



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

PARECER JURÍDICO Nº 76/2023

1. RESUMO

Trata-se de solicitação encaminhada a esta Procuradoria Geral do Município, em atenção ao disposto no art. 38 da Lei nº 8.666/1993, na qual se requer análise acerca da legalidade do texto da minuta de edital cujo objeto é **licitação na modalidade PREGÃO, na formal presencial, do tipo MAIOR OFERTA MENSAL, tendo por objeto a Permissão Onerosa de Uso de Espaço Público (Quiosques e congêneres), conforme descrito no item 2.1 do edital.**

Eis, em breve síntese, o relatório. Adiante segue parecer.

2. LEGISLAÇÃO ESTUDADA

- a) Lei Orgânica do Município,
- b) Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002; Decreto nº 004, de 02 de janeiro de 2006, e Decreto Municipal nº 105/2016 de 12 de dezembro de 2016
- c) Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006
- d) Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e alterações posteriores
- e) Leis Municipais nº 2.041/2017 e nº 2.500/2021.

3. ANÁLISE JURÍDICA

Aprioristicamente, há de se asserir que o presente feito trata-se de repetição, ipsis litteris, de procedimento predecessor, ou seja, pelo presente se divisa, tão somente, a republicação para os itens que restaram desertos, mantendo-se indene todas as demais cláusulas que alicerçaram o feito, motivo pelo qual incorporo o parecer apresentado alhures, mutatis mutandis, a seguir enfeixada:

Ab initio, cumpre registrar que esse parecer jurídico possui caráter meramente opinativo, não vinculando a comissão de licitação ou o administrador na prática de atos ou no desfecho de processos administrativos.

É certo que as normativas afirmam que alguns atos/processos administrativos devam ser precedidos de parecer jurídico para sua prática, sendo este apenas o requisito que o antecederá, obrigando o administrador a solicitá-lo, o que chamamos de parecer obrigatório.

Todavia, a obrigatoriedade da emissão do parecer jurídico não vincula o administrador à fundamentação ou conclusão sugerida pelo parecerista, forçando-o apenas a solicitá-lo da assessoria jurídica por força de lei, podendo ele, inclusive, agir de forma contrária ao sugerido por seu prolator.



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

Hely Lopes Meirelles leciona o seguinte sobre os pareceres:

"(...) Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva. (MEIRELLES, 2010, p. 197)".

Atente-se ao teor da Súmula nº 05/2012/CAOP do Conselho Federal da OAB, que possui a seguinte redação:

"ADVOGADO. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO. PODER PÚBLICO. Não poderá ser responsabilizado, civil ou criminalmente, o advogado que, no regular exercício do seu mister, emite parecer técnico opinando sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação para contratação pelo Poder Público, porquanto inviolável nos seus atos e manifestações no exercício profissional, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB)."

Sendo assim, reforço que o presente Parecer Jurídico possui caráter meramente opinativo, não vinculando a decisão do Administrador.

Por conseguinte, é antes de proceder a uma análise acerca da minuta do edital no aspecto da legalidade, convém proceder a uma breve explanação acerca da modalidade de licitação escolhida para a aquisição dos produtos descritos no primeiro parágrafo desse texto.

Para construção do entendimento, analisar-se-á definição de bens públicos. A expressão bens públicos pode ser entendida em duplo sentido, ora designando um valor material ou imaterial que pode ser objeto de direito relativamente ao seu proprietário (União, Estado, Distrito Federal ou Municípios), ora poderá ser entendida de acordo com seu usuário, ou seja, bem usado pelo povo. (GASPARINI 2012, p. 957). Para Hely Lopes Meirelles (2004 apud GASPARINI 2012, p. 956), bens públicos são:

"Todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais."

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 904), por sua vez, vai além, inserindo no rol não somente os bens que compõe o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, mas também os que estiverem afetados à prestação de serviços públicos, mesmo se pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado.

Algumas características tipificam e diferenciam os bens públicos. São elas: inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade e não onerabilidade. A análise destes



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

atributos, sobretudo a inalienabilidade, é relevante para a orientação do tema em análise, pelo que seguem considerações sucintas sobre os mesmos.

