

PARECER JURÍDICO – RECURSO ADMINISTRATIVO – EDITAL N° 077/20225

OBJETO: PERMISSÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMERCIALIZAÇÃO DE BEBIDAS DURANTE A 42ª. EDIÇÃO DO FESTIVAL DE KERB - 2025

O JULGAMENTO DAS PROPOSTAS FINANCEIRAS DEVE OBSERVAR, ESTRITAMENTE AS EXIGÊNCIAS DO EDITAL. INAPLICABILIDADE DA LC N° 123/2006 NAS LICITAÇÕES DE CONCESSÃO E PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS PREVISTOS NA LEI FEDERAL N° 8987/295. A FALTA DE IMPUGNAÇÃO DO EDITAL, A AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE ENQUADRAMENTO COMO MICROEMPRESA, A AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE EMPATE FICTO E DE PREFERÊNCIA PARA FINS DE DESEMPATE SÃO CAUSAS DE DESPROVIMENTO DO RECURSO ADMINISTRATIVO

Submete-nos a Agente de Contratação, para parecer jurídico, o recurso administrativo interposto pela empresa J. E. ARNECKE, contra sua decisão e da respectiva equipe de apoio que classificou a empresa CIA DO CHOPP DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA, por inobservar o preceito estabelecido nos arts. 44 e 45 da LC n° 123/06 (empate ficto).

O recurso foi franqueado à empresa CIA DO CHOPP DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA para suas contrarrazões. Essa, em sumária síntese arguiu que: a) o edital não previu a aplicação da LC n° 123/06; b) o julgamento deve observar a estrita previsão das exigências do edital em homenagem ao princípio da vinculação ao edital; c) a inaplicabilidade da LC n° 123/06 nos contratos de receita (Lei Federal n° 8987/95).

É o breve relatório.

Inicialmente, cumpre destacar que compete a essa assessoria jurídica terceirizada, única e exclusivamente, prestar consultoria, sendo este parecer meramente OPINATIVO, sob o prisma estritamente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e oportunidade da prática dos atos administrativos, que estão reservados à esfera discricionária do

administrador público legalmente competente, tampouco examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e/ou financeira, salvo hipóteses teratológicas.

Da análise mais acurada e aprofundada do edital, em cotejamento com as razões de recurso e contrarrazões, entendemos que não assiste razão à recorrente, consoante as seguintes razões jurídicas.

1- Da inaplicabilidade da LC nº 123/2006 para editais de Concessão e Permissão de Serviços Públicos, regido pela Lei Federal nº 8987/1995:

Cumpre esclarecer que o edital em apreço não se fundamenta na Lei Federal nº 14.133/2021 e sim na Lei Federal nº 8987/95 que tem por objetivo a maior receita ao Município e não a menor despesa, objeto da Lei Federal nº 14.133/2021.

A administração municipal ao optar pela regra geral da Lei 8987/95, visou a obtenção de maior receita com a permissão de exploração de serviço público.

Nessa senda, temos que a Lei Complementar (LC) 123/2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, não se aplica diretamente à Lei nº 8.987/95, que trata das concessões de serviços públicos.

Nesse mesmo sentido também é o recente entendimento da Câmara Nacional de Licitações, Contratos Administrativos da Advocacia Geral da União, exarado em seu Parecer nº 0002/2024, assim ementado:

“UP: 00688.002164/2024-75

INTERESSADOS: SGA-MEC

ASSUNTOS: ATOS ADMINISTRATIVOS

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CESSÃO ONEROSA DE BEM PÚBLICO. NATUREZA JURÍDICA. CONTRATO DE RECEITA. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. REMUNERAÇÃO PELA UTILIZAÇÃO DO

BEM. INAPLICABILIDADE DA LEI COMPLEMENTAR 123/2006 NOS CONTRATOS DE RECEITA.

