

PARECER JURÍDICO Nº 636/2022

000014

Modalidade: Chamada Pública nº 003/2022

Interessado: Departamento de Compras e Licitações

Assunto: Chamada Pública – exploração espaços públicos - aniversário 70 anos município

1. DO RELATÓRIO

Cuida o presente parecer de consulta formulada pelo Departamento de Compras e Licitações, quanto à viabilidade de realização de Chamada Pública, visando o cadastramento de interessados à permissão de exploração de uso para fins comerciais (vendas comidas e bebidas) de espaços públicos, a título precário e oneroso, dada a Festa de 70 anos do município que ocorrerá no dia 14/12/2022, tendo em vista que a Administração Pública realizará comemorações, disponibilizando aos interessados, espaços públicos, conforme condições e valores fixados em instrumento convocatório.

Constam dos documentos encaminhados, aqueles relativos ao procedimento administrativo.

É o relatório, passo a opinar.

2. DA ANÁLISE DO OBJETO

Ressalta-se que este parecer é meramente opinativo, não se vinculando com o mérito. Ademais a análise feita neste parecer restringe-se a verificação dos requisitos formais e jurídicos, abstendo-se de análise quantos aos aspectos técnicos, econômicos e/ou discricionários, portanto, possui caráter técnico opinativo, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal – MS nº 24.584-1/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello.

3. DA FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, convém tecer breves considerações a respeito do procedimento licitatório e do instituto jurídico do credenciamento.

O procedimento licitatório tem como razão central, promover a contratação de bens e serviços pela Administração Pública, assim como, possibilitar que essa realize eventuais alienações, concessões e permissões.



A licitação, visa uma compra/venda mais vantajosa para a Administração Pública, respeitados os princípios e fundamentos constitucional, especialmente, aqueles relativos à garantia de competição entre todos os interessados.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O texto constitucional determina que a licitação é regra no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a contratação direta uma exceção, ou seja, somente quando a lei permitir é que o administrador público poderá realizar concessões ou permissões de coisa pública, sem prévia licitação, conforme Lei nº 8.666/93:

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.

Dentre as formas de contratação direta está a Inexigibilidade, que será aplicada quando a competição se tornar inviável, conforme rol exemplificativo do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

Conforme apontado, o rol do art. 25 é meramente exemplificativo, ou seja, há possibilidades de inexigibilidade para além daquelas previstas no citado verbete, conforme já sedimentado pelo TCU:

VOTO

Este processo trata de acompanhamento de outorga de arrendamento (nos termos da Instrução Normativa TCU 27/1998) de área pertencente à União destinada à movimentação de mercadorias de importação e exportação por meio do Porto de Santos. A contratação foi autorizada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), que entendeu ser inexigível a licitação, por haver apenas uma empresa apta a receber a concessão.

[...]

16. De acordo com a legislação citada acima, aplica-se, para a situação em análise, a Lei 8.666/1993, que, na cabeça do seu art. 25, traz a "inviabilidade de competição" como única condição para que se considere inexigível a licitação, considerando que os incisos desse artigo contêm rol meramente exemplificativo. Dessa forma, tendo em vista a condição de exclusividade da Transbrasa, gerada pela norma local, entendo que está caracterizada a impossibilidade de disputa pela contratação. (TCU.



000016

Logo, verifica-se que constatada a inexigibilidade da contratação, a Administração Pública poderá utilizar o credenciamento como forma de cadastrar todos os interessados.

O sistema de credenciamento permite a seleção de potenciais interessados para posterior contratação, quando houver interesse na prestação do serviço pelo maior número possível de pessoas.

A partir de condições previamente estipuladas por regulamento do Poder Público para o exercício de determinada atividade, todos os interessados que preencherem as respectivas condições serão credenciados e poderão prestar os serviços. Não há, portanto, competição entre interessados para a escolha de um único vencedor, mas, sim, a disponibilização universal do serviço para todos os interessados que preencherem as exigências previamente estabelecidas pelo Poder Público.

Em razão da pluralidade de prestadores e da igualdade conferida a todos os interessados na celebração dos contratos, a licitação será inexigível. Trata-se de hipótese de inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição, com fundamento no caput do art. 25 da Lei 8.666/1993¹.

Embora não prevista expressamente no artigo 25 da Lei, constitui hipótese de inexigibilidade de licitação o credenciamento, que se configura como procedimento prévio à contratação quando haja pluralidade de interessados em prestar o serviço ou fornecer o bem; é hipótese de inexigibilidade, porque, havendo possibilidade de contratação de todos os interessados, a competição torna-se inviável; daí a aplicação do caput do art. 25; nesse procedimento, a própria Administração Pública estabelece o montante da remuneração, devendo ser assegurada igualdade de condições entre todos os contratados².

Dado o exposto, observa-se que o objeto pretendido amolda-se à hipótese de inexigibilidade, já que demonstrada a inviabilidade de competição, eis que a Administração Pública não tem como saber o número exato de participantes, além do que, por se tratar de um número determinado de espaços, não pode preterir um candidato a outro.

