

PARECER/CONSULTA TC-004/2015 - PLENÁRIO

DOEL-TCEES 29.6.2015 – Edição nº 439, p.11.

PROCESSO - TC-985/2014
JURISDICIONADO - CÂMARA MUNICIPAL DE CASTELO
ASSUNTO - CONSULTA
CONSULENTE - PEDRO VALANI DA CRUZ

EMENTA

A) POSSIBILIDADE DE DOAÇÃO DE IMÓVEIS PÚBLICOS MUNICIPAIS PARA PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO ATRAVÉS DE PROGRAMAS E POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO – B) DEVE HAVER EXPRESSA PREVISÃO EM LEI MUNICIPAL – REQUISITOS: INTERESSE PÚBLICO JUSTIFICADO, AVALIAÇÃO PRÉVIA, AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA, DESAFETAÇÃO E LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS, PREVISTOS NO CAPUT DO ARTIGO 37, E EVENTUAIS PROIBIÇÕES DECORRENTES DE ANO ELEITORAL – RESSALTA-SE SER MAIS ADEQUADO AO INTERESSE PÚBLICO OS INSTITUTOS DA CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO E DOAÇÃO COM ENCARGOS – C) POSSIBILIDADE DE SE RETIRAR CLÁUSULA DE RETROCESSÃO DAS DOAÇÕES EFETIVADAS PELO MUNICÍPIO – ADMITE-SE QUE OS MUNICÍPIOS LEGISLEM, AUTONOMAMENTE, SOBRE A MATÉRIA – D) IMPOSSIBILIDADE DE RETIRADA DA CLÁUSULA DE REVERSÃO, POR LEI MUNICIPAL, NAS DOAÇÕES COM ENGARGOS – OS MUNICÍPIOS NÃO PODEM LEGISLAR DE FORMA DIVERSA DO QUE A UNIÃO LEGISLOU.

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-985/2014, em que o Presidente da Câmara Municipal de Castelo, Sr. Pedro Valani da Cruz, formula

consulta a este Tribunal, no sentido de obter esclarecimentos acerca das seguintes dos seguintes questionamentos:

- a) É possível o Município realizar a doação de imóveis para pessoas jurídicas de direito privado através de programas e políticas de desenvolvimento?
- b) Em caso positivo, como deverá o Município proceder?
- c) Efetivada a doação poderá o Município retirar, mediante lei, a cláusula da retrocessão?
- d) Na doação com encargos, estipulado o prazo de seu cumprimento e a cláusula de reversão, satisfeito os encargos, poderá o Município autorizar, mediante lei, a retirada da cláusula de reversão e demais obrigações garantidas por hipoteca de 1º ou 2º grau?

Considerando que é da competência deste Tribunal decidir sobre consulta que lhe seja formulada na forma estabelecida pelo Regimento Interno, conforme artigo 1º, inciso XXIV, da Lei Complementar Estadual nº 621/12.

RESOLVEM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia doze de maio de dois mil e quinze, à unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, preliminarmente, conhecer da consulta, e no mérito, responder os questionamentos elaborados pelo Consulente nos termos da Instrução Técnica OTC-16/2014, da 8ª Secretaria de Controle Externo, firmada pela Auditora de Controle Externo, Sra. Renata Pinto Coelho Vello, abaixo transcritos:

Orientação Técnica em Consulta OTC-16/2014:

I - RELATÓRIO

Tratam os autos de Consulta formulada pelo **Sr. Pedro Valani da Cruz**, Presidente da Câmara Municipal de Castelo, solicitando resposta para as seguintes indagações:

[...]Utilizando-se da faculdade prevista nos artigos 233 e seguintes do Regimento Interno deste E. Tribunal, e com o objetivo de sanar estas dúvidas formulamos a presente consulta, objetivando esclarecer os seguintes pontos: a) é possível o Município realizar a doação de imóveis para pessoas jurídicas de direito privado através de programas e políticas de desenvolvimento? b) em caso positivo, como deverá o Município proceder? c) efetivada a doação poderá o Município retirar, mediante lei, a cláusula da retrocessão? d) na doação com encargos, estipulado o prazo de seu cumprimento e a cláusula de reversão, satisfeito os encargos, poderá o Município autorizar, mediante lei, a retirada da cláusula de reversão e demais obrigações garantidas por hipoteca de 1º ou 2º grau?