I. Objeto contratual é o que se pretende obter ou realizar, a finalidade ou objetivo de um contrato.

II. Os contratos de despesa são aqueles em que a Administração Pública assume a obrigação de pagar um valor em troca de bens ou serviços. Esses contratos envolvem a utilização de recursos públicos e tem por objetivo a aquisição de bens ou a contratação de serviços que atendam ao interesse público.

III. Os contratos de receita são aqueles em que a Administração Pública busca arrecadar recursos financeiros. Esses contratos geralmente envolvem a exploração de atividades que geram receita para o Estado, e objetivam a percepção de receitas pela Administração Pública, que pode ser obtida através de serviços prestados, concessões, permissões ou arrendamentos.

IV. O contrato de cessão onerosa de bem público federal é utilizado pela Administração Pública para transferir a utilização de um bem público federal a um particular, mediante o pagamento de uma contraprestação financeira.

V. O que define o objeto contratual é a necessidade da Administração. No contrato de cessão onerosa, o objeto principal sempre será a aferição de receita pelo uso exclusivo do particular do bem público, mesmo que venha ser a prestação um serviço de apoio, que é a atividade econômica do particular, e não influencia no contrato com a Administração.

VI. A relação jurídica entre a Administração e o cessionário é relativa ao uso do bem e à sua remuneração. A prestação de um serviço pelo cessionário é um elemento secundário e acidental que não transfigura o contrato de cessão em um contrato de prestação de serviços.

VII. O cerne do art. 179 da Constituição do Brasil é que as ME e EPPs tenham direito ao tratamento jurídico diferenciado quando

disputarem por contratos que, no futuro, lhe garantam receita que lhe gerem crescimento e sobrevivência no mercado.

VIII. Os incentivos e preferências da Lei Complementar 123, de 2006, são aplicáveis a contratos onde a Administração Pública é a contratante e assume a obrigação de pagar, como na aquisição de bens ou aplicações de serviços. No caso de contratos que geram receitas, como a cessão onerosa de bens públicos, a dinâmica é diferente, pois a Administração pública está recebendo recursos, e não realizando um gasto.

IX. A Lei Complementar nº 123, de 2006, não concede tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações voltadas a contratos que visam gerar receitas para o Estado. A concessão desse tratamento está restrita aos contratos que implicam em despesas pela Administração Pública.

Nessa mesma senda, e com o fito de evitar desnecessária tautologia, filiamo-nos às razões expendidas no Parecer supra ementado, as quais adotamos como fundamentação complementar ao nosso entendimento, a saber:

Nos contratos administrativos, há uma distinção fundamental entre contratos de despesa e contratos de receita, e essa diferença se refere à natureza das obrigações assumidas pelas partes envolvidas no contrato.

Os contratos de despesa são aqueles em que a Administração Pública assume a obrigação de pagar um valor em troca de bens ou serviços. Esses contratos envolvem a utilização de recursos públicos e tem por objetivo a aquisição de bens ou a contratação de serviços e obras que atendam ao interesse público.

São os contratos para a compra de materiais, contratação de serviços de transporte, execução de obras, dentre outros.

Implicam, assim, em uma saída de recursos financeiros da Administração Pública, ou seja, a Administração Pública gasta recursos para cumprir suas obrigações.

Por outro lado, os contratos de receita são aqueles em que a Administração Pública busca arrecadar recursos financeiros. Esses contratos geralmente envolvem a exploração de atividades que geram receita para o Estado, e objetivam a percepção de receitas pela Administração Pública, que pode ser obtida através de serviços prestados, concessões, permissões ou arrendamentos.

Os exemplos mais corriqueiros são os contratos de concessão de serviços públicos, permissão de uso e cessão onerosa de bens públicos, contratos de arrendamento que gerem receita.

Desse modo, a principal diferença entre os contratos de despesa e os contratos de receita é a direção do fluxo financeiro: os contratos de despesa envolvem pagamentos e despesas por parte da Administração Pública, enquanto os contratos de receita envolvem a arrecadação de recursos pelo governo. Essa distinção é importante para a gestão e controle das finanças públicas.

