

PARECER/PGM/RDC-PA Nº 282/2022

Redenção-PA, 01 de julho de 2022.

ORIGEM : Secretaria Municipal de Meio Ambiente

REQUERENTE : Departamento de Licitações

ASSUNTO : Memorando nº 405/2022 – DEPTº DE LICITAÇÃO

PROCURADOR : Diogo Sousa de Melo

EMENTA: LICITAÇÃO. EDITAL. PARECER JURÍDICO. PROCESSO LICITATÓRIO 138/2022. PREGÃO PRESENCIAL 031/2022. OBJETO: “**CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DE USO DE IMÓVEL PÚBLICO PARA EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO DE LOJA E SOUVENIRES, À TÍTULO ONEROSO, NO PARQUE NATURAL MUNICIPAL DE REDENÇÃO-PA**”. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS E ADMINISTRATIVOS. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº112 DE 2020. OPINIÃO JURÍDICA FAVORÁVEL À SUA REALIZAÇÃO. APROVAÇÃO DA MINUTA DO EDITAL DE LICITAÇÃO.

(I) DO RELATÓRIO. DO OBJETO.

Trata-se de pedido de parecer jurídico inicial quanto à possibilidade de abertura do PROCESSO LICITATÓRIO 138/2022, PREGÃO PRESENCIAL 031/2022, em que o MUNICÍPIO DE REDENÇÃO-PA, por meio da Secretaria Municipal de Meio Ambiente, pleiteia como objeto “**CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DE USO DE IMÓVEL PÚBLICO PARA EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO DE LOJA E SOUVENIRES, À TÍTULO ONEROSO, EM EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE APROXIMADAMENTE 51,48M², LOCALIZADO NO CENTRO DE APOIO AOS VISITANTES DO PARQUE NATURAL MUNICIPAL DE REDENÇÃO-PA**”, adotando-se o critério de julgamento do “**MAIOR OFERTA**”.

No corpo do edital especificara-se todas as regras e requisitos de participação, habilitação e contratação, com base nos anexos entre os quais contém o termo de referência e espelho do contrato administrativo a ser firmado. Consta, ainda, a discriminação dos alimentos e quantitativos estimados.

Outrossim, compõem o edital licitatório os seguintes anexos:

- a) Anexo I - termo de referência
- b) Anexo II – modelo de proposta comercial

- c) Anexo III – modelo de procuração
- d) Anexo IV – modelo de declarações com: declaração de inexistência de fato impeditivo; declaração de habilitação; declaração de menores; declaração de restrição regularidade fiscal da ME ou EPP; modelo de declaração de enquadramento microempresa ou empresa de pequeno porte; declaração de visita técnica
- e) Anexo V- minuta de contrato
- f) Justificativa para utilização da modalidade pregão na forma presencial;

Eis o necessário a relatar.

II. DO FUNDAMENTO JURÍDICO

Inicialmente é válido registrar que o exame jurídico prévio das minutas de editais de licitação (dispensas e inexigibilidades), bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes de que trata o parágrafo único, do art. 38, da Lei 8.666/93 é exame – que se restringe à parte jurídica e formal do instrumento, não abrangendo a parte técnica dos mesmos. (Tolosa Filho, Benedito de Licitações: Comentários, teoria e prática: Lei nº 8.666/93. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 119).

Ressalte-se que o parecer jurídico visa a informar, elucidar, enfim sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos da administração ativa.

Cumprе esclarecer, também, que toda verificação desta Procuradoria Jurídica tem por base as informações prestadas e a documentação encaminhada pelos órgãos competentes e especializados da Administração Pública.

Portanto, tornam-se as informações dotadas de verossimilhanças, pois não possui a Procuradoria Jurídica o dever, os meios ou sequer a legitimidade de deflagrar investigações para aferir o acerto, a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos a serem realizados, impulsionados pelo processo licitatório.

Toda manifestação expressa é posição meramente opinativa sobre a contratação em tela, não representando prática de ato de gestão, mas sim uma aferição técnico-jurídica que se restringe à análise dos aspectos de legalidade nos termos do parágrafo único, do art. 38, da Lei nº 8.666/93 aferição que, inclusive, não abrange o conteúdo de escolhas gerenciais específicas ou mesmo elementos que fundamentaram a decisão contratual do administrador, em seu âmbito discricionário.