A presente Consulta foi protocolizada nesta Corte de Contas, juntamente com o parecer técnico da Procuradoria Geral da Câmara (fls. 5/11). Em seguida, os autos vieram encaminhados a esta 8ª Secretaria de Controle Externo, para análise.

É o breve relatório.

II – REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Antes de adentrar no mérito da presente consulta, faz-se necessário apreciar se estão presentes os seus requisitos de admissibilidade.

Verifica-se, primeiramente, que o artigo 122, Parágrafo 1º, da Lei Complementar nº 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – LOTCEES), assim dispõe:

Art. 122.

§ 1º. A consulta deverá conter as seguintes formalidades:

- I. Ser subscrita por autoridade legitimada;
- II. Referir-se à matéria de competência do Tribunal de Contas;
- III. Conter indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada;
- IV. Não se referir apenas a caso concreto;
- V. Estar instruída com parecer do órgão de assistência técnica e/ou jurídica da autoridade consulente.

No tocante ao requisito constante do artigo 122, Parágrafo 1º, inciso I, observa-se que a definição de autoridade competente encontra as suas balizas nos incisos I a VII, do *caput* do referido dispositivo que assim dispõem:

Art. 122. O Plenário decidirá sobre consultas quanto às dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

- I. Governador do Estado e Prefeitos Municipais;
- II. Presidente da Assembleia Legislativa e de Câmaras Municipais;**
- III. Presidente do Tribunal de Justiça e Procurador Geral de Justiça;
- IV. Procurador Geral do Estado e Defensor Público Geral do Estado;
- V. Secretário de Estado;
- VI. Presidente das Comissões Permanentes da Assembleia Legislativa e das Câmaras Municipais;
- VII. Diretor presidente de autarquia, fundação pública, empresa estatal e de sociedade de economia mista, cujo controle societário pertença ao Estado ou aos Municípios. Grifo nosso.

Sendo o Consulente o Presidente da Câmara Municipal de Castelo e estando devidamente qualificado nos autos, em que consta o seu nome legível e a sua assinatura, encontra-se atendido o primeiro requisito.

Quanto à matéria suscitada, entende-se que há pertinência com a atuação desta Corte de Contas (artigo 122, Parágrafo 1º, inciso II), uma vez que, o que se questiona é a possibilidade de doação de imóveis públicos a pessoas jurídicas de direito privado, através de programas e políticas de desenvolvimento.

Verifica-se também que os autos encontram-se instruídos com parecer do órgão de assistência técnica e/ou jurídica da autoridade consulente, em observância ao disposto no artigo 122, Parágrafo 1º, inciso V, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

Além dos requisitos já referenciados, o tema ora em debate possui relevância jurídica, econômica e social, uma vez que se trata da regular disponibilidade de imóveis públicos, restando atendido o disposto no artigo 122, Parágrafo 2º, da Lei Orgânica desta Corte, que assim dispõe:

Artigo 122.

§ 2º. Além dos requisitos objetivos, o conhecimento da consulta dependerá da relevância jurídica, econômica, social ou da repercussão da matéria no âmbito da Administração Pública, com conteúdo que possa ter reflexos sobre a Administração direta e indireta do Estado ou dos Municípios.

Ressalta-se, ainda, que há indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada e também do dispositivo legal sobre o qual se sustenta (art. 17, da Lei nº 8.666/93), concluindo-se que a consulta não se refere exclusivamente a caso concreto, nos

termos do artigo 122, Parágrafo 1º, inciso IV, da Lei Orgânica, razão pela qual, opina-se pelo CONHECIMENTO da presente consulta.

III- MÉRITO:

A dúvida da presente consulta refere-se à possibilidade de um Município realizar doações de imóveis públicos a pessoas jurídicas de direito privado, através de programas e políticas de desenvolvimento e, em caso positivo, como tais doações poderiam ser efetivadas. Além disso, questiona-se sobre a admissibilidade da retirada, mediante lei, da cláusula de retrocessão e também da cláusula de reversão, esta última, após serem satisfeitos os encargos, nas doações que os exigem.

A matéria diz respeito ao instituto da alienação, da qual a doação é uma de suas espécies, tendo sido tratada no artigo 17, inciso I e Parágrafos 1º e 4º, da Lei nº 8.666/93, que assim dispõem, *in verbis*:

Artigo 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida 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) doação 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 artigo 24 desta Lei;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera do governo;
- f) alienação, concessão de direito real de uso locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, por órgãos ou entidades da Administração Pública especificamente criados para esse fim;

§ 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.

