

Procuradoria
Geral do
Estado



ESTADO DE GOIÁS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GABINETE

PROCESSO: 201800010005682

INTERESSADO: SEST-SUS

ASSUNTO:

DESPACHO Nº 1518/2021 - GAB

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. NEGÓCIOS PÚBLICOS. TRANSFERÊNCIA DO USO PRIVATIVO ONEROSO DE ESPAÇO PÚBLICO A PARTICULAR. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA DE LANCHONETE E RESTAURANTE NAS DEPENDÊNCIAS DA SUPERINTENDÊNCIA DA ESCOLA DE SAÚDE DE GOIÁS. QUESTIONAMENTO ACERCA DA ADEQUAÇÃO DO INSTRUMENTO JURÍDICO, SE PERMISSÃO OU CONCESSÃO DE USO. DELINEAMENTO DAS ESPÉCIES. DECISÃO DISCRICIONÁRIA DO ADMINISTRADOR. ELEIÇÃO DO PRESENTE DESPACHO COMO REFERENCIAL PARA OS FINS DA PORTARIA N. 170-GAB/2020-PGE.

1. Trata-se de procedimento destinado à seleção de interessados em explorar, mediante contrapartida financeira, atividade econômica de lanchonete e restaurante nas dependências da Superintendência da Escola de Saúde de Goiás.

2. A instauração dos autos remonta ao mês de fevereiro do ano de 2018, quando a (então) Gerência de Administração Setorial e Capacitação de Recursos demandou à (antiga) Superintendência de Gestão Planejamento e Finanças, por meio do **Memorando n. 129/2018SEI - GEASCR- 11950 (1493526)**, providências para a realização de um novo chamamento público voltado a particulares interessados em instalar e operar no referido espaço público uma cantina e refeitório, tendo em vista que *"nas proximidades não possui restaurantes e lanchonetes para fornecer alimentação aos profissionais que realizam cursos de capacitação e aperfeiçoamento na Escola Estadual de Saúde Cândido Santiago"*.

3. Ainda do citado memorando consta a informação de que a Procuradoria-Geral do Estado havia orientado nos autos nº [201100010020412](#), por meio do **Parecer nº 005231/2012** ([1487959](#)) e **Despacho AG nº 000913/2013** ([1488011](#)), que a disponibilização do referido espaço público deveria ser formalizada por termo de permissão de uso, precedida de chamamento público.

4. Contudo, a Coordenação de Licitações da Secretaria da Saúde procedeu à elaboração da minuta do Edital de Pregão ([5401192](#)) e submeteu-a à apreciação da Procuradoria setorial da Pasta, a quem propôs no **Despacho n. 25/2019-CLICIT** ([5432522](#)) a revisão daquele entendimento, por ser a concessão de uso o meio mais adequado à consecução daquela finalidade. A proposta foi embasada, entre outros argumentos, em revisão bibliográfica e na seguinte análise empírica: *"foi realizado uma pesquisa em editais dos processos licitatórios semelhantes ao objeto em demais secretárias e órgãos do Estado de Goiás (SEMDIT-GO, POLÍCIA CÍVIL e SEGPLAN-GO), confirmando assim o emprego da Concessão de Uso"*. Além disso, salientou que a *"jurisprudência do Tribunal recomenda a utilização de pregão para a concessão remunerada de uso de bens públicos"*.

5. Diante da provocação da mencionada unidade administrativa, a Procuradoria Setorial da Secretaria da Saúde recambiou ([5765428](#)) o processo à Procuradoria Administrativa, já que dela partira a orientação jurídica até então prevalecente (**Parecer nº 005231/2012**; [1487959](#), aprovado pelo **Despacho "AG" n. 000916/2013**; [1488011](#)).