O contrato de cessão onerosa de bem público federal é utilizado pela Administração Pública para transferir a utilização de um bem público federal a um particular, mediante o pagamento de uma contraprestação financeira.

Diferente da cessão gratuita, a cessão onerosa envolve uma contrapartida econômica, com o dever do cessionário pagar uma quantia ao ente federativo pela utilização do bem.

E finaliza:

A Constituição do Brasil, por meio do artigo 179, exige que o poder público incentive as ME e EPPs com um tratamento diferenciado, oferecendo benefícios em licitações para ajudar no crescimento dessas empresas no Brasil e atingir os objetivos de desenvolvimento nacional. Por isso, a LC 123 definiu quais empresas podem se beneficiar, levando em conta seu faturamento no momento da licitação, já que o direito ao benefício é baseado no faturamento do último exercício e não em despesas futuras.

O cerne do art. 179 da Constituição do Brasil é que as ME e EPPs tenham direito ao tratamento jurídico diferenciado quando disputarem

por contratos que, no futuro, lhe garantam receita que lhe gerem crescimento e sobrevivência no mercado.

É importante ressaltar que a Administração Pública possui o direito de não aplicar as regras do tratamento jurídico diferenciado nas licitações voltadas para Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) quando isso não for vantajoso ou representar prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto a ser contratado. Essa possibilidade está prevista no artigo 49, inciso III, da Lei Complementar 123.

Com base nessas premissas, as preferências nas licitações para microempresas e empresas de pequeno porte previstas na Lei Complementar 123, de 2006, não se aplicam a contratos que gerem receitas para o Estado. A Lei Complementar 123, de 2006, estabelece um tratamento diferenciado e favorecido para microempresas (MEs) e empresas de pequeno porte (EPPs) em licitações que têm como objetivo a contratação de bens e serviços cuja execução envolve despesas para a Administração Pública.

Os incentivos e preferências da Lei Complementar 123, de 2006, são aplicáveis a contratos onde a Administração Pública é a contratante e assume a obrigação de pagar, como na aquisição de bens ou aplicações de serviços. No caso de contratos que geram receitas, como a cessão onerosa de bens públicos, a dinâmica é diferente, pois a Administração pública está recebendo recursos, e não realizando um gasto.

Portanto, a Lei Complementar nº 123, de 2006, não concede tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações voltadas a contratos que visam gerar receitas para o Estado. A concessão desse tratamento está restrita a contratos que implicam em despesas pela Administração Pública.

Consoante razões jurídicas supra expendidas, opinamos pelo desprovimento do recurso administrativo interposto.

Ainda que em remota hipótese de não reconhecimento das razões supra expendidas para o desprovimento do recurso, ainda há mais três razões, pelas quais se assentam nossas razões conclusivas infra expostas, a saber:

2- Da ausência de impugnação ou questionamentos ao edital:

A recorrente tinha prévio conhecimento do inteiro teor do Edital e em nenhuma oportunidade se insurgiu contra o mesmo, ou mesmo postulou qualquer questionamento, deixando fluir o processo licitatório na forma da publicação do edital para, somente após diversos lances, quando já havia declinado de nova oferta, questionar a aplicabilidade da LC nº 123/06. Nessa ocasião sequer postulou ou protestou o reconhecimento ficto do empate ou o direito de preferência. Note-se: na sessão de lances a recorrente só indagou se se aplicaria a LC nº 123/06 mas NÃO requereu o reconhecimento do empate ficto, tampouco postulou direito de preferência. Em se quedando silente quanto às normas e condições do edital, aceitou acorrer ao certame, até a oferta de lances, ocasião em que deixou de ofertar a melhor outorga.

3- Da ausência de pedido de declaração de empate ficto e de direito de preferência:

Mesmo encerrada a fase de lances a recorrente deixou de postular que a agente de contratação declarasse o alegado empate ficto, tampouco manifestou-se quanto ao direito à preferência na contratação, pedidos esses somente efetuados por ocasião da apresentação do presente recurso.

