A ALIENAÇÃO DE BENS PÚBLICOS, NA LEI FEDERAL DE LICITAÇÕES

SERGIO FERRAZ

O tema da alienação dos bens da Administração Pública, sob a perspectiva do estatuto federal das licitações e contratos administrativos, se apresenta extremamente fecundo em questionamentos e dificuldades.

Não obstante sua extensão, parece-nos útil a transcrição do preceito:

"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:

I — quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

a) dação em pagamento;

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo;

c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;

d) investidura;

II — quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;

b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;

c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;

d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;

e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;

f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

§ 1º Os imóveis doados com base na alínea "b" do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.

§ 2º A Administração poderá conceder direito real de uso de bens imóveis, dispensada licitação, quando o uso se destina a outro órgão ou entidade da Administração Pública.

§ 3º Entende-se por investidura, para os fins desta Lei, a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinqüenta por cento) do valor constante da alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei.

§ 4º A doação com encargo poderá ser licitada, e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente, os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato."

Sem dúvida que o artigo 17 da Lei 8.666 configura um dos mais críticos casos de questionamento acerca do caráter geral ou especial da norma, para o fim de se concluir quanto a sua incidência nacional. A controvérsia lavra acesa, no ponto. Para simples exemplo: enquanto *Alice Gonzales Borges* tem como norma geral o artigo 15 do Decreto-lei nº 2.300 (correspondente ao artigo 17 da atual Lei), *Diogo Figueiredo* como tal só admite seu inciso II do *caput* e seu parágrafo 2º. Por aí já se anuncia, pois, o quanto se apresenta polêmica a matéria.

Registre-se que o artigo 15, do Decreto-lei, em seu *caput* aludia apenas aos bens da União e de suas autarquias, o que por certo favorece a corrente dos que ali não divisavam uma norma geral.

O *caput* do artigo 17, ao subordinar a alienação de bens da Administração Pública (e não só, pois, de bens *públicos* em senso estrito) à existência de interesse público devidamente justificado e à prévia avaliação, está, evidentemente, a consagrar uma norma obrigatória nacionalmente, e a qualquer ente que exerça administração pública, eis que diretamente defluente dos princípios de igualdade e de moralidade. Convém que desde já fique claro: *alienar* é transmitir, com ou sem remuneração, a propriedade de um bem a uma outra pessoa. Várias, contudo, são as modalidades possíveis de alienação, a rigor aliás não exauridas no elenco da Lei 8.666, como veremos em seqüência.

Doutra parte, a alienação de bens da Administração Pública é restrita aos chamados bens dominiais, jamais abrangendo os de uso comum, ou de uso especial, ao menos enquanto marcados pelo vínculo de afetação ao interesse público (vínculo esse que pode decorrer de disposição legal ou de ato administrativo, fontes que determinam também a natureza do ato de *desafetação*). É nesse sentido exato que se há de entender o conteúdo do artigo 67 do Código Civil, com o esclarecimento adicional de que sua localização no referido Código tem explicações de natureza histórica, em nada servindo para fundar impugnações à sua observância, sob color de se cuidar de matéria própria do Direito Administrativo. Por tudo isso, parece-nos

criticável a afirmação daqueles que sustentam não depender a alienação de bens estaduais ou municipais de autorização legislativa (a não ser quando assim o exigisse a lei estadual ou municipal). Em primeiro lugar, o Código Civil não é simples lei federal, mas sim, lei nacional. Em segundo lugar, sendo o patrimônio público bem de todos, só à representação de todos é que se pode atribuir poder para autorizar sua alienação: daí a imprescindibilidade, em todo o território nacional, da autorização legislativa para a alienação de bens (móveis ou imóveis) da Administração Pública. E, no caso de imóveis, autorização específica, com indicação do bem e dos limites da operação. Por evidente, de autorização legislativa não se há de cogitar para entidades administrativas regidas pelo direito privado, a não ser para seus bens afetados de interesse ou uso público. Mais adiante, ao adentrarmos as espécies alienativas, aduziremos algumas considerações sobre o problema da autorização legislativa.

Após lançar as condicionantes básicas permissivas da alienação de imóveis da Administração Pública, o inciso I do artigo 17 elenca hipótese de contratação direta da alienação de imóveis da Administração Pública, enunciando então quatro casos em que ela é não apenas *dispensável* (assim sujeita ao processo do artigo 26), mas a *priori dispensada* (o que afasta as exigências do artigo 26). Tais casos, já registrados aliás, no Decreto-lei 2.300, são, na sua estrita categorização, *norma geral*, eis que configuradores de exceções ao princípio constitucional da licitação. Examinemo-los em seqüência. A justificativa da existência de tais hipóteses de dispensa (e não de mera dispensabilidade) é inquestionável: em todas elas, beneficiário há de ser sempre uma pessoa certa, o que tira qualquer sentido à exigência de competição.

