evidenciando a existência de lacuna legislativa no que se refere à modalidade de licitação a ser adotada em casos de concessão de uso de área pública em aeroporto administrado pela Infraero”.

Ressaltou que o Regulamento de Licitações e Contratos da Infraero “não extrapoulu

os limites de sua competência, uma vez que há previsão legal estabelecendo a utilização da modalidade pregão, do tipo maior lance, para a alienação de bens em leilão judicial”. Asseverou, também, que o Decreto 3.725/2001, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis da União não elegeu, igualmente, nenhuma modalidade específica.

Por fim, o magistrado afirmou que a modalidade de licitação pregão “vem sendo utilizada pelos diversos Tribunais Regionais Federais, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça, para cessão de uso oneroso de área para fins de exploração comercial de atividades de restaurante e lanchonetes, a exemplo do Ministério Público Federal/CE, no Pregão Presencial 03/2008 e do TRF da 4ª Região, no Pregão Presencial 09/2009”.

Assim, o Colegiado negou provimento à apelação para manter a sentença que denegou a segurança pleiteada. Processo nº: 00022331320114013300/BA (Grifos meus).

Assim, tem-se que a doutrina e a jurisprudência acolheram o pregão – mesmo para os certames com critério de julgamento de maior lance – nos casos de concessão, apesar de silente a norma geral de contratações públicas.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, é notório que existe uma previsão expressa que estabelece a aplicação da Lei nº 14.133/2021 aos casos de regime de concessões e permissões da prestação de serviços públicos, entretanto, não foi instituída qualquer disciplina ou procedimento específico para esses casos.

A modalidade leilão teve seu procedimento com o critério de julgamento de maior lance disciplinado apenas nos casos de alienação de bens imóveis e móveis, quando da existência do interesse público e da devida justificativa, sem fase de cadastro prévio ou de habilitação. Por outro lado, na lei de concessões e permissões de prestação de serviços públicos, adota-se o critério de julgamento de maior lance, ou melhor oferta, para as modalidades “concorrência” e “diálogo competitivo”. Já no que diz respeito à modalidade pregão, a sua utilização está fundamentada tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina, considerando o critério de julgamento de maior lance, tendo inclusive, manifestações favoráveis, por parte dos Tribunais de Contas, quanto a esse procedimento.

Cabe ressaltar que esses procedimentos vêm sendo adotados por diversos órgãos da Administração Pública, conforme demonstrado por meio da interpretação adotada pelo Tribunal de Contas da União e do Estado do Paraná sob a égide da nova Lei, e com isso a sociedade ganhará com processos mais ágeis e com a garantia de propostas vantajosas, posto que a competição será ampliada. Assim, merece estímulo a aplicação do critério de julgamento de maior lance para as diversas modalidades de licitação, nesse sentido, este artigo reforça a convicção de que o amadurecimento na aplicação desse dispositivo pode desenvolver novas perspectivas em favor da eficiência e da eficácia da Administração Pública.

Possivelmente esta interpretação poderá, à primeira vista, fomentar algumas indagações, especialmente entre os leitores mais misonéistas, que podem não aceitar tão facilmente uma interpretação menos convencional dos dispositivos da nova lei de licitações e dos contratos administrativos. No entanto, não se pode perder de vista que essa mesma leitura, ou linha interpretativa “menos convencional”, pode reverberar em desfechos positivos junto ao Tribunal de Contas ou ao Poder Judiciário.

A despeito disso, o que resta concluir diante do que foi exposto até aqui é que inexistem dúvidas de que o critério de julgamento de maior lance poderá ser utilizado quando o objeto for licitado pelas modalidades: concorrência, diálogo competitivo ou pregão, devendo a modalidade leilão ser adotada no caso de alienação de bens móveis e imóveis da Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELOS, Dawison; CHARLES, Ronny. **Licitação e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

BLANCHET, Luiz; GARRIDO, Fernanda. **A Lei 14.133/21 e o fim do pregão para concessão administrativa de uso de bem público: será?** Disponível em: <https://portal.sollicita.com.br/Noticia/19566/a-lei-14.133%2F21-e-o-fim-do-preg%C3%A3o> . Acesso em: 06 jul. 2024.

JUSBRASIL. **Licitação por meio de pregão pode ser utilizada para concessão de área comercial em aeroportos?** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/licitacao-por-meio-de-pregao-pode-ser-utilizada-para-concessao-de-area-comercial-em-aeroportos/267058831> . Acesso em: 23 set. 2024.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 749.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de Lima. **O diálogo competitivo brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Institui a Lei Nacional de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm . Acesso em: 06 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987.htm. Acesso em: 06 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm . Acesso em: 06 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010**. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação de serviços na administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112232.htm . Acesso em: 06 jul. 2024.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