É de suma importância compreender que, como pode os bens públicos caracterizar-se como inalienáveis, enquanto a própria Lei 8.666/93 destina um capítulo no qual regula sobre as alienações de bens públicos móveis e imóveis? É a partir desta indagação, nota-se com clareza, que não há como falar de inalienabilidade, mas sim de uma possível alienabilidade condicionada às regras aludidas na referida disciplina normativa.

A alienação de um bem público está condicionada à função que o mesmo destina-se atualmente. Assim, podemos concluir que, se um bem está afetado para um fim da Administração Pública, este bem não é passível de alienação, em contra partida, não é menos certo que, na maioria das vezes, podem ser alteradas tais situações em que se encontram os bens de modo a tornar possível a alienação. Desta maneira, os bens de uso comum do povo e o de uso especial se forem desafetados podem-se tornar bens dominicais e por esse motivo passam a ser passíveis de alienação.

No caso específico, os espaços públicos utilizados são caracterizados como bens públicos, até porque a lei municipal nº 2.041/2017 define no art. 1º que o Município poderá fazer a permissão de uso para exploração, a título oneroso, do espaço público de propriedade do Município para ocupação e utilização de área pública urbana por equipamentos urbanos do tipo quiosque e trailer.

Neste sentido, a Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos é enfática ao considerar, no seu Art. 2º, IV, a permissão de serviço público como a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Percebe-se a perfeita sintonia e equivalência entre a finalidade pretendida pelo ente municipal e a permissão de uso em relação ao objeto da licitação aqui analisado, reconhecendo tanto a legalidade quanto viabilidade do ato municipal.

A Licitação é um procedimento administrativo destinado à seleção da melhor proposta dentre as apresentadas por aqueles que desejam contratar com a Administração Pública. Esse instrumento estriba-se na ideia de competição a ser travada, isonomicamente, entre os que preenchem os atributos e as aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. O artigo 3º da Lei n. 8.666/93, dispõe que:

“Art. 3º – A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

Consubstanciado nos conceitos acima explanados, pode-se concluir que o procedimento licitatório visa atender primeiramente à três exigências públicas, sendo elas; a proteção aos interesses públicos e seus recursos, respeito aos princípios que regem a licitação, e por fim, observância às exigências da proibição administrativa.

Entretanto, o § 3º do Art. 23 da Lei 8666/93 prevê que, nas concessões dos serviços públicos, a licitação deverá ser na modalidade de Concorrência, porém quando a mesma for de “direito real de uso” será obrigatoriamente na modalidade Concorrência. Tal imposição legal poderia implicar também na impropriedade da utilização do Pregão como modalidade no tocante ao objeto do Edital sob análise.

Todavia, cabe fazer uma breve análise histórica e sistemática sobre o sistema jurídico aplicado às licitações, pois, quando a lei 8.666/93 foi promulgada, não existia no ordenamento jurídico brasileiro a Modalidade de Licitação denominada de Pregão (Lei 10520/02), que foi introduzida em 2002.

É possível concluir, fazendo uma diligente análise das características do Pregão, que esta modalidade trouxe meios mais adequados e eficazes a fim de cumprir o desiderato estabelecido pela lei, com inúmeras vantagens comparativas da modalidade para a Administração Pública em termos de proporcionar maior eficiência, transparência e competitividade e a existência de inúmeros precedentes, na utilização do pregão para a concessão de áreas públicas, por parte de diversos órgãos da Administração.

A fim de elucidar a preferência e legalidade da utilização do Pregão como modalidade de licitação para o objeto deste edital, é mister trazer à baila diversas decisões do TCU corroborando esse tema, a exemplo dos Acórdãos 2844/2010 – Plenário | Relator Walton Alencar Rodrigues; 2050/2014 – Plenário | Relator Walton Alencar Rodrigues; 478/2016 – Plenário | Relator Marcos Bemquerer e 919/2016 – Plenário | Relator Vital do Rêgo.

Portanto, é forçoso concluir que, por se tratar de permissão de uso de bem público, a licitação deve ocorrer na modalidade Pregão, condição necessária para o regular andamento do feito.

Ao analisar o art. 9 da lei municipal nº 2.041/2017, a mesma deixa claro que:

A permissão de uso de áreas públicas previstas nesta lei deve ser precedida de licitação, ressalvado os casos previstos nesta lei, observada a legislação aplicável, cabendo ao Executivo definir no respectivo edital os critérios para habilitação e classificação dos candidatos, além de outras condições inerentes ao certame.