Nota-se que em momento algum se está fazendo qualquer juízo de valor quanto às razões elencadas pelos servidores que praticaram atos no intuito de justificar a referida contratação.

Assim, sigamos com a análise e fundamentação e opinião jurídicas.

II.1. DO OBJETO

Segundo renomada doutrina, concessão de uso “é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere a pessoa determinada o uso privativo de bem público, independentemente do maior ou menor interesse público da pessoa concedente”.

Traço marcante das concessões é a bilateralidade, razão pela qual as mesmas se formalizam por contrato administrativo. A decisão de se conferir a utilização privativa do bem público é discricionária, isto é, passa pelo crivo da conveniência e da oportunidade, a serem motivadas pela Administração.

A concessão administrativa de uso de bem público, também chamada de concessão comum de uso, apenas confere ao concessionário um direito pessoal, intransferível a terceiros. A relação é obrigacional entre a concedente (Administração) e o concessionário (particular contratado). A lei geral de licitações não cuidou desta espécie de concessão, embora a licitação não esteja afastada. E não o está, pelo comando imperativo do art. 37, XXI, da Constituição da República que impõe a regra de licitar obras, serviços, compras e alienações, estando, nesta última hipótese, o objeto deste parecer.

Insta ressaltar que a Lei Complementar Municipal nº112 de 2020, permite de maneira expressa em seu art. 1º, que o presente objeto desta licitação seja realizada pela Administração Municipal.

Diferentemente da concessão de direito real de uso, a concessão administrativa é figura bem mais simples. Tanto que sequer foi tratada na lei geral de licitações. Isto não significa, entretanto, que a licitação é prescindível para a sua outorga. Não é isto. Mas há, para o gestor, maior liberdade na escolha da modalidade a ser utilizada para a sua concretização, uma vez que a norma não elegeu uma modalidade específica para o seu processamento.

II.2. DA MODALIDADE LICITATÓRIA

Inicialmente, é importante afirmar que a Constituição da República de 1988, em seu art. 37, XXI, tornou o processo licitatório conditio *sine qua non* para contratos – que tenham como parte o Poder Público – relativos a obras, serviços, compras e alienações, ressalvados os casos especificados na legislação. Além disso previu e determinou-se que toda licitação deve ser pautada em princípios e regras (constitucionais).

O art. 22 da Lei 8.666/93 descreve as principais modalidades de licitação originalmente existentes, dando a cada uma delas particularidades bem definidas. Entretanto, a modalidade do caso em tela encontra previsão na Lei 10.520/2002, onde em seu art. 1º, *caput* e parágrafo único, há a previsão legal de licitação por esta modalidade **“Para aquisição de bens e serviços comuns”** onde **“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.”

O pregão destina-se à aquisição de bens e de serviços comuns, assim considerados se possível a definição objetiva destes objetos no edital, com a utilização de especificações usuais no mercado. É o que preconiza o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/02.

Enquadrar um bem ou um serviço como comum não é tarefa das mais simplórias, entretanto. O tema já foi enfrentado por Andrade e Pereira em outra ocasião, onde consignaram:

Segundo a lei geral do pregão, são bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado.

A definição do objeto como comum leva em conta o domínio das técnicas de fabrico do bem ou de prestação do serviço por um universo de pessoas. Tanto é verdade, que ele determina se utilize, na elaboração do edital e do termo de referência, “linguagem” usual no mercado.

A intenção da lei, segundo pensamos, é dupla: primeiramente, visa permitir à Administração contextualizar o objeto que ela pretende adquirir, dentre aqueles ofertados no mercado, levando em conta os princípios regentes da licitação, sobretudo a ampliação da competitividade. Segundo, permitir que os interessados, de posse do edital e do termo de referência, possam compreender o objeto que a Administração pretende adquirir ou contratar, formulem propostas adequadas e componham uma disputa justa.

A concessão administrativa não caracteriza necessariamente um bem, mas designa a exploração de um bem público, o que pode ser considerado um serviço. É que por ela cede-se um espaço para que nele se realize atividade de interesse público, a qual competirá ao concessionário.

Interessante atentar que, neste caso, o beneficiário imediato do serviço não é a Administração e sim a coletividade.

