



PREFEITURA MUNICIPAL DE PIÊN ESTADO DO PARANÁ

PROCURADORIA JURÍDICA PARECER JURÍDICO INICIAL

Processo administrativo nº: **1049/2018**

Interessado: **Departamento de Licitação e Compras/Comissão Permanente de Licitação**

Assunto: **Aprovação jurídica da abertura de licitação na modalidade Concorrência e aprovação da minuta do edital e do contrato**

Recebe esta Procuradoria Jurídica, pedido de parecer encaminhado pela Presidente da Comissão Permanente de Licitações do Município de Piên, relativo ao processo administrativo nº **1049/2017**, que trata da abertura de licitação para **seleção de permissionários para outorga de permissão de uso para utilizar espaços físicos localizados em imóveis públicos, para instalação e exploração de serviços de lanchonete/cantina e do espaço físico da torre repetidora do sinal de TV para instalação de antenas de internet**, em atendimento às Secretarias Municipais.

Consulta-nos sobre a adequação da modalidade licitatória adotada para o processo em questão, qual seja Concorrência, e solicita aprovação jurídica das minutas do instrumento convocatório e do respectivo contrato, para cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações.

1. Do relatório:

O processo teve início com a requisição formulada pelas Secretarias interessadas, responsável pelos imóveis objeto das permissões, onde foi descrita a necessidade de abrir processo seletivo para escolha de permissionários, tendo em vista a impossibilidade de exploração direta de lanchonetes/cantinas de forma direta pela Administração Municipal.

A requisição foi protocolada pelo Departamento de Licitações e Compras, que na sequência instruiu o processo com as informações preliminares pertinentes a toda e qualquer contratação pública, independentemente de efetivarem-se na via licitatória ou através de contratação direta.

Nessa esteira, constam dos autos: a) a declaração do Departamento de Orçamento e Contabilidade de que não há comprometimento de dotação orçamentária, visto a inexistência de criação de despesa pública para licitar o objeto; b) a confirmação da inexistência de despesas financeiras com o objeto da contratação, confirmada pela Secretaria responsável; e c) a autorização do Prefeito para que seja dada continuidade ao processo.

A Presidente da Comissão de Licitações sugeriu que o processo ocorresse através de licitação na modalidade Concorrência.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PIÊN ESTADO DO PARANÁ

Em relação a licitação ser destinada à exclusiva participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, tal exclusividade encontra respaldo no disposto no inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, alterada pela Lei Complementar nº 147/14, bem como está amparada pelo que disciplina o inciso III do § 1º do art. 34 da Lei Complementar Municipal nº 1/15, ambos transcritos abaixo:

LC nº 123/06:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
(...)

Lei Complementar Municipal nº 1/15:

Art. 34. Nas contratações públicas será concedido tratamento diferenciado e simplificado para as Microempresas e Empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

§ 1º Para o cumprimento do disposto neste artigo a Administração Pública adotará as regras previstas na Lei Complementar nº 123, de 2006, constantes dos artigos 42 a 49 e nos artigos seguintes desta lei, bem como em normas regulamentares que prevejam tratamento diferenciado e simplificado para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, especialmente:

(...)

III - realização obrigatória de licitação destinada exclusivamente à participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

(...)

Foi finalizada a minuta do edital e do respectivo Termo de Permissão de Uso, na modalidade Concorrência, para atendimento do requerimento da Secretaria solicitante, as quais ora são submetidas à apreciação da Procuradoria Jurídica.

2. Da análise da escolha da modalidade:

Verificamos pelos documentos constantes dos autos que os procedimentos iniciais para abertura de procedimento licitatório foram corretamente observados.

Quanto à adoção da modalidade Concorrência para atender ao interesse da Secretaria de Esporte, Cultura e Lazer, há que se registrar algumas considerações.

A escolha de uma das modalidades jurídicas de utilização de bens públicos por particulares dependerá da decisão da Administração Pública no que toca à intensidade da



PREFEITURA MUNICIPAL DE PIÊN ESTADO DO PARANÁ

precariedade e da potencialidade de intervenção que pretenderá exercer em face dos particulares titulares dos referidos espaços e está condicionada à existência de lei local que discipline a utilização de bens por terceiros.

Assim, o art. 20 da Lei Orgânica Municipal disciplina a forma de uso dos bens municipais por terceiros. Vejamos:

Art. 20. O uso de bens municipais por terceiros poderá ser feito mediante concessão, **permissão** ou autorização, quando houver interesse público, devidamente justificado.

§ 1º - A concessão administrativa dos bens públicos de uso especial ou dominial dependerá de autorização legislativa e concorrência, dispensada esta quando o uso se destinar à concessionária de serviço público, ou quando houver interesse público devidamente justificado.

§ 2º - A concessão administrativa de bens de uso comum do povo será outorgada mediante autorização legislativa.

