



PREFEITURA MUNICIPAL DE PIÊN ESTADO DO PARANÁ

PROCURADORIA JURÍDICA PARECER JURÍDICO INICIAL

Processo administrativo nº: **1704/2018**

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

Assunto: **Aprovação jurídica da abertura de licitação na modalidade Pregão Presencial e aprovação da minuta do edital e do respectivo contrato.**

Recebe esta Procuradoria Jurídica, pedido de parecer encaminhado pela Pregoeira do Município, relativo ao processo administrativo nº 1704/2018, que trata da abertura de licitação para **concessão onerosa, a pessoas jurídicas, de espaços físicos localizados em imóveis públicos, para instalação e exploração de serviços de lanchonete/cantina**, em atendimento à Secretaria de Esporte, Cultura e Lazer.

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

1. Do relatório:

A contratação em epígrafe teve início com a abertura de processo administrativo, contendo o requerimento formulado pela Secretaria interessada, detalhando o objeto de sua pretensão e justificando sua finalidade.

O processo foi apreciado pelo Departamento de Finanças, Receitas e Contabilidade, bem como pela Secretaria de Administração e Finanças, no entanto para essa contratação, não se configura a existência de aplicação de recursos financeiros, haja vista a ausência de despesas.

Depois de avaliada a necessidade e conveniência do pedido, a contratação foi autorizada pelo Prefeito.

A Pregoeira sugeriu que o processo ocorresse através de licitação na modalidade Pregão Presencial, uma vez que se trata de objeto de natureza comum, podendo ser objetivamente definido no edital, atendendo ao que dispõe o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 10.520/02.

Foi elaborada a minuta do edital na modalidade Pregão Presencial, bem como do respectivo contrato, para atendimento da necessidade da Secretaria interessada, as quais ora são submetidas à apreciação da Procuradoria Jurídica.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PIÊN ESTADO DO PARANÁ

2. Da análise da escolha da modalidade:

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

Quanto à adoção da modalidade Pregão Presencial para atender ao interesse da Secretaria interessada, há que se registrar algumas considerações.

Trata-se o caso concreto de licitação na modalidade pregão presencial, tipo maior oferta por item, voltada a concessão onerosa de uso de espaço público com a finalidade de instalação e exploração de serviços de lanchonete/cantina.

O Artigo 2º da Lei 8.666/93, no que tange as concessões realizadas pelo poder público preconiza que as contratações devem se submeter ao devido processo 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.

Firma-se, inicialmente, que o principal ponto desta modalidade é a possibilidade de definição do objeto de forma objetiva, como assenta a Lei 10.520/2002, em seu artigo. 1º:

Art. 1º—Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único: Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Ou seja, é necessário que o objeto possa ser descrito objetivamente. E isto fica claro e latente no caso em concreto, pois o objeto do processo em análise pode ser classificado como “comum”, tendo em vista que não se trata de objeto de maior complexidade e não possui nenhuma especificidade que prejudique a elaboração da proposta.

Quanto a proposta de preço o acerto na utilização do pregão é ainda maior, pois possibilita maior concorrência entre as empresas e maior oferta nos lances.

O Tribunal de Contas da União – TCU proferiu, o Acórdão nº 2844/2010, em que considera **“plenamente legal” a adoção, da modalidade pregão nas licitações destinadas à outorga de concessões de uso.**

Observe-se a ementa da decisão:

“REPRESENTAÇÃO. CONCESSÃO DE USO DE ÁREAS COMERCIAIS DE AEROPORTOS. **LICITAÇÃO POR MEIO DE PREGÃO.** CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. **É plenamente legal a utilização da modalidade pregão para licitação destinada à outorga de concessões de uso** de áreas comerciais em aeroportos. **A atividade da Infraero, ao estabelecer o pregão, para a licitação de concessão de uso de áreas comerciais nos aeroportos brasileiros, encontra respaldo na legislação e atende plenamente o interesse público.**” (Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão TCU 2844/2010. Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues. Data 27/10/2010).