A *dação em pagamento* é modalidade de alienação disciplinada basicamente no artigo 995 do Código Civil, aqui aplicável. Invoquem-se, também, a propósito, os artigos 1065 e seguintes, atinentes à cessão de crédito, que muita vez, na prática, constitui dação em pagamento, então como tal aqui também incidente.

É claro que aqui será imprescindível a licitação, quando a Administração já dispuser de elementos de convicção indicativos de que vários, de seus credores, estão desejosos de obterem a satisfação de seus direitos, mediante dação em pagamento. Mas ainda quando essa pluralidade de manifestações não tenha sido *a priori* explicitada, uma vez sabendo a Administração de tal propósito, da parte de um credor, deverá promover a necessária publicidade, a fim de que outros possam eventualmente manifestar interesse convergente. E, sendo positivo o resultado da consulta, inevitável será a licitação.

A *doação* é ato alienativo com a tônica da liberalidade, ainda quando modal. A ela se aplicam aqui, com os temperamentos que a presença da Administração Pública impõe, o que se encontra lançado nos artigos 1.165 a 1.186 do Código Civil.

Impõe-se, todavia, uma advertência: a restrição da letra "b", inciso I, artigo 17, quanto a só se admitir a doação para outro órgão da Administração Pública, *não constitui norma geral*, a ela não estando sujeitos Estados, Municípios e Distrito Federal. E isso porque tal comando é um preceito restritivo da autonomia de tais pessoas, fora do campo em que a Constituição lhes traçou limitações; ademais disso, a destinação do bem doado é problema de gestão patrimonial e de técnica administrativa, terrenos nos quais soberana a autodeterminação das aludidas pessoas. Re-

marque-se, a propósito de tudo isso, que, julgando o pedido de medida cautelar, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 927-3, o Supremo Tribunal Federal suspendeu, até a decisão final da ação, a eficácia da restrição em tela, em relação aos Estados, Municípios e Distrito Federal.

A *permuta*, em linhas muito genéricas disposta no artigo 1.164 do Código Civil, merece extremos cuidados em sua tratativa. E isso sobretudo porque, sendo extremamente rara a existência de bens permutáveis do mesmo exato valor, quase sempre haverá reposição ou torna para uma das partes. Ora, dependendo do vulto dessa torna, sobretudo quando devida pela Administração, poderá estar embutida na permuta uma negociação verdadeiramente afrontosa ao princípio da isonomia, quando não mesmo ruinosa ao erário e à moralidade pública.

A par disso, aplicam-se à permuta as mesmas considerações que expendemos quanto à dação em pagamento, a que ora fazemos remissão.

Cabe agregar que a limitação da permuta, ao disposto no inciso X do artigo 24, constitui, em relação a Estados, Municípios e Distrito Federal, flagrante inconstitucionalidade, por dois básicos motivos: a uma, porque comando de tal natureza significa agregar restrições à autonomia dessas pessoas, fora do campo traçado na Constituição, única sede possível para tais cerceamentos; a duas, porque a destinação do bem doado é problema de gestão patrimonial e de técnica administrativa, terrenos nos quais incontrastável a autodeterminação de tais pessoas. Aliás, também essa alínea, ora sob exame, foi objeto da determinação de suspensão de eficácia, cautelarmente ditada na ADIN 927-3 (acórdão publicado no D.J.U. de 11.11.94. ADIN ainda não apreciada no mérito).

No que diz respeito à investidura, é importante focalizar a atenção no dado de que a Lei, no parágrafo 3º do artigo sob comento, se dispôs a defini-la. E, ao fazê-lo, afirma que se trata de fixação de conteúdo, "para os fins desta lei". Daí surge controvérsia, quanto a saber se de caráter *geral,* ou não, a norma em questão.

Para nós, tem-se aqui *norma geral.* Não porque de natureza definitória, como alguns sustentam (somos da opinião de que, em princípio, os léxicos legais não são normas nacionais). Mas sim porque a investidura é uma modalidade de *acessão* e, como tal, norma de direito civil, campo privativo da competência federal. Claro que, naquilo que ultrapasse essa esfera de normatividade — ou seja, quando, ao fim do inciso, se estabelece um limite de valor do bem a ser objeto da investidura, para torná-la admissível, ingressando então no campo do direito administrativo — não será obrigatória, que não para a União.