§ 3º - **A permissão de uso, que poderá incidir sobre qualquer bem público, será outorgada a título precário e por decreto.**

§ 4º - A autorização, que poderá incidir sobre qualquer bem público, será outorgada para atividades específicas e transitórias, pelo prazo máximo de sessenta dias.

Como se verifica no processo em análise, a opção da Administração Municipal foi pela **permissão de uso com fixação de prazo para a fruição dos bens pelos terceiros**, o que se considera razoável tendo em vista os investimentos que terão que ser efetuados pelos permissionários ou mesmo, os encargos por eles assumidos.

No que pertine à forma de seleção dos particulares, a Lei nº 8.666/93, em seu art. 2º, estabelece que todo e qualquer ajuste a ser firmado entre a Administração Pública e os particulares em que haja um acordo de vontades para a formação de um vínculo, deve ser antecedido de regular procedimento licitatório:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, **permissões** e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Há alguma dissidência na doutrina sobre o alcance da Lei de Licitações para as concessões e permissões de "bens", uma vez que o dispositivo mencionado acima não especifica se sua aplicabilidade se refere somente aos "serviços" estatais. Nesse esteio, não se pode perder de vista o dever de não discriminação e os demais valores constitucionais relacionados à igualdade e à impessoalidade, previstos no art. 5º e no art. 37 da Constituição Federal, que determinam a igualdade de condições na fruição de bens públicos.

Nesse sentido é o entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto (Bens Públicos. P. 345):

A outorga de permissão independe de autorização legislativa. Quanto à licitação, observa Odete Medauer que, embora em regra ela não seja exigida, deverá ser realizada, sempre que houver potencial disputa entre os interessados.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PIÊN ESTADO DO PARANÁ

Corroborando com esse entendimento, e ainda, para demonstrar a direção firme da doutrina, citemos José dos Santos Carvalho Filho (Manual. 22ª ed. p. 1108):

Quanto à exigência de licitação, deve entender-se necessária sempre que for possível e houver mais de um interessado na utilização do bem, evitando-se favorecimentos ou preterições ilegítimas. Em alguns casos especiais, porém a licitação será inexigível (...)

Consideramos que, no presente caso, a forma administrativa de utilização dos bens públicos por particulares mais viável é a outorga de permissão de uso condicionada, tendo em vista as características do caso concreto e as justificativas apresentadas pela Secretaria interessada, estabelecendo-se um mínimo de garantia em favor dos futuros permissionários, considerando-se os investimentos que terão que realizar.

Recomendamos que a licitação seja processada pela modalidade concorrência. De acordo com o §3º do art. 23 da Lei nº 8.666/93:

A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas **concessões de direito real de uso** e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores, ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País" (grifo acrescido).

Assim, por força textual da Lei de Licitações, as concessões de direito real de uso não de ser licitadas por concorrência. E nesse sentido já se manifestou o Tribunal de Contas da União. Confira-se:

É obrigatória licitação na modalidade concorrência para que a Administração conceda uso de suas dependências para exploração de terceiros (restaurantes e lancherias) - Decisão nº 112/96 - TCU, DOU de 26 de março de 1996, p. 5.026. Ver também, a Decisão nº 240 - TCU, DOU de 11 de outubro de 1994, p. 15.400." (Mendes, Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 83).

Acontece, entretanto, que concessão de direito real de uso se difere, em sua natureza, da concessão de uso. Como leciona Jessé Torres Pereira Júnior:

Quanto à referência que o §3º faz à concessão de direito real de uso, para cuja licitação é obrigatória a modalidade concorrência, tenha-se em vista que se cuida de espécie própria, não se confundindo com a concessão de uso, muito menos com a concessão de serviço público. Não se poderá estender à licitação para concessão administrativa de uso a exigência de concorrência, modalidade somente obrigatória quando se tratar de concessão de direito real de uso.

A distinção é conceitual, de há muito posta na doutrina, e tem sido acolhida no decisório do Tribunal de Contas da União. Apreciando representação que verberava a cessão de espaço de prédio público para a instalação de cantina, sem concorrência, a Corte fez ver que tem havido compreensão equivocada do dispositivo legal invocado. A legislação pertinente, bem como a doutrina, deixam cristalino que os casos de cessão de uso de cantinas não são concessões de direito real de uso, instituto esse destacado pelo §3º do art. 23 da Lei nº 8.666/93. Concessão de direito real de uso é o contrato pelo qual a Administração transfere o uso gratuito ou remunerado de terreno público a particular, para que dele se utilize em fins de interesse social,



PREFEITURA MUNICIPAL DE PIÊN ESTADO DO PARANÁ

sendo transferível por ato *inter vivos* ou *causa mortis*. Já a concessão administrativa de uso, aplicável às cantinas em espaços de repartições públicas, confere ao titular do contrato um direito pessoal de uso do bem público privativo e intransferível. Daí a denúncia haver sido julgada improcedente."(Comentários a Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 253).