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

Nesse viés, surge o Pregão, que foi criado pela Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000 - convertida em lei, qual seja a de nº 10.520, de 17 de julho de 2002 - para ser aplicada apenas pela União nas aquisições de bens e serviços comuns, abrangência esta posteriormente ampliada no sentido de permitir aos demais entes federados se utilizar desta modalidade licitatória.

Acerca da finalidade do pregão e definindo "bens e serviços comuns", prevê a Lei nº 10.520/02, a saber:

"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.

Adentrando na análise da legislação local acerca do tema, encontra-se em vigor o Decreto Municipal nº 04, de 02 de janeiro de 2006, que regulamenta a discutida modalidade de licitação no âmbito da Administração Pública desta urbe, rezando, no seu art. 2º, nos seguintes termos:

"Pregão é a modalidade de licitação, do tipo menor preço, destinada à aquisição de bens e à prestação de serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa é feita em sessão pública, por meio de propostas de preços escritas e lances verbais".

É certo que a definição legal de bens e serviços comuns não é precisa e pela leitura do texto legal acima transcrito, conclui-se que o que determina ser um bem ou não comum, é a possibilidade de definição do padrão de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais no mercado.

Os itens descritos no edital, bem como no anexo indicam se tratarem de bens passíveis de serem licitados na modalidade escolhida. A Permissão Onerosa de Uso de Espaço Público (Quiosques e congêneres), de áreas, imóveis e/ou equipamentos urbanos de propriedade do Município, com endereços e área discriminados na tabela constante no edital, e destinados à instalação e funcionamento de bares, lanchonetes, bancas de revista e similares, observadas as normas e especificações constantes do Termo de Referência - Anexo I deste Edital, denotam que o edital apresentado cumpre as formalidades da Lei local e específicas.

Todavia, para o fim de facilitar o trabalho hermenêutico dos operadores do direito, findou o governo federal por editar, em 08 de agosto de 2000, o Decreto nº 3.555, que traz, nos seus anexos, um rol exemplificativo do que seria bens e serviços comuns, lista esta seguida pela Prefeitura de Itabaiana quando da edição do Decreto Municipal nº 04/2006.



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

Por estas razões, vê-se o correto enquadramento do objeto desta licitação à modalidade escolhida. Digo isso por existir autorização legal de sua aplicação ao caso concreto. A presente licitação tem como objeto a **permissão onerosa de uso de espaço público (Quiosques e congêneres), remanescentes, seja pelo resultado deserto e/ou fracassado, nos pregões presenciais 044/2021 e 048/2022**, e por ter a Administração, face a discricionariedade de sua escolha, optado por utilizá-la nos exatos moldes permitidos pelo art. 1º da Lei do Pregão. Acerca do tema, cito José dos Santos Carvalho Filho¹:

"A despeito da faculdade conferida à Administração Pública, é preciso levar em consideração a finalidade do novo diploma, que é a de propiciar maior celeridade e eficiência no processo de seleção de futuros contratados. Surgindo hipóteses que admita o pregão, temos para nós que a faculdade praticamente desaparece, ou seja, o administrador deverá adotá-lo para atender ao fim público da lei. É o mínimo que se espera diante do princípio da razoabilidade. Entretanto, se optar por outra modalidade, caber-lhe-á justificar devidamente sua escolha, a fim de que se possa verificar se os motivos alegados guardam congruência com o objeto do ato optativo".

Ultrapassada esta breve explanação propedêutica, passo à análise do edital. De acordo com o disposto no art. 4º, inciso III da Lei nº 10.520/02, do edital constará "*todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso*". O citado art. 3º, inciso I, por sua vez, prevê, *in verbis*:

"A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento".

Da análise acurada dos autos do procedimento licitatório, vê-se que houve completa observância ao disposto no transcrito dispositivo legal, consoante se pode verificar da justificativa redigida pela autoridade competente, oportunidade na qual apresentou a necessidade da presente licitação, que tem como objeto:

*2.1. A presente licitação tem por objeto a **Permissão Onerosa de Uso de Espaço Público (Quiosques e congêneres)**, de áreas, imóveis e/ou equipamentos urbanos de propriedade do Município, com endereços e área discriminados na tabela abaixo, e destinados à instalação e funcionamento de bares, lanchonetes, bancas de revista e similares, observadas as normas e especificações constantes do Termo de Referência - Anexo I deste Edital: [...]*

Outrossim, a lei Municipal trouxe particularidades a respeito do prazo e da participação do Microempreendedor, veja-se:

¹ In "Manual de Direito Administrativo", Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2005, p. 242.