6. Acontece que lá aportando, houve o declínio de competência para a Procuradoria de Defesa do Patrimônio Público e do Meio Ambiente - PPMA ([5792994](#)), que, por sua vez, ratificou o entendimento exarado no **Parecer nº 005231/2012**; [1487959](#)), opinando no **Parecer PPMA- 09783 n. 39/2019** ([6162612](#)) *"pela manutenção da permissão de uso e do chamamento público, para a formalização do uso de parte de imóvel público, para fins de exploração de atividade econômica de serviços de lanchonete e restaurante, com vistas a atender à Superintendência de Educação em Saúde e Trabalho para o SUS (SEST/SUS)"*.

7. Retornado o processo à Secretaria de Estado da Saúde, a Procuradoria Setorial orientou as demais áreas técnicas a proceder conforme a orientação emanada da PPMA ([6235836](#)), o que foi, apesar da confecção da minuta de Chamamento Público ([000011343101](#)), foi considerado insatisfatório por aquela unidade de consultoria jurídica no **Parecer PROCSET n. 703/2020** ([000021937628](#)), que abaixo se reproduz:

3.8. Na situação em comento, a PGE, no Parecer nº [005231/2012](#) c/c Despacho AG nº [000913/2013](#), recomendou que a disponibilização dos espaços da lanchonete e restaurante da então SEST/SUS fosse efetivada mediante Permissão de Uso, *"a título precário, por ato administrativo, em caráter gratuito ou mediante remuneração, sempre com imposição de encargos e após chamamento público dos interessados para seleção"*. Posteriormente, tal orientação foi ratificada pela Procuradoria de Defesa do Patrimônio Público e do Meio Ambiente - PPMA, via Parecer PPMA- 09783 nº 39/2019 (v. 6162612), a qual destacou que a orientação de utilização do instituto da Permissão de Uso, precedida da realização de Chamamento Público, está em perfeita consonância com a Lei Estadual nº 17.928/2012.

3.9. Em razão disso, a Coordenação de Licitações da Pasta procedeu à elaboração da minuta do Edital de Chamamento Público (v. [000011343101](#)). **Verifica-se, contudo, que, o procedimento continuou alheio à orientação, pois a minuta em comento foi elaborada mesclando características próprias da modalidade licitatória “pregão presencial”, tipo maior oferta por item, com o rito da Lei Estadual nº 15.503/2005. O procedimento adotado distancia-se de um simples chamamento público e o seu resultado culmina em algo mais que um ato administrativo negocial, conforme anotações adiante e à luz das considerações anteriores sobre as características de cada instituto em questão.**

8. Ainda no citado **Parecer PROCSET n. 703/2020** ([000021937628](#)) a Procuradoria Setorial **suscitou nova reapreciação da matéria** pelas seguintes razões, não sem antes revisar os institutos da permissão de uso e da concessão de uso e digressionar sobre suas principais características e finalidades, em síntese:

(a) a Lei estadual n. 17.928/12 estabelece que a permissão de uso seja precedida de chamamento público, porém não detalha o procedimento de sua de realização, o que dificulta, na prática, a operacionalização;

(b) situação diversa ocorre a concessão de uso, que, por sua natureza contratual exige a realização de procedimento licitatório prévio, restando sedimentada a possibilidade de realização de pregão para a seleção dos interessados;

(c) possivelmente devido à dificuldade operacional causada pela lacuna normativa do chamamento público para outorga de permissão de uso é que outros órgãos/ entidades, a exemplo da Universidade Estadual de Goiás – UEG ([201900020015435](#)), têm se valido da concessão de uso (e, por conseguinte, do pregão) para disciplinar situações semelhantes à do caso vertente, ou seja, casos menos complexos;

(e) há precedentes do Tribunal de Contas da União - TCU manifestando pela realização de pregão com vistas à seleção de interessados para cessão de uso de imóvel (*sic*) direcionado ao funcionamento de lanchonete;

(f) é recomendável o emprego da concessão de uso, preferentemente à permissão, nos casos em que a outorga do uso do bem público ao particular tiver que ser compatível com a destinação principal do bem, bem como nas hipóteses em que envolver o exercício de atividades de utilidade pública de maior vulto e ou com feixe de exigências mais complexo e que torne a relação mais onerosa para o concessionário, reclamando, conseqüentemente, maior estabilidade na relação jurídica; e

(g) a escolha do instituto adequado visando a melhor atender o interesse público constitui ato de gestão administrativa, cujo juízo de mérito, segundo critérios de conveniência e oportunidade, compete em regra à autoridade que dirige o órgão e toma as principais decisões sobre os negócios públicos a seu cargo (ou agente por ele delegado).