Relevante ainda pôr em evidência que, em vista de certas características de algumas terras públicas, o texto constitucional, além da lei autorizativa, exige uma expressa e especificamente particular aprovação prévia do Congresso Nacional: é o que se dá com a alienação ou a concessão de terras públicas com área superior a 2.500 (dois mil e quinhentos) hectares, salvo se para fins de reforma agrária (C.F. arts. 49, XVII e 188).

Quanto à alienação de *bens móveis*, retorma a Lei alguns dos parâmetros anteriores e a configuração das situações em que ela está a *priori dispensadai.* Reportemo-nos, referentemente a tudo isso, ao que já expusemos, como considerações

vestibulares atinentes ao inciso I, do artigo 17. Mas há alguns pontos que demandam específica atenção.

A disciplina da *doação* de bens móveis se apresenta bem mais cuidadosa, do que ocorria ao tempo do Decreto-lei nº 2.300. Neste último, a única expressa condicionante era a finalidade do *interesse social*, no ato de doação. Agora, a par de se repetir essa baliza, requer-se também uma ponderada avaliação da oportunidade e da *conveniência sócio-econômica*, quanto a ser a doação a mais excelsa via, no caso concreto, de alienação do bem público. Frise-se que a exigência é a de *interesse social na finalidade*, o que, à toda evidência, não exclui a possibilidade de se fazer a doação a particular, de quem a tais misteres qualificado e dedicado. Assim, *verbi gratia*, nada vemos de impeditivo a que um Município adquira equipamentos, para doá-los a empresas privadas que se instalem em seu território, aí gerando empregos e arrecadação (bem assim, a que os alugue, para ceder seu uso com tais finalidades).

Nessa hipótese, tem inteiro cabimento a doação de equipamentos, mas sempre *modal*, com a estipulação da reversão do bem ao Município, se os pressupostos da doação deixarem de sobreviver; ou, ainda, se não mais existir juridicamente o donatário. Será todavia imprescindível que o processo de doação evidencie, *de maneira a não deixar qualquer sombra de dúvida,* os benefícios sociais e/ou econômicos que a doação poderá acarretar, em razão do incremento de empregos, fomento à economia e acréscimo da arrecadação tributária, que o beneficiário propiciará, *por força direta* do benefício recebido do Poder Público.

Quanto à *permuta* de bens móveis, a restrição contida na Lei, relativamente aos destinatários do bem público a ser trocado, e que não existia no Decreto-lei nº 2.300, teve sua eficácia suspensa, referentemente a Estados, Municípios e Distrito Federal, segundo decisão cautelar tomada na já referida ADIN 927-3.

As *vendas de ações e de títulos*, hipóteses também contempladas, com redação idêntica, no Decreto-lei 2.300, não requerem considerações nesta oportunidade, eis que serão regidas pelas leis próprias e específicas, alusivas a tais bens, temas assim estranhos a estes comentários.

A Lei 8.666 acrescenta dois casos em que dispensada a licitação para a alienação de bens móveis, não cogitados à época do Decreto-lei nº 2.300. A presidir tais hipóteses, além de vários outros princípios que poderiam ser invocados, avulta de importância o da racionalidade administrativa. De fato, como justificar, por exemplo, que entidades administrativas de direito privado, vocacionadas às atividades mercantis, estivessem submissas a licitações (e isso fazendo abstração do artigo 173, § 1º, da Constituição Federal)? Ou que componentes patrimoniais ociosos, de um ente administrativo, devessem ser submetidos às complexidades dos procedimentos licitatórios, em vez de se traduzirem em pecúnia ensejadora de consecução de outras finalidades administrativas? Repise-se tão apenas, e "*ad cautelam*", que, em ambas as hipóteses das letras "e" e "f" do inciso II do artigo 17 (*caput*), a avaliação prévia *não* está dispensada. Até porque, a teor do artigo 4º da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), a avaliação é condição de eficácia nas alienações de bens da Administração Pública.

Nos parágrafos do artigo 17, o legislador não só volta a tratar de algumas das modalidades alienativas, sobre que antes dispusera, como também adita certas mo-

dalidades de alienação, tudo a, mais uma vez, pôr em evidência a falta de boa técnica legislativa, a perpassar todo o diploma.

Assim, por exemplo, retoma-se a temática da *doação*, a ela se dedicando mais dois parágrafos, que sequer um após o outro aparecem...

No parágrafo 1º, cuida-se da doação de bem imóvel, estipulando-se:

a) sua reversão ao doador, se cessadas as razões determinantes do ato de liberalidade;

b) a vedação de sua alienação, pelo beneficiário do ato.

