



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

DIREITO PÚBLICO

THIAGO GAMA DE AVELOES

INEXIGIBILIDADE DO PROCESSO LICITATÓRIO NOS REGIMES DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO DIREITO BRASILEIRO

SALVADOR-BA
2018

THIAGO GAMA DE AVELOES

**INEXIGIBILIDADE DO PROCESSO LICITATÓRIO NOS
REGIMES DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO
DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito e Gestão como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Direito Público.

SALVADOR-BA
2018

THIAGO GAMA DE AVELOES

**INEXIGIBILIDADE DO PROCESSO LICITATÓRIO NOS
REGIMES DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO
DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito e Gestão como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Direito Público.

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Salvador, BA, ____/____2018.

Dedico este trabalho aos meus familiares,
em especial minha mãe, minha tia
Fátima e Ana Karoline pelo incentivo e
apoio.

*“Ninguém é tão pequeno que não possa ensinar,
nem tão grande a ponto de não ter o
que aprender”.*

(Autor Desconhecido)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	11
1.1 SERVIÇOS PÚBLICOS: ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES.....	11
1.2 PECULIARIDADES DA CONCESSÃO	14
1.3 ASPECTOS LEGAIS DA CONCESSÃO	20
1.4 HIPÓTESES DE DISPENSA DO PROCEDIMENTO	22
1.4.1 CONTRATAÇÃO DE VALOR REDUZIDO (INCISOS I E II)	23
1.4.2 EMERGÊNCIA OU CALAMIDADE PUBLICA (INCISO IV).....	23
2 A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP).....	25
2.1 A INSERÇÃO DA PPP NO DIREITO BRASILEIRO	25
2.2 MODALIDADES DE CONCESSÃO DAS PPP'S.....	27
2.3 RESTRIÇÕES À PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA	30
2.4 O CONTRATO NA PPP	31
2.4.1 CARACTERÍSTICAS E DIRETRIZES	33
3 ASPECTOS GERAIS DA LICITAÇÃO	35
3.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	35
3.2 PRINCÍPIOS BÁSICOS DA LICITAÇÃO.....	37
3.2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	38
3.2.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.....	39
3.2.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	39
3.2.4 PRINCÍPIO DA MORALIDADE	40
3.2.5 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	41
3.2.6 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO	42
3.2.7 PRINCÍPIO DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA	43
3.2.8 PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO	43
3.2.9 PRINCÍPIOS CORRELATOS.....	44
3.3 AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO.....	45
3.4 PROCEDIMENTOS DA LICITAÇÃO	49
3.5 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO	52
3.6 ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO.....	54
3.7 RECURSO ADMINISTRATIVO.....	55
REFERÊNCIAS.....	63

RESUMO

Atualmente vivemos em uma sociedade bastante complexa, cujo pronto cumprimento às necessidades públicas demanda, também, inovações que possam estar em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Esse processo, no entanto, está se concretizando com as PPP's (Parcerias Público-Privadas). O presente estudo tem como objetivo geral analisar o processo licitatório nos regimes de Parcerias Público-Privadas no direito brasileiro. Assim, a finalidade é investigar a Parceria Pública Privada – PPP's, que vem se tornando um instrumento eficiente para grandes investimentos do âmbito público, tais como o desenvolvimento e organização de infraestrutura das instituições que o Estado consegue realizar devido à falta de capital e por sua própria operacionalização. As parcerias público-privadas foram estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.079/04. Neste sentido, essa nova modalidade de contratação pública tem como intuito superar as possíveis crises evidenciadas na atuação do Estado, por meio da concessão de determinados serviços e atividades ao setor privado. Diante disso, a Lei de PPP's é consequência de uma mobilização de reforma da esfera estatal que teve início nos primeiros anos da década de 90. A metodologia da pesquisa foi de cunho bibliográfico e documental, a pesquisa doutrinária ocorreu em diversos livros especializados na questão ambientais em especial na abordagem da penalização da pessoa jurídica, sendo ainda utilizada a consulta jurisprudencial dos julgados de alguns Tribunais de Justiça, onde foi analisado o posicionamento do Jurisprudencial em relação ao tema.