9. Por fim, a Procuradoria de Defesa do Patrimônio Público e do Meio Ambiente voltou a manifestar nos autos, desta vez no **Parecer n. 247/2021** ([000023260895](#)). Seu pronunciamento, no entanto, apenas dualizou os institutos da permissão e concessão de uso e **não opinou conclusivamente sobre a questão posta**, dando a entender que mantivera a opinião

externada no **Parecer PPMA- 09783 n. 39/2019** ([6162612](#)). Reconheceu, por outro lado, a divergência de entendimentos emanados de unidades da Procuradoria-Geral do Estado e direcionou a solução à sua instância maior de orientação jurídica, para análise e definição conclusiva da matéria.

10. É o que convinha relatar. À fundamentação.

11. Em primeiro lugar, o **Parecer PPMA- 09783 n. 39/2019** ([6162612](#)), o **Parecer PROCSET n. 703/2020** ([000021937628](#)) e o **Parecer n. 247/2021** ([000023260895](#)) merecem ser conhecidos, pois o caso em apreço se conforma às hipóteses prescritas no art. 2º, § 1º, alíneas "b" e "c", da Portaria n. 170 - GAB/2020 - PGE¹.

12. Avançando na questão central de direito, são irretorquíveis as conclusões alcançadas pelo parecer de número 703, que pela clareza na exposição lógica das premissas que as fundamentam, além do substancial referencial teórico que lhe dão amparo, merecem ser incorporados *per relationem* aos fundamentos deste despacho, nos termos do que autoriza o art. 2º, § 3º, do Decreto federal n. 9.830/2019.

13. Em especial, merecem transcrição literal os seguintes trechos:

3.2. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles trata-se de "*ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o uso especial de bens públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração*".

3.3. Em que pese similitude com o instituto da Concessão de Uso - *por meio do qual também se disponibiliza ao particular a utilização de bem público* -, a Permissão de Uso é menos complexa e menos estável que a Concessão de Uso. A Permissão de Uso direciona-se aos casos de menor complexidade, em que a Concessão se mostre desproporcional à situação ou à abrangência do uso que se pretende transferir ao particular. É certamente considerando a maior estabilidade e preservação de direitos do concessionário que na **concessão de uso** tem lugar o **contrato**, sendo, portanto, mais estável, ao contrário da permissão de uso, viabilizada por **ato administrativo negocial, discricionário e precário**.

3.4. Outro traço marcante na **concessão de uso** é a destinação principal do bem público: a outorga de uso privativo do bem público pelo particular, mediante contrato, deve ser feita para que o uso seja conforme destinação do bem. A permissão, como ato precário, é mais apropriada para as situações em que a utilização privativa do bem público está em contraste com a sua principal destinação, apesar da outorga ser conferida com vistas fim de natureza pública (quando não

há interesse para a comunidade, mas apenas para o particular, cabe a simples autorização de uso, que é de caráter *precaríssimo*).

3.5. Em resumo, é recomendável o emprego da concessão de uso, preferentemente à permissão, nos casos em que a outorga do uso do bem público ao particular tiver que ser compatível com a destinação principal do bem, bem como nas hipóteses em que envolver o exercício de atividades de utilidade pública de maior vulto e ou com feixe de exigências mais complexo e que torne a relação mais onerosa para o concessionário, reclamando, conseqüentemente, maior estabilidade na relação jurídica.