§ 4º. A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente, os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de

reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado.

O dispositivo é dúbio e eivado de defeito de técnica legislativa, uma vez que cuida de dois temas diversos e inconfundíveis. Disciplina, conjuntamente, os requisitos da alienação de bens e direitos da Administração Pública e as hipóteses de licitação dispensada. Neste sentido, em algumas passagens estabelece limitações e exigências para a alienação de bens públicos e, em outros tópicos, prevê os pressupostos para a realização de uma contratação direta. Em outras palavras, é necessário cautela para distinguir as hipóteses em que a exigência legal se dirige à validade da alienação, daquelas em que a alienação é possível, dependendo, contudo, de prévia licitação.¹

Deste modo, da leitura do artigo 17, inciso II, alínea b, da Lei nº 8.666/93 surge a seguinte dúvida: de um lado interpreta-se que o dispositivo estaria proibindo as doações de imóveis públicos a particulares, permitindo-as apenas para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, de qualquer esfera de governo. De outro, a interpretação de que tais doações seriam admissíveis, desde que realizadas mediante licitação, na modalidade de concorrência.

A dúvida a respeito da melhor interpretação a ser dada ao dispositivo foi discutida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3, proposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul e apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de liminar, cuja ementa assim dispôs:

CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. A Lei nº 8.666, de 21.06.93. I. Interpretação conforme dada ao art. 17, I, "b" (doação de bem imóvel) e art. 17, II, "b" (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, "c" e § 1º do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. II. Cautelar deferida, em parte.

Conforme se verifica, a medida cautelar foi deferida em parte, para suspender, até a decisão final da ação, quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a eficácia da expressão "permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários á Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2004, p. 171/172.

Administração Pública, de qualquer esfera de governo”, contida na alínea “b” do inciso I, do art. 17, da Lei Federal nº 8.666/93 e de seu Parágrafo Primeiro.

Isso porque, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em relação ao dispositivo referenciado, não seria cabível falar em normas gerais, que são as únicas que o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal obriga que sejam da competência privativa da União, *in litteris*:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII. normas gerais de licitações e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Sobre o conceito de normas gerais, o voto do Ministro Relator Carlos Velloso, assim afirmou:

[...] Penso que ‘norma geral’, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências. Com propriedade registra a professora Alice Gonzalez Borges que as ‘normas gerais’, leis nacionais, ‘são necessariamente de caráter mais genérico e abstrato do que as normas locais. Constituem normas de leis, direito sobre direito, determinam parâmetros, com maior nível de generalidade e abstração, estabelecidos para que sejam desenvolvidos pela ação normativa subsequente das ordens federadas’, pelo que ‘não são normas gerais as que se ocupem de detalhamentos, pormenores, minúcias, de modo que nada deixam à criação própria do legislador a quem se destinam, exaurindo o assunto de que tratam’. Depois de considerações outras, no sentido da caracterização de ‘norma geral’, conclui: ‘são normas gerais as que se contenham no mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeito a seus comandos genéricos básicos’ (Alice Gonzalez Borges, ‘Normas gerais nas licitações e contratos administrativos, RDP 96/81).

Observa-se, que o artigo 17, I, b, da Lei nº 8.666/93, ao restringir as doações apenas a outros órgãos ou entidades da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, não o faz por meio de normas gerais, o que representa vedação, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, do direito disporem de maneira diversa sobre

seus próprios bens. Neste sentido, tal previsão restritiva só tem validade para a própria União.

No que se refere, no entanto, aos requisitos exigidos para a realização de doações de bens públicos, em especial, a exigência de licitação na modalidade de concorrência, sem dúvida alguma, que se tratam de normas gerais, conforme entendimento do Ministro Relator, na Ação Direta de Inconstitucionalidade referenciada, que assim manifestou-se em seu voto:

O caput do art. 17 veicula, sem dúvida, norma geral, ao subordinar a alienação de bens públicos ao interesse público devidamente justificado e ao exigir a avaliação. O inciso I do mesmo artigo contém, também, norma geral, ao estabelecer que a alienação de imóveis públicos dependerá de autorização legislativa, de avaliação prévia e de licitação na modalidade concorrência, dispensada esta nos casos que enumera nas alíneas a até d. Não vincularia norma geral, na alínea b, que cuida da doação de imóvel, se estabelecesse que a doação somente seria permitida para outro órgão ou entidade da Administração Pública. No ponto, a lei trataria mal a autonomia estadual e a autonomia municipal, se interpretada no sentido de proibir a doação a não ser para outro órgão ou entidade da Administração Pública. Uma tal interpretação, constituiria vedação aos Estados e Municípios de disporem de seus bens, a impedir, por exemplo, a realização de programas de interesse público, tal como ocorre, no caso, conforme noticiado na inicial[...]Empresto, pois, interpretação conforme à Constituição ao citado dispositivo – art. 17, I, b: a expressão – ‘permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo’ – somente tem aplicação no âmbito do governo central, vale dizer, no âmbito da União Federal.

Marçal Justen Filho² interpretou da mesma forma o artigo 17, inciso I, alínea b, da Lei nº 8.666/93:

A redação da alínea “b” produz perplexidade, eis que induz a impossibilidade de doação de bens públicos para particulares. Interpretação dessa ordem torna o dispositivo inconstitucional e não aplicável às demais órbitas federativas. Aliás, este último entendimento foi adotado pelo STF, ao examinar a liminar em ação direta de inconstitucionalidade, tema ao qual se retornará. Ora, vedar a doação de bens públicos a particulares ultrapassa largamente a competência legiferante ordinária. Trata-se de disposição sobre a estrutura das competências do ente federativo. Seria um despropósito editar leis assim dispondo, tal como ultrapassaria os limites do cabível uma lei federal pretender disciplinar a utilização de bens e direitos de outros entes integrantes da Federação. A única interpretação razoável para o dispositivo é considerar que a ressalva da segunda parte se relaciona com as hipóteses de dispensa de licitação. Ou seja, será dispensável a licitação para doação de bens

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários á Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2004, p. 178.

públicos quando o destinatário for órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo. Se a licitação tiver por destinatário um particular, será obrigatória a licitação.

Conforme se pode verificar, contudo, as doações de bens públicos a pessoas privadas dependem do atendimento de alguns requisitos previstos também no artigo 17, da Lei 8.666/93, que devem ser cumpridos por todos os entes políticos, uma vez que são normas gerais. São eles: interesse público justificado; avaliação prévia; autorização legislativa; desafetação e licitação na modalidade concorrência.

Assim, posicionou-se o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em consulta sobre a matéria: ³

Como relatado, o consulente apresenta dúvida calcada na constitucionalidade da doação de lotes, localizados em área de propriedade do Município, para pessoas carentes que nela já residam e, ainda indaga, alternativamente, acerca da aplicabilidade do instituto da cessão real de uso à hipótese. Partindo da autonomia organizatória, administrativa, política e financeira dos Municípios, nos termos do art. 1º, 18 e 30, I, da Constituição Cidadã, o entendimento desse egrégio Plenário, como se depreende do que foi decidido no julgamento da Consulta n. 700.280, relatada pelo eminente Conselheiro Moura e Castro, é no sentido de que os bens públicos, quaisquer que sejam, podem ser alienados, por meio de doação a particulares, desde que satisfeitas determinadas condições, tais como desafetação, se for o caso, autorização legislativa e, sobretudo, o reconhecimento de interesse público, pois, na Administração, não se faz o que se quer, mas apenas o autorizado em lei. De fato, a autonomia constitucional dos Municípios, mas a dicção dos arts. 99, 100 e 101 do Código Civil de 2002 são o fundamento deste entendimento, sendo certo que a regra de inalienabilidade de bens públicos imóveis por doação a particulares, constante do art. 17, I, b, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, mostra-se inconstitucional com relação aos Estados e Municípios, inclusive com medida cautelar nesse sentido já proferida pelo excelso Supremo Tribunal Federal, ADI n. 927, sendo aplicável, somente à União. Mais especificamente, na Consulta n. 498.790, relatada pelo saudoso Conselheiro Simão Pedro, esse Plenário afirmou que, os requisitos a serem observados pelo Poder Executivo Municipal, visando à efetivação de doação de bem imóvel, são os seguintes: 1-Existência de interesse público justificado (art. 17, caput, do aludido diploma legal); 2- Autorização legislativa e 3- Avaliação prévia (art. 17, inciso I).

