**JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO**

REF.: AVISO DE SELEÇÃO F-ARTES - N.º 02/2020

Processo: 12/800.172/2020.

Objeto: PERMISSÃO DE USO, dos espaços denominados “Bistrô” e “Cafeteria da Grande Sala” localizados no Complexo Cidade das Artes.

Prazo: 60 (sessenta) meses.

Valor mínimo mensal: R$ 4.275,12 (quatro mil, duzentos e setenta e cinco reais e doze centavos).

Cuida-se de resposta à impugnação apresentada pela empresa DIVINO CAFÉ LANCHONETE LTDA protocolizada em 07/10/2020.

Da atenta leitura à impugnação, depreende-se que a impugnante reputa estar o Edital eivado de irregularidades, motivo pelo qual postula pela alteração e republicação do mesmo.

DA TEMPESTIVIDADE:

A impugnação encontra-se tempestiva, conforme disposto no art. 41, §2°, da Lei 8.666/93.

1. **A INCOMPATIBILIDADE ENTRE A FIXAÇÃO DE PRAZO PARA USO DO BEM PÚBLICO E O ESTABELECIMENTO DE PRECARIEDADE**

O impugnante alega que há antinomia entre as disposições contidas nos itens 3.3 e 4.1 do Aviso de Seleção em questão. Isso porque, não há sentido fático, econômico ou jurídico em estabelecer que o contrato a ser celebrado com o licitante vencedor seja extenso – sessenta meses – e, ao mesmo tempo, possa ser resilido unilateralmente pela entidade licitante. Logo não traz ao parceiro privado SEGURANÇA JURÍDICA para desempenhar as suas funções.

Frisa-se, inicialmente, que o Poder Público, pela Lei nº 8.666/93, tem a prerrogativa de rescindir unilateralmente qualquer instrumento público desde que justificadas e determinadas pela autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante. Essa prerrogativa se estende com mais veemência nas permissões de uso, visto que a Lei [nº 8.987/95 trouxe o título de precariedade ao instrumento em questão. Ou seja, em qualquer contratação firmada com a Administração Pública haverá riscos de rescisão unilateral.](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.987-1995?OpenDocument)

No que tange a insegurança jurídica exposta pelo impugnante, vale destacar que foi fixado o prazo de prazo de vigência de 60 (sessenta) meses acrescido ao direto a indenização proporcional pelo período vincendo da ocupação do imóvel caso haja uma rescisão unilateral sem qualquer culpa do Permissionário, conforme item 6.1, o que traz uma natureza contratual a permissão de uso, conforme Maria Sylvia Zanella di Pietro:

*“Para que a "permissão de uso" tenha natureza contratual, sujeita a licitação, é necessário que a mesma tenha prazo estabelecido, gerando para o particular o direito de receber indenização em caso de revogação. ”*

A indenização por razão citada acima obedecerá as legislações vigentes, dentre elas o § 2o do art. 79, da Lei 8.666/93 e as normas gerais de contabilidade para amortização de bens ativos.

1. **A ADEQUAÇÃO DA HIPÓTESE EM QUESTÃO À MINUTA-PADRÃO DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO REFERENTE À CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO**

A fim de garantir uma segurança jurídica para o parceiro privado, o impugnante pondera que o Aviso de Seleção deveria ser adequado à minuta padrão da Procuradoria Geral do Município referente à CONCESSÃO de uso de bem público, com as devidas adaptações ao objeto licitado.

Pois bem, a LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO estabelece situações taxativas para a concessão de uso, conforme artigo abaixo:

*Art. 239 - Admitir-se-á o uso de bens imóveis do Município por terceiros, mediante concessão, cessão ou permissão, na forma da lei;*

*§ 1º - A concessão de uso terá caráter de direito real resolúvel que será outorgada após concorrência mediante remuneração ou imposição de encargos por tempo certo ou indeterminado, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social, devendo o contrato ou termo ser levado ao registro imobiliário competente.*

*Art. 240 - É facultada ao Poder Executivo:*

*I -.........................................................................................................*

*II - a permissão de uso de imóvel municipal, a título precário, revogável a qualquer tempo, vedada a prorrogação por mais de uma vez, gratuitamente ou mediante remuneração ou imposição de encargos, para o fim de exploração lucrativa de serviços de utilidade pública em área de dependência predeterminada e sob condições prefixadas.*

Ou seja, de acordo com lei orgânica do município do Rio de Janeiro no aviso de seleção atual não há hipótese para adoção de concessão de uso de bem público.