Assim, o chamamento público é a forma mais equitativa de se permitir o uso dos espaços públicos para a festa em questão, uma vez que serão credenciados todos os interessados possíveis, desde que preencham as condições estabelecidas em instrumento convocatório.

No mais, não há uma disputa propriamente dita, já que os valores da contraprestação são pré-fixados e todos os credenciados poderão ser selecionados, conforme o número de espaços disponíveis, e havendo mais de um interessado no mesmo espaço, será realizado um sorteio, como forma de classificação, na presença de todos os

1 Oliveira, Rafael Carvalho Rezende Licitações e contratos administrativos: teoria e prática / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 9. ed. – Rio de Janeiro:Forense; São Paulo: Método, 2020. p.96.
2 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.809.



Acórdão nº 648/2014 – Plenário. Rel. Min. José Mucio Monteiro. DJ. 19/03/2014),

No caso em apreço, o departamento de compras e licitações, entende pela possibilidade de permitir a exploração comercial de barracas e espaços abertos, disponibilizados por esta municipalidade em razão das comemorações do aniversário da cidade, que ocorrerão no dia 14/12/2022, via inexigibilidade, por considerar a inviabilidade da competição, afinal, a Administração Pública não têm como prevê o número de interessados, cabendo respeitar a participação de todo aquele que preencher as condições do instrumento convocatório.

Nesse sentido, é o entendimento do TCU é que o credenciamento é a forma mais adequada para essa forma de contratação:

O credenciamento é um instrumento a ser utilizado quando se verifica a teoria da inviabilidade de competição por contratação de todos. Tal teoria entende que a licitação torna-se inexigível, amparada no art. 25 da Lei 8.666/1993, porque não haveria possibilidade de competição entre os licitantes, pois todos aqueles que se dispusessem a fornecer para a Administração e se enquadrassem nos critérios definidos por esta deveriam ser contratados. Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Se a Administração convoca todos os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, fixando ela própria o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no estrito sentido da palavra, inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi assegurada a contratação. É a figura do credenciamento que o Tribunal de Contas da União vem recomendando para a contratação de serviços médicos, jurídicos e de treinamento (FERNANDES, J. U. Jacoby. Contratação Direta Sem Licitação. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009).

O autor enumera quatro condições para a realização da pré-qualificação do tipo credenciamento:

1. Todos os que satisfaçam as condições exigidas: se o objeto só pode ser realizado por um, como uma ponte ou um só curso, descabe a pré-qualificação, pois a característica fundamental do tipo credenciamento é que todos os selecionados serão contratados, embora demandados em quantidades diferentes;

1. Impessoalidade na definição da demanda, por contratado: a jurisprudência já consagrou pelo menos três possibilidades do uso do credenciamento, mas sempre excluindo a vontade da Administração na determinação da demanda por credenciado;

1. Que o objeto satisfaça na forma definida no edital: são serviços em que as diferenças pessoais do selecionado têm pouca relevância para o interesse público, dados os níveis técnicos da atividade, já bastante regulamentada ou de fácil verificação.

1. Que o preço de mercado seja razoavelmente uniforme: a fixação dos valores previamente pela administração implica o dever inafastável de comprovar e demonstrar, nos autos, a vantagem ou igualdade dos valores definidos em relação à licitação convencional ou preços de mercado. (TCU. Acórdão nº 352/2016 – Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. DJ. 24/02/2016).



interessados, garantindo assim, maior lisura no procedimento e respeitando o princípio da igualdade de competição.

No mais, esta municipalidade publicou Decreto de nº 3982/2022, em 11/11/2022, no Diário Oficial do Município, que dispõe sobre a abertura do referido procedimento administrativo, em cumprimento ao que determina o art. 115, §3º da Lei Orgânica do Município.

Por fim, como se trata de uma permissão a título precário e oneroso, consta da referida solicitação, parecer contábil indicando dados bancários do município, para que os permissionários classificados possam realizar o pagamento da referida contraprestação, dada a utilização para fins comerciais (vendas) do espaço público.

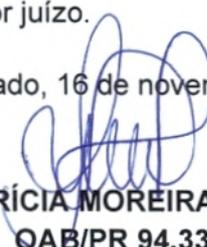
4. DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, esta Procuradoria não vislumbra óbice jurídico para o prosseguimento do referido procedimento administrativo de chamada pública, dado que em consonância com as disposições legais.

Não obstante, em cumprimento ao Princípio da Publicidade, seja publicado o aviso do instrumento, como forma de garantia de eficácia do Ato Administrativo praticado pelo Agente Público.

É o Parecer, salvo melhor juízo.

Cruz Machado, 16 de novembro de 2022.


FABRÍCIA MOREIRA SILVA
OAB/PR 94.335
PROCURADORA MUNICIPAL