E nesse sentido, o Tribunal de Contas da União também já se pronunciou. Confira-se:

No que tange à concessão de uso, entendeu o TCU que, mesmo não havendo na Lei de Licitações a exigência da modalidade concorrência para tal instituto, é imprescindível a realização de procedimento licitatório, uma vez que se trata de contrato administrativo e, por conseguinte, deve submeter-se à prévia licitação - Decisão nº 207/95, publicada no DOU nº 167, de 30.08.95 e veiculada no ILC nº 59, jan/99, p. 69. (Mendes, Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 84).

A posição do Tribunal de Contas a respeito da matéria não é clara. No prejulgado 0711, a orientação é que a utilização de bens públicos para exploração com fins lucrativos por terceiros depende de licitação na modalidade concorrência. Por outro lado, o prejulgado 0185 silencia a respeito da modalidade a ser adotada no ato de concessão de bem público, assinalando tão-somente que ele sujeita-se ao prévio procedimento licitatório.

Pois bem, em que pese as diferentes interpretações para o caso em apreço, para evitar problemas com o Tribunal de Contas recomendamos que se processe a licitação na modalidade concorrência, já que inexiste, a princípio, urgência na contratação que demandasse a utilização de modalidade mais célere.

Sendo assim, esta Procuradoria Jurídica entende que está correta a escolha da modalidade de licitação para o presente processo, orientando apenas para que durante a condução do processo sejam cumpridas as determinações legais da Lei nº 8.666/93 no que for aplicável, sob pena de invalidade do certame, em especial, quanto à forma e os meios de publicidade dos atos contidos no art. 21 da Lei de Licitações, o interstício mínimo de 30 (trinta) dias entre a publicação do último aviso de licitação e a data da abertura dos envelopes, bem como o prazo de publicação no Mural de Licitações do Tribunal de Contas do Estado do Paraná de no mínimo 07 (sete) dias úteis.

3. Da análise da minuta do edital:

Passamos a análise dos elementos abordados na minuta do edital e sua concordância com as imposições do art. 40 da Lei de Licitações.

Traz o referido mandamento a obrigatoriedade de abordagem dos seguintes elementos nos editais de licitação, podendo estes ser suprimidos ou acrescidos, conforme o caso:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:



PREFEITURA MUNICIPAL DE PIÊN ESTADO DO PARANÁ

- I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;
- II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;
- III - sanções para o caso de inadimplemento;
- IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;
- V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;
- VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;
- VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;
- VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;
- IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;
- X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;
- XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;
- XII - (VETADO)
- XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;
- XIV - condições de pagamento, prevendo:
 - a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;
 - b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;
 - c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;
 - d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;
 - e) exigência de seguros, quando for o caso;
- XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;
- XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;
- XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

Após análise do instrumento apresentado, constatou-se que o edital foi elaborado em harmonia com os ditames do art. 40 da Lei nº 8.666/93, destacando-se a clareza e objetividade do objeto da licitação, a previsão de requisitos pertinentes ao objeto do certame como condição de habilitação, fixação de critério objetivo para julgamento das propostas, prazos legais respeitados para impugnação ao edital, abertura das propostas e julgamento de recursos, pelo que esta Procuradoria não tem nenhuma recomendação a ser feita.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PIÊN ESTADO DO PARANÁ

4. Da análise da minuta do Termo de Permissão de Uso:

Passamos à análise dos elementos abordados na minuta do contrato (termo de permissão de uso) e sua concordância com as imposições do art. 55 da Lei de Licitações.

Traz o referido mandamento a obrigatoriedade de abordagem das seguintes cláusulas nos contratos administrativos, podendo estas ser suprimidas ou acrescidas, conforme o caso:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Da análise da minuta do termo de permissão vinculado ao instrumento convocatório apresentado, constatamos que esta observa os requisitos mínimos exigidos pelo art. 55 da Lei de Licitações, tendo em vista que contém todas as cláusulas pertinentes a esta contratação, não sendo necessária nenhuma correção.

5. Da conclusão:

Por todo o exposto, opina esta Procuradoria pela regularidade da escolha da modalidade Concorrência para o desenvolvimento da licitação que se inicia e pela aprovação da minuta do instrumento convocatório apresentada e do respectivo contrato, não existindo óbice para o prosseguimento dos trabalhos.

Contudo, alerta esta Procuradoria, que devem ser atendidas as orientações descritas no item 2 deste parecer, *in fine*.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PIÊN ESTADO DO PARANÁ

Ressalte-se, ainda, que os critérios e a análise de mérito (oportunidade e conveniência do pedido) constituem análise técnica das Secretarias solicitantes, bem como, a verificação das dotações orçamentárias e especificidade ou cumulação do objeto do procedimento licitatório, pelo que, o presente opinativo cinge-se exclusivamente aos contornos jurídicos formais do caso em comento.

É o parecer.

Piên/PR, 08 de maio de 2018.

Veiviane Alves Domingos

OAB/PR 75.274