Portanto, como trata-se de objeto comum, é perfeitamente cabível e certo a modalidade licitatória escolhida, qual seja, pregão presencial, vez que fora apresentada devidamente a justificativa da modalidade escolhida.

A Lei nº 10.520/02 não taxou determinados bens ou serviços, tendo, tão somente, deixado orientações acerca de como proceder para o enquadramento. Analisemos o caso em tela, a concessão de uso de imóvel público para exploração de serviço de loja e souvenirs. Há no mercado um sem número de comerciantes aptos à prestação de serviços de exploração comercial e a parametrização dele por meio de especificações usuais no meio comercial não é tarefa difícil.

Permito-me afirmar, portanto, que estamos diante de um serviço comum, o que, em princípio, leva-se à afirmação de ser viável o uso da modalidade licitatória.

II.3 DO CRITÉRIO MAIOR OFERTA

Numa concessão administrativa de uso de bem público deve-se sagrar vencedor o licitante cuja proposta se adéque às exigências da Administração, seja vantajosa e ofereça o maior preço. É que a Administração cede parte de seu patrimônio àquele que, satisfazendo às exigências postas no edital, lhe pague mais pela exploração da área.

Sobra o critério de menor preço previsto na Lei do pregão, o TCU já se manifestou sobre o caso, entendendo possível o critério maior preço para atender a condição mais vantajosa para a Administração. Eis o núcleo da decisão:

[...] 65. Tendo em vista as considerações feitas sobre o tema, conclui-se que a adoção, por um ente público, de critério de julgamento de propostas não previsto na legislação do Pregão somente seria admissível, em princípio, em caráter excepcional, tendo em vista o relevante interesse público da aplicação deste critério alternativo para o atingimento dos objetivos institucionais do ente e como mecanismo concretizador do princípio licitatório da seleção da oferta mais vantajosa para a Administração. Tal especificidade deve obrigatoriamente ser motivada e justificada pelo ente público no Processo relativo ao certame, além de ter demonstrada sua viabilidade mercadológica.

Importante lembrar a lição do renomado publicista Marçal Justen Filho, a respeito da alegada proibição positivada no art. 22, §8º, da Lei nº 8.666/93 de criar ou combinar modalidades de licitação:

“Insiste-se em reafirmar, nesse ponto, que a regra do §8º deve ser interpretada em

termos. Nada impede que a Administração produza modalidades inovadoras, inclusive combinando soluções procedimentais, para a promoção de contratos não abrangidos no âmbito específico da Lei nº 8.666. O exemplo, já apontado anteriormente, relaciona-se com a concessão ou permissão de uso de bem público. (...)

Não se exige que a Administração pratique apenas contratações nominadas, explicitamente disciplinadas por lei. Adotar essa tese conduziria, aliás, a gravíssimos

problemas. Terseia de localizar um modelo legislativo para todas as contratações praticadas pela Administração, o que se transformaria em obstáculo invencível em inúmeros casos práticos.

[...]

Como visto, a doutrina sinaliza pela permissão à prática de contratações não nominadas. Isto será lícito desde que a regra constitucional de licitar seja respeitada e, com ela, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade, vantajosidade, celeridade, entre outros. Pode-se concluir, portanto, pela adequação jurídica a que se utilize da modalidade escolhida neste processo para o objeto aqui comentado.

II.4. DO EDITAL E SEUS ANEXOS

A análise de edital e de contrato será conduzida à luz da legislação aplicável ao presente caso, ou seja, a Lei 8.666/93 combinada com a Lei 10.520/2002 e a Lei Complementar Municipal nº112 de 2020.

Importante ressaltar que esta Procuradoria Jurídica se atém, tão somente a questões relativas à legalidade, ressalvando, portanto, que todo o procedimento deverá observar a legislação supracitada, principalmente no tocante a prazos e atos essenciais, não nos competindo nenhuma consideração acerca do mérito da presente contratação e da discricionariedade da Administração Pública ao traçar os parâmetros dos bens/serviços entendidos como necessários, bem como a forma de execução.

O art. 40 da Lei nº 8666/93 estabelece critérios mínimos de exigências que deverão ser contemplados no edital, além da Modalidade e Critério de Julgamento que já foram mencionados anteriormente.