(grifos e negritos na formatação original)

14. Somados a esses argumentos, a permissão ou concessão de uso despontará como mais recomendável levando-se em conta não apenas a complexidade por trás do ato. Sua (in)adequação deve levar em consideração o menor ou maior volume de capital privado necessário para fazer frente às despesas de investimento para aquisição, melhoria e/ou manutenção do ativo físico transferido, além de despesas operacionais inerentes à exploração do negócio.

15. A depender, portanto, dos riscos que o particular assumirá para empreender o negócio atrelado ao bem público cujo uso lhe foi outorgado, quanto maior o for, mais aconselhável será o instituto da concessão. Isso porque o particular precisará de incentivos da Administração aptos a mitigar tais riscos a ponto de tornar o negócio minimamente viável, com garantias mínimas que proporcionem previsibilidade de retorno do capital investido (*pay-back*) e percepção da margem de lucro projetada. Nesse ponto, aliás, o instituto em apreço guarda alguma semelhança com a concessão de serviços públicos.

16. Sob essa perspectiva, há vozes na doutrina - a exemplo de Raquel Maria Trein² - que são mais categóricas ao concluir, em abstrato, que tanto a autorização quanto a permissão de uso, por serem precárias e portanto revogáveis a qualquer tempo, são juridicamente inviáveis ao uso de bem público para a exploração de serviços de cantina ou restaurante:

Explique-se o por quê dessa conclusão: o particular terá que fazer um investimento considerável para que possa explorar os serviços de cantina e restaurante. **No mínimo, terá que contratar empregados para auxiliar no desempenho dessa atividade e, ainda, o fornecimento dos produtos alimentícios necessários ao preparo dos lanches e refeições. Em razão desse investimento, a relação com a Administração terá que ser mais estável.** O espaço deverá ser disponibilizado, pelo menos, pelo período necessário ao retorno do investimento. Tendo em vista que a autorização e a permissão de uso são revogáveis a qualquer tempo, não se apresentam como formas viáveis a instrumentalizar uma relação como essa.

O que se deve destacar é que, nesse caso, **além de benefícios ao particular, estarão envolvidos deveres à Administração. Em face dessa bilateralidade (direitos e deveres), a relação deverá ser**

formalizada mediante contrato administrativo, mais precisamente sob a forma de contrato de concessão de uso, assumindo caráter mais estável.

17. Não obstante quem partilhe da opinião de que há uma resposta pronta e acabada na lei para a situação ora posta, seja pela concessão de uso, conforme a doutrina acima citada, seja pela permissão de uso, segundo defendido no **Parecer nº 005231/2012 (1487959)** c/c **Despacho "AG" n. 000916/2013 (1488011)** e mais recente no **Parecer PPMA-09783 n. 39/2019 (6162612)**, a razão nesse particular assiste ao **Parecer PROCSET n. 703/2020 (000021937628)** quando sustenta que *"a escolha do instituto adequado incumbe à Administração Pública, visando atender o melhor interesse público, tratando-se de ato de gestão administrativa"* (item 3.14).

18. Em outras palavras, deve-se destacar a discricionariedade que assiste ao gestor na escolha do instituto jurídico que regerá a transferência do uso privativo de bens públicos em favor de particulares, por óbvio, quando houver legítima margem de escolha para tanto. E ao que parece o caso em discussão se encaixa nesse quadrante.

19. Outrossim, é admissível sustentar, sob a ótica jurídica, que a concessão de uso precedida por pregão poderá ser empregada mesmo quando a situação fática não envolver maiores complexidades ou vulto econômico-financeiro, não sendo recomendável o mesmo para o inverso. Tal raciocínio toma de empréstimo, por analogia, a *ratio legis* por trás do art. 23, § 4º, da LGL³.