No entanto, sobre a observância do interesse público como requisito essencial para permitir as doações de bens públicos a particulares, a consulta acima referenciada faz

importante alerta, em especial, sobre a possibilidade de equívocos, quando estas forem dissociadas de políticas públicas consistentes, que estejam vinculadas às atribuições constitucionais do Município, conforme se transcreve a seguir:

Entretanto, a hipótese questionada nesta consulta (doação de bens imóveis públicos a pessoas comprovadamente carentes), na forma como foi apresentada, parece não se amoldar a essa questão. A mera doação de imóvel municipal ocupado por particulares, mesmo que carentes, há vários anos, no meu entendimento, não possui carga de interesse público suficiente a se configurar justificativa para atos de alienação gratuita de domínio imobiliário. Essa simples disposição do patrimônio público pelos critérios genéricos de carência econômica e de tempo de ocupação, mesmo que autorizada por lei local, sem mais requisitos, e dissociada de uma política pública consistente, que esteja vinculada às atribuições constitucionais do Município, a toda evidência, viola o dever de conservação do patrimônio público, art. 23, I, da Constituição, além dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, além do da moralidade, merecendo ser reputada inconstitucional. Deve-se-ter em mente, ainda, no trato da matéria, promover cuidado com a boa gestão do patrimônio público imobiliário, coibir a má-fé na invasão de terrenos públicos por quem nem sempre detém boa-fé e nem baixa condição socioeconômica e, por fim, inviabilizar a proliferação do fisiologismo e do clientelismo.

Por fim, deve ser lembrada a necessidade de atendimento dos Princípios Constitucionais Administrativos, previstos no artigo 37, da Constituição Federal, ou seja, Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, sob pena de, inserir os gestores responsáveis nas sanções da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/92).

Ademais, ressalta-se ser imprescindível a observância das limitações previstas na Lei Federal nº 9.504/97 (Código Eleitoral), no que se refere à possibilidade de realização de doações em ano eleitoral.

Mesmo assim, embora não exista expressa vedação sobre a possibilidade de realização de doações de bens imóveis públicos a particulares por entes municipais, desde que atendidos os requisitos já referenciados, esta espécie de alienação não se revela a mais adequada ao interesse público.

³ Consulta nº 835.894, da Câmara Municipal de Divinópolis ao Tribunal de Contas de Minas Gerais, publicada na Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais de outubro/novembro/dezembro -2010, V.77. nº 4, ano XXVIII.

Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho, lembrando o magistério de Hely Lopes Meirelles, assim afirmou:⁴

A Administração pode fazer doação de bens públicos, mas tal possibilidade deve ser tida como excepcional e atender a interesse público cumpridamente demonstrado. Qualquer violação a tais pressupostos espelha conduta ilegal e dilapidatória do patrimônio público. Embora não haja proibição constitucional para a doação de bens públicos, a Administração deve substituí-la pela concessão de direito real de uso, instituto pelo qual não há perda patrimonial no domínio estatal. Pode ocorrer que a legislação de determinada pessoa de direito público proíba a doação de bens públicos em qualquer hipótese. Se tal ocorrer, deve o administrador observar a vedação instituída para os bens daquela pessoa específica.

No mesmo sentido, a consulta do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, já referenciada, que assim dispôs:⁵

Como se vê, embora não haja expressa vedação para a doação de imóveis a particulares por entes públicos municipais, mediante os requisitos já reconhecidos por este Tribunal, essa espécie de alienação patrimonial não se revela a mais consentânea com o interesse público, devendo ser usada, excepcionalmente, quando inviáveis outras modalidades de alienação de direito real que melhor preservam o patrimônio público e a finalidade social da própria utilização do imóvel.

Deste modo, conclui-se que, a doação de imóveis públicos a pessoas privadas não é o instrumento mais adequado à preservação do interesse público, tendo em vista que, é possível atingir os mesmos objetivos, sem os riscos de dilapidação do patrimônio público, por intermédio do instituto da concessão de direito real de uso.

Também seguem esta mesma orientação, diversos julgados do Tribunal de Contas de Santa Catarina, mencionados na consulta proposta pela Câmara Municipal de Ilhota, conforme transcreve-se a seguir⁶:

Cabe distinguir os prejulgados relacionados e transcritos (250, 969, 1077, 1344, 1596 e 1852) todos eles conduzem à adoção preferencial da forma concessão de direito real de uso em lugar da hipótese de doação prevista na Lei de licitações.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.1012.