1. **A INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO EDITALÍCIA CLARA ACERCA DA PERIODICIDADE DO PAGAMENTO DA OUTORGA MENSAL**

Neste item a impugnante alega preocupação porque não há menção à PERIODICIDADE dos pagamentos da outorga, porém o Edital no próprio item, no subitem 5.5, e todos os seus anexos são explícitos ao estabelecer que a remuneração é mensal, restando claro a periodicidade da remuneração.

1. **A ILEGALIDADE DO CRITÉRIO DE “REVISÃO” DO VALOR DA OUTORGA**

A impugnante alega previsão ilegal haja vista que não representa hipótese de revisão ou reajuste validamente concebidos a previsão de adequação a “valores de mercado” a qual não significa nem reajuste nem tampouco revisão.

Primeiramente, esclareço que o instrumento convocatório utilizado para a realização do Aviso de Seleção F-Artes nº 02/2020 foi instituído através do DECRETO – 41.082 de 10/12/2015 e suas alteraçõeso qual aprova as minutas-padrão utilizadas para qualquer aviso de seleção e de observância obrigatória por toda a Administração Municipal Direta e Indireta.

Ainda convém lembrar, que a remuneração mensal é dada por uma avaliação realizada pela Superintendência de Patrimônio da Secretaria Municipal de Fazenda que levará em conta a natureza comercial do imóvel, de acordo com DECRETO - 25369 - 11/5/2005 que alterou o Anexo I DECRETO - 22780 - 4/4/2003.

Frisa-se que, além do reajuste anual o qual está especificado na cláusula quinta do contrato e tem índices previamente fixados, a adequação da remuneração “ao valor de mercado” constitui sim uma hipótese de revisão contratual, diferentemente do que define o impugnante.

A Revisão, conforme previsto no art. 65, II, d da Lei 8.666/93, pode ser buscada quando ocorrerem fatos posteriores à contrataçãoque sejam imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que representem um caso fortuito, de força maior ou por conta de um fato do príncipe.

É importante lembrar que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em qualquer de suas modalidades, não protege apenas o particular. É também um direito da Administração que pode vir a pagar um valor menor ou receber uma remuneração maior do que aquele acertado na licitação.

Ademais, levando em consideração a situação do atual cenário que vimos enfrentando ao longo deste ano por conta da pandemia, em que desvalorizou drasticamente o mercado de imóveis, é primordial que haja ajustes da remuneração mensal a fim de refletir os valores de mercado posteriores à crise, reestabelecendo, dessa forma, a equação econômico-financeiro inicial do Termo de Permissão de uso.

1. **A INEXISTÊNCIA DE PARÂMETROS CLAROS PARA O CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO AO PARCEIRO PRIVADO EM CASO DE RESILIÇÃO UNILATERAL ANTERIOR AO TERMO FINAL DO PRAZO DA PERMISSÃO.**

Como informado anteriormente, a permissão de uso é precária e sem qualquer direito a indenização, todavia, para estabelecer uma maior segurança jurídica ao permissionário, foi estabelecido uma indenização devida caso haja uma rescisão unilateral em que o permissionário não tenha qualquer culpa, porém essa indenização só será devida pelas benfeitorias que forem incorporadas ao imóvel.

Vale destacar que ao contrário que o impugnante cita, os gastos com mobiliário, utensílios, pessoal, propaganda, dentre outros não são benfeitorias, esses são elementos para implantação do negócio e, conforme aponta o item 13.12, são de total responsabilidade do Permissionário.

Definição de benfeitorias: reparo feito em coisas móveis ou imóveis com o fim de as conservar ou embelezar, melhorar as suas condições de fruição ou torná-las mais úteis.

Quanto ao critério para cálculo da indenização, o item 6.1, deixa claro que será realizado pelo valor não amortizado das benfeitorias, efetivamente comprovada, exigidas para a assunção da permissão.