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

Art. 9, §1º. Deverão ser observadas as normas pertinentes ao tratamento diferenciado ao microempreendedor individual, às microempresas e empresas de pequeno porte.

Art. 10. A permissão de uso dos equipamentos públicos terá prazo de 5 (cinco) anos, prorrogável por igual período, desde que o permissionário esteja adimplente com as regras fixadas nesta lei.

· Nesse sentido, assim dispôs o edital, respectivamente:

4.1.1. A pessoa física que, porventura, sair vencedora em algum dos Lotes da tabela constante do subitem 2.1 deste Edital, deverá constituir empresa, individual ou societária (incluindo MEI – Microempreendedor Individual) com objeto social no ramo de bares, lanchonetes, bancas de revista e similares, no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias a contar da data de homologação do certame, após o qual será assinado o Termo de Permissão Onerosa de Uso de Espaço Público.

[...]

11.27. Da Margem de Preferência – Nos termos do Decreto Municipal nº 105, de 12 de dezembro de 2016, e, justificadamente, visando à promoção do desenvolvimento econômico no âmbito local e regional, será concedida prioridade de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de dez por cento do melhor preço válido, nos seguintes termos:

11.28. Aplica-se o acima disposto nas situações em que as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores ao menor preço;

11.28.1. A microempresa ou a empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente melhor classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora da licitação, situação em que será adjudicado o objeto em seu favor;

11.28.2. Na hipótese da não contratação da microempresa ou da empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente com base no item 11.28.1, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na situação do item 11.28, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

11.28.3. No caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta;

[...]



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

2.2. A permissão terá prazo de 05 (cinco) anos, prorrogável por igual período ou outro definido por lei, desde que o PERMISSONÁRIO esteja adimplente, nos termos do art. 10 da Lei Municipal nº 2.041/2017, podendo ser revogado a qualquer tempo, na forma da lei, pelo seu caráter precário.

Ademais, o edital do pregão definiu o objeto do certame, bem como cumpriu as demais exigências constantes em lei, quais seja, a habilitação, os critérios de aceitação das propostas e as sanções por inadimplemento, bem como a aplicação do teor da Lei Complementar nº 123/06, como condição de validade e eficácia do Edital.

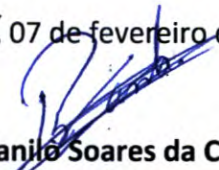
Assim, nota-se que o Edital guardou observância do conteúdo do Termo de Referência (Anexo), o qual deve embasar o instrumento que vincula a Administração e os interessados. Os anexos elencados no edital, os quais em quase sua totalidade visam a facilitar a livre concorrência entre os proponentes, imprimindo a lisura e clareza que devem nortear todo o certame. O Anexo I descreve de maneira pormenorizada os bens objeto da presente permissão, de modo a não deixar dúvidas aos possíveis interessados.

Por fim, consta dos autos designação, por parte da autoridade competente e através de portaria, da figura do pregoeiro – bem como da equipe de apoio –, a quem incumbirá dirigir todos os trabalhos, inclusive receber as propostas e lances, analisar sua aceitabilidade e classificação e, ainda, decidir sobre a habilitação e proceder à adjudicação do objeto do pregão ao licitante vencedor, conforme determina o art. 3º, inciso IV, da Lei nº 10.520/2002.

Diante do exposto, após instruções retratadas acima e análise da Procuradoria acerca da observância das exigências acima apresentadas para se alcançar a legalidade da minuta do edital e do contrato administrativo a ser firmado com o(s) vencedor(es) do certame, **opina pela possibilidade jurídica de realização desta licitação**, salvo melhor juízo, oportunidade em que esse entendimento poderá ser reformulado.

Este é o entendimento, salvo melhor Juízo.

Itabaiana/SE, 07 de fevereiro de 2023.


Rubens Danilo Soares da Cunha
Procurador do Município