⁵ Consulta nº 835.894, da Câmara Municipal de Divinópolis ao Tribunal de Contas de Minas Gerais, publicada na Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais de outubro/novembro/dezembro -2010, V.77. nº 4, ano XXVIII.

⁶ Consulta 09/00674601, do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, encontrado no site: http://consulta.tce.sc.gov.br/RelatoriosDecisao/900674601_3334420.htm.

Sobre a concessão de direito real de uso manifesta-se José dos Santos Carvalho Filho⁷:

A concessão de direito real de uso salvaguarda o patrimônio da Administração e evita a alienação de bens públicos, autorizada às vezes sem qualquer vantagem para ela. Além do mais, o concessionário não fica livre para dar ao uso a destinação que lhe convier, mas, ao contrário, será obrigado a destiná-lo ao fim estabelecido em lei, o que mantém resguardado o interesse público que originou a concessão real de uso.

Além da concessão de direito real de uso, outra possibilidade é a doação com encargos, que pode ser utilizada, sempre que o interesse público puder indicar ser a modalidade de transferência da propriedade mais vantajosa, conforme mencionou o Tribunal de Contas do Paraná em seu portal de notícias⁸:

Ao doar um imóvel público a particulares com o objetivo de incentivar a produção e a geração de empregos, o gestor público deverá analisar cada caso com cautela e aplicar os institutos jurídicos da transferência de propriedade adequados a cada um deles. Esta foi a resposta do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE-PR) à consulta formulada pela Secretaria de Estado da Indústria, do Comércio e Assuntos do Mercosul, ao esclarecer dúvida acerca da interpretação de consulta já respondida no ano de 2007 e versando sobre estas formas de transferência de propriedade de bens imóveis. Segundo a Secretaria, a concessão de direito real de uso tem desvantagens em relação à doação com encargos, visto que esta última, ao contrário da primeira, permite a obtenção de empréstimos bancários com a utilização do próprio imóvel concedido como garantia do financiamento [...] Segundo o relator da consulta, conselheiro Nestor Baptista, é evidente que se deve preferir a adoção do direito real de uso do bem doado a particular, pois garante maior proteção ao patrimônio público. Porém, deve ser utilizada a doação com encargos sempre que esta se mostrar mais vantajosa ao Poder Público. No caso de doação com encargos, o edital da licitação deverá prever os encargos, o prazo de cumprimento, cláusula de reversão, sobre pena de nulidade do ato.

As doações com encargos têm previsão nos Parágrafos 4º e 5º, do Artigo 17, da Lei nº 8.666/93, que não foram suspensos pelo Supremo Tribunal Federal, em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, e, portanto, devem ser regularmente cumpridos. Os referidos dispositivos assim dispõem:

Artigo 17.

§ 4º. A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente, os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁸ www.tce.pr.gov.br/noticias/doacao-de-imovel-publico-a-particular, em 02 de abril de 2014.

reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado.

§ 5º. Na hipótese do parágrafo anterior, caso o donatário necessite oferecer o imóvel em garantia de financiamento, a cláusula de reversão e demais obrigações serão garantidas por hipoteca de 2º grau em favor do doador.

Deste modo, acerca do questionamento do Consulente, sobre, se nas doações com encargos, uma vez satisfeitos estes, poderiam os Municípios autorizar, mediante lei, a retirada da cláusula de reversão e demais obrigações garantidas por hipoteca de 1º ou 2º grau, cabe fazer a seguinte consideração: em razão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3 não ter suspenso os Parágrafos 4º e 5º, da Lei nº 8.666/93, os Estados, o Distrito Federal e Municípios não podem legislar de forma diversa do que a União legislou e, deste modo, as cláusulas de reversão existentes nas doações com encargos não são uma faculdade e sim uma imposição, que não podem ser excluídas, nem mesmo por lei municipal.

Por fim, quanto ao questionamento do consulente, sobre a possibilidade de se retirar por lei, a cláusula de retrocessão, o Parágrafo 1º, do Artigo 17, da Lei nº 8.666/93, impõe que, cessadas as razões que justificaram a doação, o bem imóvel doado reverterá ao patrimônio do doador, vedada a sua alienação pelo beneficiário, *in verbis*:

Artigo 17.

Parágrafo 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.