Com remissão às considerações que antes traçamos, inclusive referindo a medida cautelar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIN 927-3, à toda evidência este parágrafo *não* é uma norma geral, restringindo-se seu campo de administração à gestão do patrimônio público federal. Registre-se que inexistia comando análogo no Decreto-lei 2.300.

No parágrafo 4º, determina-se que, sendo modal a doação, a licitação deverá ser realizada. Inequívoco, assim, o caráter *geral* da norma em comento (aliás já existente, com o mesmo teor, no Decreto-lei nº 2.300), até porque prestigiadora dos coercitivos princípios constitucionais da licitação e da isonomia.

O parágrafo 2º cogita de uma espécie de alienação sobre que antes silente o artigo: a concessão do direito real de uso do imóvel, entre nós instituída pelo Decreto-lei nº 271, de 1967, e aí disciplinada em seu conteúdo. Convém fixar que o Decreto-lei nº 2.300 já aludia à figura, com redação próxima à atual, porém mais elástica no que toca às hipóteses ensejadoras de sua adoção.

Com profunda vênia dos eminentes autores que pensem em contrário, a Lei nº 8.666 não restringe a concessão em tela tão apenas para favorecimento de órgão ou entidade da Administração Pública: o que diz a Lei, isso sim, é que, quando tais forem os beneficiários, dispensada a *priori* estará a licitação. E tão-só. Até porque, historicamente, a razão de ser da concessão do direito real de uso repousa, exatamente, em tornar acessível ao particular o uso do terreno público, sem os anacronismos da enfiteuse, as incompatibilidades (em face da Administração Pública) da locação, as precariedades das permissões e cessões, as inflexibilidades das concessões de uso.

Visto nessa perspectiva, inegavelmente o parágrafo 2º configura *norma geral*, inclusive porque consubstanciador de uma regra de direito civil, campo da atividade normativa federal, com eficácia nacional (C.F. art. 22, I).

O parágrafo 3º, na forma parcialmente coincidente com o parágrafo 3º do artigo 15 do Decreto-lei nº 2.300, já foi objeto de nossas considerações, quando cuidamos da investidura de bens imóveis. Ao ponto ora fazemos remissão.

Além das que referimos, ao longo de nossa apreciação sobre o artigo 17, há outras modalidades de alienação, não mencionadas no preceito em questão. Nem por isso deixam de existir. E, em cada caso, à luz dos princípios incidentes na matéria, teremos de avaliar se estão sujeitas, ou não, ao caminho prévio da licitação.

Destaque-se, por sua relevância para o interesse público, a *legitimação de posse*, inicialmente estatuída no Estatuto da Terra (Lei 4.504/64) mas que, pela própria natureza dos bens que envolve (e dos interesses públicos que objetiva concretizar), há de ser tratada nas leis estaduais, municipais e distrital pertinentes, todas voltadas

para a realização dos superiores interesses, constitucionalmente confiados ao Poder Público em Geral e nacionalmente, nos artigos 170 (III), 186, 187 (especialmente inciso VIII), 188, 189 e 190. À toda claridade, a legitimação de posse somente pode contemplar quem em estado de posseiro específico se encontra, o que implica dizer, inviável a competição no particular: hipótese legal, pois, de inexigibilidade de licitação.

Diz ainda respeito à alienação de bens o artigo 18 da Lei 8.666, segundo o qual:

Art. 18 — Na concorrência para a venda de bens imóveis, a fase de habilitação limitar-se-á à comprovação "do recolhimento de quantia correspondente a 5% (cinco por cento) da avaliação.

Parágrafo único. Para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea "b" desta Lei, a Administração poderá permitir o leilão.

Ressalvadas respeitáveis opiniões em contrário, somos do entendimento de que o artigo em tela constitui matéria puramente de procedimento administrativo, havendo o montante do recolhimento prévio que se subsumir às peculiaridades econômicas de cada Município ou Estado. Ou seja, não estamos em face de *norma geral.*

Por último, importa abordar o artigo 19:

Art. 19 — Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras:

I — avaliação dos bens alienáveis;

II — comprovação da necessidade ou utilidade da alienação;

III — adoção do procedimento licitatório.

Direito anterior: Decreto-lei nº 2.300, art. 17, com redação igual.

Igualmente *norma geral,* por isso que afirmativa e prestigiadora do princípio da licitação. E, a todo rigor, absolutamente desnecessária: ainda quando não existisse, os bens adquiridos pela Administração Pública, em razão das origens indicadas no dispositivo, teriam de observar os parâmetros aqui expostos bem como, aliás, toda a regência do artigo 17.