Analisando o Preâmbulo do Edital verificou-se que este atende todas as exigências do *caput* do artigo 40 da Lei 8.666/93 e aos ditames da Lei 10.520/2002 e a Lei Complementar Municipal nº112 de 2020, pois informa, com clareza e objetividade, o número de ordem em série anual, a modalidade de Pregão Presencial como sendo a adotada por este edital. Faz, ainda, menção à legislação aplicável ao presente edital, indica a data, horário e portal presencial onde serão recebidos a documentação e propostas.

Prosseguindo a análise, verificamos que a Minuta destaca com clareza o objeto desta licitação, qual seja, ***“CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DE USO DE IMÓVEL PÚBLICO PARA EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO DE LOJA E SOUVENIRES, À TÍTULO ONEROSO, EM EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE APROXIMADAMENTE 51,48M², LOCALIZADO NO CENTRO DE APOIO AOS VISITANTES DO PARQUE NATURAL MUNICIPAL DE REDENÇÃO-PA”***,

Ainda das especificações do objeto a ser licitado o edital, principalmente no termo de referência foi bem preciso e detalhista em se apontar o serviço, bem como suas devidas obrigações e prazo de vigência do contrato. Enfim, dispôs sobre tudo o que se deve conter num edital de abertura até a contratualização com o licitante vencedor.

Atendendo o inciso VIII, do art. 40, da Lei nº 8.666/93, está previsto no edital o acesso às informações e esclarecimentos relativos à licitação, bem como as condições para impugnar o edital, respectivamente.

Ademais o edital relaciona as condições gerais para participação do certame, impedimentos e forma de credenciamento. Para participação nesta licitação, o edital prevê condições/exigências que deverão ser atendidas pelas empresas licitantes que estão previstas nos art. 27 a 31 da Lei 8.666/93 estando, portanto, respeitadas as exigências da Lei de Licitações.

Outrossim, o edital apresenta infrações que poderão acarretar a aplicação de sanções ao contratado para o caso de não cumprimento de cláusulas contratuais, obedecendo ao inciso III, do art. 40, da Lei nº 8.666/93.

Desta forma, entendemos que, sem cobrança excessiva e desnecessária, estão presentes os requisitos exigidos pelos arts. 27 ao 31, bem como o 40, da Lei 8.666/93 que permitem, formalmente, que esteja apto para a produção dos seus efeitos.

No que concerne à minuta do contrato, esta deve seguir as regras previstas pelo art. 55 da Lei nº 8.666/93, no caso em tela, verifica-se que o edital em análise, prevê todas as cláusulas contratuais obrigatórias. Assim, entendemos que a minuta do contrato contém as exigências previstas no artigo supracitado.

III. DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, juridicamente, **APROVA-SE** a minuta do edital em epígrafe, com fulcro nas normas jurídicas pátrias e se alinhando aos melhores e mais aceitos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, bem como da análise da justificativa, da fundamentação fático-jurídica e da documentação acostada, favoráveis à realização do processo licitatório em questão, posto que devidamente cumpridos os requisitos legais e administrativos para tanto.

Por fim, e tendo em vista que o parecer jurídico é obrigatório à abertura do processo licitatório (e suas dispensas e inexigibilidades), nos termos do art. 38, Parágrafo único, da Lei 8.666/93, este é tão somente no sentido de verificar se o edital e seus anexos cumpriram os ditames da legislação pátria atinente a tais certames e aos contratos administrativos, da qual a Administração Pública é obrigada a lançar mão. Assim, deverá a Comissão de Licitação e/ou o Pregoeiro proceder adiante obedecendo se aos demais ritos do processo licitatório.

Assim, condiciona-se o presente processo administrativo ao Controle Interno, para apreciação e aprovação ou não pela Controladoria Geral na pessoa do Sérgio Tavares, que opinará quanto à real necessidade, da licitação pretendida, com a análise dos fatos e da documentação probante, tudo em observância aos princípios inerentes à Administração Pública, principalmente da ininterruptibilidade que urge da

necessidade de licitar-se o objeto apresentado, além de outros princípios basilares das licitações e dos contratos administrativos.

É o relatório.

Diogo Melo

Procurador Jurídico