Sobre o referido dispositivo, salienta-se que, diversamente dos Parágrafos 4º e 5º da Lei de Licitações, ele teve a sua vigência suspensa, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº 927-3), em relação aos demais entes federativos, e, sendo assim, cabe aos Municípios disporem livremente sobre a matéria.

III. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, sugere-se o CONHECIMENTO da presente consulta, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, previstos no Artigo 122, da Lei nº 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo).

Quanto ao mérito responde-se a consulta nos seguintes moldes:

É possível a realização de doações de bens públicos municipais para privados, desde que haja expressa previsão em Lei Municipal, nos termos da ADIn 927-3, que em sede de liminar, suspendeu a restrição do Artigo 17, inciso I, b, da Lei nº 8.666/93, em relação aos Estados, ao Distrito Federal e Municípios, que podem dispor de modo diverso sobre a disposição de seus bens, desde que sejam cumpridos os seguintes requisitos exigidos: interesse público justificado; avaliação prévia; autorização legislativa; desafetação e licitação na modalidade concorrência. Além disso, devem ser observados os Princípios Constitucionais Administrativos, previstos no caput do artigo 37, da Constituição Federal e eventuais proibições decorrentes de ano eleitoral.

Mesmo assim, ressalta-se serem mais adequados ao interesse público, os institutos da concessão de direito real de uso e doação com encargos, que devem ser cuidadosamente examinadas pelo gestor responsável, que decidirá o mais benéfico ao interesse público, sob pena de ser responsabilizado nas sanções previstas na lei de improbidade administrativa.

Quanto à possibilidade de se retirar a cláusula de retrocessão em casos de doações efetivadas pelo Município, entende-se que, em se tratando da previsão do artigo 17, Parágrafo 1º, que teve a sua eficácia suspensa, por liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIN 927-3, em relação aos demais entes federativos que não a União, admite-se que os Municípios legislem, autonomamente, sobre a matéria.

Por fim, acerca do questionamento sobre ser admissível a retirada da cláusula de reversão, por lei municipal, nas doações com encargos, conclui-se o seguinte: em razão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3 não ter suspenso os Parágrafos 4º e 5º, da Lei nº 8.666/93, que regulam a matéria, os Municípios não podem legislar de forma diversa do que a União legislou e, deste modo, não podem

as cláusulas de reversão existentes nas doações com encargos serem excluídas, nem mesmo por lei municipal.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

I RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de consulta formulada pelo Sr. **Pedro Valani da Cruz**, Presidente da Câmara Municipal de Castelo, no sentido de ser respondida a seguinte indagação:

[...]Utilizando-se da faculdade prevista nos artigos 233 e seguintes do Regimento Interno deste E. Tribunal, e com o objetivo de sanar estas dúvidas, formulamos a presente consulta, objetivando esclarecer os seguintes pontos:

- a) é possível o Município realizar a doação de imóveis para pessoas jurídicas de direito privado através de programas e políticas de desenvolvimento?
- b) em caso positivo, como deverá o Município proceder?
- c) efetivada a doação poderá o Município retirar, mediante lei, a cláusula da retrocessão?
- d) na doação com encargos, estipulado o prazo do seu cumprimento e a cláusula de reversão, satisfeito os encargos, poderá o Município autorizar, mediante lei, a retirada da cláusula de reversão e demais obrigações garantidas por hipoteca de 1º ou 2º grau?

II REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Primeiramente cabe uma análise acerca dos requisitos de admissibilidade previstos na legislação. Com efeito, encontra-se o seguinte no art.122 da Lei Complementar nº 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo-LOTCEES) :

Art.122 [...]

§ 1º A consulta deverá conter as seguintes formalidades:

- I – ser subscrita por autoridade legitimada;
- II – referir-se a matéria de competência do Tribunal de Contas;
- III – conter indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada;
- IV – não se referir apenas a caso concreto;
- V – estar instruída com parecer do órgão de assitência técnica e/ou jurídica da autoridade consulente.

Quanto à autoridade legitimada, definida no art. 122, § 1º, I, do referido diploma normativo, verifica-se :

Art. 122. O Plenário decidirá sobre consultas quanto a dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

I – Governador do Estado e Prefeitos Municipais;

II- Presidente da Assembléia Legislativa e de Câmaras Municipais;

III- Presidente do Tribunal de Justiça e Procurador Geral de Justiça

IV- Procurador Geral do Estado e Defensor Público Geral do Estado;

V- Secretário de Estado;

VI- Presidente das comissões permanentes da Assembléia Legislativa e das Câmaras Municipais;

VII-Diretor presidentes de autarquia , fundação pública, empresa estatal e de sociedade de economia mista cujo controle societário pertença ao Estado ou aos Municípios.