A outorga (seja ela chamada de concessão ou de cessão uso não importando *nomen iuris*, mas sim a situação fática no caso concreto), deve ser precedida de uma das modalidades de



PREFEITURA MUNICIPAL DE PIÊN ESTADO DO PARANÁ

disputa pública previstas no nosso ordenamento jurídico, tendo sido recomendado que seja, inclusive, na modalidade do Pregão.

Nesse sentido, Tribunal de Contas da União (TCU), em parecer acolhido em parte pelo Ministro Relator no Acórdão nº 1443/2006 Plenário, dispôs que:

"2.11 Pelo exposto, podemos concluir que modalidade de outorga **aplicável restaurantes lanchonetes 'concessão administrativa de uso de bem público'**, ato bilateral, de natureza contratual, pelo qual a Administração Pública 'atribui utilização exclusiva de um bem de seu domínio ao particular, para que explore segundo sua destinação específica', devendo ser precedida de licitação, conforme entendimento deste Tribunal, proferido na Decisão n.º 585/97-TCU Plenário. (grifamos).

A concessão de uso, em regra é precedida de licitação na modalidade concorrência, contudo, a jurisprudência tem se firmado no sentido de que quando a concessão de bem público não envolver delegação de serviço público, a melhor modalidade a ser empregada na licitação é o pregão. Assim já se posicionou TCU no Acórdão nº 2050/2014, proferido nos autos do processo nº 012.613/2013-4, na auditoria operacional realizada na Companhia de Armazéns Gerais do Entrepósito de São Paulo – Ceagespm em que foi discutida a possibilidade de se utilizar o pregão para a concessão remunerada de uso de bens públicos.

Nesse aspecto, o relator mencionou que: "a jurisprudência do Tribunal recomenda a utilização de pregão para a concessão remunerada de uso de bens públicos. O tema foi exaustivamente discutido na apreciação de representação acerca de possível irregularidade no uso dessa modalidade para concessão de áreas comerciais em aeroportos (TC 011.355/2010-7)".

A possibilidade da utilização do pregão no caso de concessão de uso de bem público foi examinada pelo Exmo. Ministro Walton Alencar no TC 011.355/2010-7. Neste processo, a empresa Como em Casa Refeições Congeladas – ME, questionou a concessão de uso de uma área feita pela Infraero destinada à instalação e exploração comercial de chocolateria por meio de pregão. Segundo a empresa, "não haveria previsão legal para a licitação de concessão de espaço público por meio de pregão, devendo ser aplicada a Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, adotando-se a modalidade de concorrência pública".

O Exmo. Ministro Walton Alencar, considerou que nas concessões de uso de áreas comerciais não seria obrigatória a utilização da modalidade de concorrência pública. Tal obrigatoriedade, decorrente da Lei 8.987/1995, ocorre apenas quando o objeto licitado consiste na delegação de serviço público, o que não ocorre nas concessões de uso de áreas comerciais.

Nos autos da representação objeto do TC 011.355/2010-7, o TCU se depara com situação análoga ao examinar concessão de uso de áreas comerciais em aeroportos, em que Infraero havia adotado pregão como modalidade licitatória.

Na ocasião, fora acolhida a tese que, diante do escasso disciplinamento sobre ajustes que geram receitas para Administração Pública, a analogia com a legislação para aquisição de bens serviços poderia ser aplicada. Assim, nos termos do voto condutor do Acórdão 2844/2010 Plenário, o posicionamento do Tribunal, anunciado no sumário do citado acórdão, firmara-se no sentido de ser:



PREFEITURA MUNICIPAL DE PIÊN ESTADO DO PARANÁ

"É plenamente legal a utilização da modalidade pregão para licitação destinada à outorga de concessões de uso de áreas comerciais em aeroportos". (...) *"A adoção do critério de julgamento pela maior oferta, em lances sucessivos, nada mais que adequada aplicação da lei ao caso concreto, ajustando-a natureza do objeto do certame, restando assegurada escolha da proposta mais vantajosa que, conjuntamente com isonomia de todos os interessados"*. Como ressalva naquela oportunidade, houvera registro de que Infraero deveria "evoluir dos pregões presenciais, para modalidade totalmente eletrônica, que dispensa a participação física e o contato entre os interessados", a fim de concretizar os imperativos constitucionais da isonomia e da melhor proposta para Administração. Do que expôs a relatoria, o Tribunal recomendou à Ceagesp que utilize modalidade pregão eletrônico nas futuras licitações para concessão remunerada de uso de áreas de comerciais. Acórdão 2050/2014-Plenário, TC 012.613/2013-4, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 6.8.2014. (grifamos).

Vejamos também o ementário proferido pelo TRF da 4ª Região a um de seus jurisdicionados, no tocante à concessão de uso de área aeroportuária:

"A concessão de uso de área aeroportuária é considerada **contratação de objeto comum**, tendo em vista tratar-se de ajuste usualmente firmado 'no mercado', seja entre particulares, seja entre esses e a Administração Pública. 2. **A autorização para que possa a Administração se valer do pregão consta na Constituição Federal (princípio da eficiência) e na legislação de regência (princípios da isonomia, da competitividade, da seleção da proposta mais vantajosa, da menor onerosidade, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo)"**.

(TRF 4ª Região, AI nº 5010826-65.2011.404.0000/RS, Rel. Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, j. em 08.05.2012.).

Desta feita, a contratação em tela aborda a concessão de uso dos referidos espaços – com o escopo de proporcionar a população o fornecimento de lanches, pois a grande circulação de pessoas nesses locais – logo, a modalidade licitatória adotada (pregão presencial) respeita ao interesse público e demais princípios legais e constitucionais, bem como coaduna ao entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU, que é seguido em todo o Brasil.

São inúmeras as vantagens comparativas da modalidade pregão para a Administração Pública em termos de proporcionar maior eficiência, transparência e competitividade do certame, concretizando os princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade, moralidade, dentre outros.

Assim, extrai-se dos autos que o objeto perquirido trata-se de concessão de uso de espaço público a título oneroso, através da modalidade de pregão presencial, nessa esteira restou demonstrada a possibilidade de utilização da modalidade pregão concomitante a aplicação do critério de julgamento por maior oferta.

Ressalta-se que o Município de Piên regulamentou a utilização do Pregão, na forma Presencial e Eletrônica, através da edição do Decreto nº 002/2006.

Portanto, não se verifica nenhum óbice para a utilização da modalidade Pregão, seja na forma Presencial, seja na forma Eletrônica, para realizar a licitação necessária para o atendimento da pretensão da Secretaria interessada.

Não obstante, orientamos apenas à Pregoeira e equipe de apoio para que durante a condução do certame sejam cumpridas as determinações legais da Lei nº 10.520/02 e da Lei nº 8.666/93, suplementarmente, sob pena de invalidade dos atos praticados em desacordo com os referidos diplomas legais, em especial, quanto à publicidade dos atos, o interstício mínimo de 08 (oito)



PREFEITURA MUNICIPAL DE PIÊN ESTADO DO PARANÁ

dias úteis entre a publicação do último aviso de licitação e a data de recebimento das propostas, 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 à 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:

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;



PREFEITURA MUNICIPAL DE PIÊN ESTADO DO PARANÁ

- 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.

4. Da análise da minuta do contrato:

Passamos a análise dos elementos abordados na minuta do contrato 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 contrato vinculado ao instrumento convocatório apresentado, constatamos que esta observa os requisitos mínimos exigidos pelo art. 55 da Lei de Licitações, tendo



PREFEITURA MUNICIPAL DE PIÊN ESTADO DO PARANÁ

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 Pregão Presencial 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*.

Ressalte-se, ainda, que os critérios e a análise de mérito (oportunidade e conveniência do pedido) constituem análise técnica da Secretaria solicitante, 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, 07 de Agosto de 2018.

Fernanda Ribas Wierzynski

OAB/PR 92.275