Dessarte, estamos diante da aplicação do brocardo jurídico latino "*dormientibus non succurrit jus*", visto que a inércia e negligência em agir no momento próprio da licitação, para defender seus direitos, induzem a sua perda do direito. Logo, estamos diante do instituto da preclusão do pedido de reconhecimento de empate ficto e de preferência para a contratação, por ocasião do encerramento da fase de lances. Por conseguinte, intempestivo o pedido de preferência em sede de recurso administrativo.

4- Da ausência de Declaração de Microempresa:

Da análise da documentação de habilitação acostada pela recorrente, a mesma quedou-se em apresentar a declaração de enquadramento como microempresa. Logo, também por essa razão resta prejudicado o recurso em apreço, posto que sem a devida comprovação prévia de sua alegada condição

de microempresa, por ocasião da fase de habilitação, não há que se lhe assegurar o direito postulado.

Da conclusão:

Face as razões jurídicas supra expostas, opinamos, s.m.j. no sentido de desprovisionamento do recurso administrativo interposto pela empresa J. E. ARNECKE, mormente por entendermos que a permissão onerosa de exploração de serviço público é um contrato de receita, em que a principal obrigação é o pagamento do maior valor de outorga e porque a Lei Complementar nº 123, de 2006, não garante tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações voltadas a contratos que visam gerar receitas para a Administração Pública, não sendo, pois, aplicável à cessão ou permissão onerosa de bens e serviços públicos.

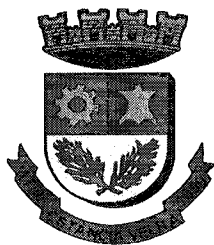
Contudo, à consideração da agente de contratação que, na hipótese de manter seu julgamento, faça o recurso subir para decisão do prefeito municipal.

É o parecer.

Estância Velha, 30 de abril de 2025

 Documento assinado digitalmente
CESAR LUIS BAUMGRATZ
Data: 30/04/2025 19:34:19-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>
Cés: ~

OAB/RS N° 22.147



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE ESTÂNCIA VELHA
"Doe sangue, doe órgãos, salve uma vida."

Ata 4 da CONCORRÊNCIA PÚBLICA PRESENCIAL nº 002/2025, Procedimento Administrativo – Credenciamento, Análise de Propostas, Lances Verbais, Habilitação e Adjudicação.

Aos trinta dias do mês de abril de dois mil e vinte e cinco, a partir das 20h00min, no Palácio da Prefeitura Municipal, fizeram-se presentes a Agente de Contratação e a respectiva Equipe de Apoio, abaixo assinados, nomeados pela Portaria de nº 048/2025, para dar continuidade a SESSÃO PÚBLICA referente à concorrência presencial de nº. 002/2025, cujo objeto é a **PERMISSÃO ONEROSA DE SERVIÇO DE COMERCIALIZAÇÃO DE BEBIDAS DURANTE A 42ª EDIÇÃO DO FESTIVAL DE KERB DE ESTÂNCIA VELHA 2025**. Em ato contínuo, a Agente de Contratação e Equipe de Apoio após receber o Parecer Jurídico do Dr. César Baumgratz no qual analisou as razões de recurso e contrarrazões em face da fase de lances procedeu com o julgamento que segue: Por orientação jurídica, a Agente de Contratação e Equipe de Apoio optou por manter a decisão da Ata de nº 003/2025 que declara vencedora a licitante **CIA DO CHOPP DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA**, motivo pelo qual faz subir o processo para decisão do Prefeito na forma prevista no item 9.6 do edital. Assim sendo, estando todos de acordo, a Agente de Contratação e Equipe de Apoio encerra a presente sessão. Nada mais havendo, foi lavrada esta Ata.

SHEILA JUCIELI BRITO – Agente de contratação

DIEISON KUNST – Equipe de Apoio

SARA JHAINE TONET - Equipe de Apoio