III FUNDAMENTAÇÃO

Conforme apontado pela área técnica:

*Sendo o consulente **Presidente da Câmara Municipal de Castelo**, encontra-se atendido o primeiro requisito, previsto no art.122, II da legislação aplicada. Verifica-se também que está devidamente qualificado nos autos, donde consta seu nome legível e assinatura, previsto no art. 122 §1º, I.*

*Quanto a matéria suscitada pelo consulente, entende-se que **há pertinência** com a atuação deste Tribunal conforme dispõe art. 122, §1º, II, pois a questão se pauta na possibilidade de doação de imóveis públicos a pessoas jurídicas de direito privado, através de programas e políticas de desenvolvimento.*

*Quanto à **relevância jurídica, econômica e social** disposta no art.122, § 2º da referida Lei percebe-se que o tema trata de regular disponibilidade de imóveis públicos.*

*Constata-se também no relatório, que há **indicação precisa da dúvida** ou controvérsia suscitada e também do **disposto legal** sobre o qual se sustenta (art. 17, da Lei nº 8.666/93), conclui-se que a consulta não se refere a caso concreto, conforme dispõe o art. 122, §1º, IV, conforme se observa na leitura do relatório.*

*Por derradeiro, confere-se que os autos encontram-se instruído com **parecer do órgão de assistência técnica e/ou jurídica** da autoridade consulente, em inobservância ao disposto no art. 122, § 1º, V, da LOTCEES. Diante do exposto, reconhecendo que estão presentes todos os requisitos de admissibilidade previstos em lei, sugere-se pelo **CONHECIMENTO** da presente consulta.*

III – VOTO

Acompanhando a área técnica e o Ministério Público de Contas, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** da presente consulta, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, previstos no Art. 122, da Lei nº 621/2012.

Quanto ao mérito, **VOTO** para que seja respondida nos seguintes termos:

É possível a realização de doações de bens públicos municipais para privados, desde que haja expressa previsão em Lei Municipal, nos termos da ADIn 927-3, que em sede de liminar, suspendeu a restrição do Artigo 17, inciso I, b, da Lei nº 8.666/93, em relação aos Estados, ao Distrito Federal e Municípios, que podem dispor de modo diverso sobre a disposição de seus bens, desde que sejam cumpridos os seguintes requisitos exigidos: interesse público justificado; avaliação prévia; autorização legislativa; desafetação e licitação na modalidade concorrência. Além disso, devem ser observados os Princípios Constitucionais Administrativos, previstos no caput do artigo 37, da Constituição Federal e eventuais proibições decorrentes de ano eleitoral.

Mesmo assim, ressalta-se serem mais adequados ao interesse público, os institutos da concessão de direito real de uso e doação com encargos, que devem ser cuidadosamente examinadas pelo gestor responsável, que decidirá o mais benéfico ao

interesse público, sob pena de ser responsabilizado nas sanções previstas na lei de improbidade administrativa.

Quanto à possibilidade de se retirar a cláusula de retrocessão em casos de doações efetivadas pelo Município, entende-se que, em se tratando da previsão do artigo 17, Parágrafo 1º, que teve a sua eficácia suspensa, por liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIN 927-3, em relação aos demais entes federativos que não a União, admite-se que os Municípios legislem, autonomamente, sobre a matéria.

Por fim, acerca do questionamento sobre ser admissível a retirada da cláusula de reversão, por lei municipal, nas doações com encargos, conclui-se o seguinte: em razão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3 não ter suspenso os Parágrafos 4º e 5º, da Lei nº 8.666/93, que regulam a matéria, os Municípios não podem legislar de forma diversa do que a União legislou e, deste modo, não podem as cláusulas de reversão existentes nas doações com encargos serem excluídas, nem mesmo por lei municipal.

Composição Plenária

Presentes à sessão plenária da deliberação os Srs. Conselheiros Domingos Augusto Taufner, Presidente, Sérgio Manoel Nader Borges, Relator, Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto e José Antônio Almeida Pimentel. Presente, ainda, o Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 12 de maio de 2015.

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER
Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

Fui Presente:

DR. HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral

Lido na sessão do dia:

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-Geral das Sessões