20. Ante o exposto, ao tempo em que conheço do **Parecer PPMA- 09783 n. 39/2019 (6162612)** e apenas para admitir a necessidade de orientação em caráter geral, nos termos do art. 2º, § 1º, alíneas "b" e "c", da Portaria n. 170 - GAB/2020 - PGE, quanto à questão de direito apreciada **deixo de aprovar o Parecer PPMA- 09783 n. 39/2019 (6162612)**; lado outro **aprovo e adoto o Parecer PROCSET n. 703/2020 (000021937628)** da Procuradoria Setorial da Secretaria da Saúde, com os acréscimos acima apostos, para em síntese firmar as seguintes teses jurídicas:

(a) a transferência do uso privativo de espaços públicos a particulares voltada a instalação e operação de lanchonetes, cantinas ou restaurantes poderá ser formalizada tanto por permissão quanto por concessão de uso;

(b) a escolha do instituto adequado visando a melhor atender o interesse público em apreço constitui ato de gestão administrativa, cujo juízo de mérito, segundo critérios de conveniência e oportunidade, compete em regra à autoridade que dirige o órgão/ entidade e toma as principais decisões sobre os negócios públicos a seu cargo (ou agente por ele delegado);

(c) a concessão de uso, precedida preferencialmente por pregão, despontará como mais recomendável quando a maior complexidade por trás do negócio exigir do particular maior estabilidade jurídica, além de demandar dele injeção de considerável volume de capital para fazer frente às despesas de investimento para aquisição, melhoria e/ou manutenção do ativo físico transferido, somadas às despesas operacionais inerentes à

exploração do negócio, circunstâncias essas a serem valoradas e decididas discricionariamente pelo gestor público;

(d) se dá por superada a orientação outrora conferida pela Procuradoria-Geral do Estado no **Despacho “AG” n. 000916/2013 (1488011)**, que aprovou o **Parecer nº 005231/2012 (1487959)**, da Procuradoria Administrativa.

21. Restituam-se os autos à **Secretaria de Estado da Saúde, via Procuradoria Setorial**, para ciência, orientação e impulso processual. Antes, porém, cientifiquem-se do conteúdo desta orientação referencial [instruída com o **Parecer PROCSET n. 703/2020 (000021937628)**, com o presente despacho e com os precedente encartados no **Despacho “AG” n. 000916/2013 (1488011)** e no **Parecer nº 005231/2012 (1487959)**] aos Procuradores do Estado lotados nas **Procuradorias Judicial, Regionais, Setoriais da administração direta e indireta** e no **CEJUR** (para os fins do art. 6º, § 2º, da Portaria nº 127/2018 - GAB, além da anotação à margem **Despacho “AG” n. 000916/2013**, nos termos do art. 31, VI, da Lei Orgânica da PGE/GO). Doravante, os Procuradores-Chefes de Procuradorias Setoriais deverão, diretamente, orientar administrativamente a matéria em feitos semelhantes, perfilhando as diretrizes deste despacho referencial, conforme art. 2º da Portaria nº 170-GAB/2020-PGE.

Luciana Benvinda Bettini e Souza de Rezende

Subprocuradora-Geral de Assuntos Administrativos

[1] “Art. 2º § 1º **Somente deverão ser encaminhados à Assessoria de Gabinete (AG)** os autos de processo administrativo que versem sobre questão inédita, com matéria de fundo ainda não apreciada pelo órgão central, **ou nas situações** em que:

[...]

b) apresentada **provocação para a revisão**, superação ou distinção de **entendimento jurídico anteriormente assentado pelo Gabinete do Procurador-Geral**; ou

c) constatada a existência de **orientações divergentes entre unidades desta Procuradoria-Geral, inclusive entre Procuradorias Setoriais.**” (destacou-se)

[2] In *Licitação para a concessão de uso de espaço público para a exploração de cantina ou restaurante*. Revista Zênite, 2004. Disponível em: <www.zenitefacil.com.br>. Acesso em 18 de set. 2021.

[3] “Art. 23. § 4º Nos casos em que couber convite, a administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.”

NÚCLEO DE NEGÓCIOS PÚBLICOS, do (a) PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO , ao(s) 15 dia(s) do mês de setembro de 2021.

Este é um documento de consulta e não substitui a versão oficial.