Destaca-se, pelas Normas Brasileiras de Contabilidade, que qualquer empresa quando adquire um bem ativo ou realiza benfeitorias ou construções em imóveis locados deverá proceder em sua contabilidade a amortização desses ativos para atender à depreciação ao longo do tempo, logo, caso a permissão de uso for rescindida unilateral antes do fim do prazo estabelecido, a parcela que não tiver sido amortizada na contabilidade da empresa, será utilizada como base para efeito dessa indenização.

1. **A INEXISTÊNCIA DE GARANTIA DE UM NÚMERO MÍNIMO DE EVENTOS NA GRANDE SALA E NO COMPLEXO EM SI A EMBASAR A FORMATAÇÃO DE UMA PROPOSTA DE PREÇOS**

O impugnante alega que não há qualquer menção a um calendário mínimo de eventos na Grande Sala e no Complexo em si que permitam o planejamento do parceiro privado e a formatação de uma proposta de preço adequada às expectativas de serviços a serem prestados.

Não há necessidade de vincular a atuação do permissionário ao planejamento do Complexo Cidade das Artes, visto que além de ser permitido abrir diariamente tanto para os funcionários do Complexo como para público externo, foi dado a possibilidade do próprio permissionário produzir eventos nas áreas sob sua responsabilidade, de acordo com os itens 5.3.2.3 e 5.3.2.9 do TR.

1. **A INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO EDITALÍCIA DE ANTECEDÊNCIA MÍNIMA PARA COMUNICAÇÃO QUANTO A EVENTOS NO COMPLEXO QUE EXIJAM O FUNCIONAMENTO DO BISTRÔ EM HORÁRIO DIFERENTE DO CONTRATUALMENTE ESTIPULADO**

Devido à volubilidadedas programações no Complexo Cidade das Artes não foi estabelecido um prazo mínimo para a comunicação das permissionárias quanto a mudança do horário. Todavia, todas as programações são divulgadas com antecedência nos sites oficiais da Fundação Cidade das Artes, podendo os permissionários terem acesso a todo momento a fim de se programarem para cumprir tal cláusula.

1. **A INEXISTÊNCIA DE DEFINIÇÃO CLARA DO HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DO** **CAFÉ DA GRANDE SALA**

O impugnante alega que a omissão no horário de encerramento impede a formulação de proposta de preço responsável porque as variáveis de custo são muito expressivas: ar condicionado, pessoal, material de alimentos e bebidas etc. Se a operação exigida nos finais de semana for de quatro ou oito horas a equação é substancialmente alterada.

A F-artes não limitou um horário para fechamento da cafeteria aos sábados e domingos caso não haja programação na Grande Sala, contudo deverá ser respeitado a obrigatoriedade de servir o lanche da tarde.

Desta forma, cabe ao licitante, para a formulação de proposta de preço responsável, levar em consideração o que será oferecido a fim de atrair o público para que a cafeteria permaneça aberta por mais ou menos tempo após os serviços obrigatórios.

1. **A FALTA DE CLAREZA QUANTO À OFERTA DE PRODUTOS EXIGIDA NA DUAS ÁREAS**

No item 5.3.3.11 estabelece tanto sugestões de cardápios para área 1 quanto para área 2.

1. **A IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÃO SUBJETIVA QUANTO AOS PREÇOS A SEREM PRATICADOS PELO PARCEIRO PRIVADO**

O impugnante acredita que o item 5.3.3.9 do Termo de Referência que é exigido que os preços devem ser “acessíveis” é absolutamente subjetiva e deve ser suprimida do Aviso.

O edital e o termo de referência são tão somente uma diretriz do que a FCA necessita na prestação do serviço, não podendo interferir no negócio do permissionário, a não ser que sejam situações exorbitantes a qual será fiscalizada pela FCA, e caso necessário, notificará e penalizará ao Permissionário assegurando o direito da ampla defesa e do contraditório.

Ante o exposto, conheço da impugnação oferecida em face do Edital de Aviso de seleção F-Artes nº 02/2020 e a nego provimento.

Rio de janeiro, 08 de outubro de 2020

ORIGINAL ASSINADO

|  |  |
| --- | --- |
| **RENATA MIRANDA DO SACRAMENTO**  Presidente - Mat.: 13/274.571-9 | |
| **ELOIZA HELENA CORDEIRO DA SILVA**  Vice-Presidene – Mat.: 13//170.345-3 | **RICARDO DA SILVA**  Suplente - Mat.: 13/ 290.172-6 |