Palavras-chave: Parcerias; Público-Privadas; Administração Pública; Licitação; Concessão; Princípios.

ABSTRACT

We currently live in a very complex society, whose responsiveness to public needs demand also innovations that will rise to the Brazilian legal system . This process, however , is becoming a reality with the PPP . The present study has as main objective to analyze the bidding process on the Public- Private Partnership schemes in Brazilian law. The purpose of this monograph is to investigate the Public - Private Partnership - PPP , which has become an efficient tool for large investments in the public realm , such as the development of infrastructure and organization of the institutions which the state can achieve due to lack of capital and operationalisation your own . Public-private partnerships have been established in the Brazilian legal system by Law No. 11.079/04. In this sense, this new mode of procurement aims to overcome the crisis highlighted the possible role of the State , through the provision of certain services and activities to the private sector . Therefore, the PPP Law is the result of a movement to reform the state sphere which began in the early 90s . Research methodology was bibliographical and documentary character , the doctrinal research took place in several specialized books on environmental issue especially in the criminalization of corporate approach , being still used the jurisprudential consulting judged some Courts of Justice , where it was analyzed the positioning of jurisprudence on the topic .

Keywords : Partnerships; Public-Private Partnerships; Public Administration ; Bid ; concession ; Principles.

INTRODUÇÃO

O instituto da Parceria Público-Privada (PPP) dentro dos moldes do Estado democrático de Direito, tem por escopo principal a otimização da atuação do Estado no que concerne às realizações necessárias para o atendimento dos anseios sócias de bem estar. Neste sentido, a máquina estatal através do devido processo legal, levando em consideração os princípios que regem sua devida e ilibada conduta, deve, através das PPP's, demonstrar o quão essas ferramentas são de essencial importância para alocar investimentos em áreas prioritárias de investimento social.

Desta forma, o presente trabalho tem por objetivo analisar processo licitatório nas Parcerias Público-Privadas à luz do ordenamento jurídico brasileiro, e para tanto, empregou o método de pesquisa bibliográfica descritiva e documental.

Deste modo, este estudo apresenta primeiramente o conceito de serviços públicos e quais as formas para sua execução, analisando as particularidades da concessão dos serviços públicos com suas características e os aspectos legais que devem nortear a conduta estatal, e posteriormente apresenta uma ampla análise das Parcerias Público-privadas, instituídas através da Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004, que estabelece regras gerais para sua contratação na esfera da administração pública, e as conceitua como modalidades específicas de contratos de concessão.

Tais parcerias se destinam à captação de recursos privados para o desenvolvimento de atividades das quais o Estado não consegue realizar de forma eficiente, devido a uma ineficiente alocação dos recursos pecuniários.

O presente estudo tem como objetivo geral analisar sobre o processo licitatório nos regimes de parcerias público-privadas no direito brasileiro cujos objetivos específicos são:

- Abordar sobre as concessões de serviços públicos;
- Identificar os principais aspectos da parceria público-privada;
- Analisar os principais aspectos gerais da licitação;
- Identificar o processo licitatório nas PPP's.

Posteriormente, será analisado como se inserem as PPP's no Direito Administrativo e Constitucional brasileiro e a justificativa de sua implantação, explanando seus aspectos legais, em comparação com a Lei nº 8.987/95 Lei das

Concessões e com a Lei nº 8.666/93 Lei das Licitações. Serão destacados o conceito de PPP's e as principais particularidades das três modalidades de concessão resultantes do surgimento desta lei: concessão comum, concessão patrocinada e concessão administrativa. Serão examinados o objeto, limites e vedações de sua aplicação, o procedimento e etapas de implementação e suas características e diretrizes dentre outros aspectos peculiares das PPP's.

Serão analisados os aspectos gerais da Licitação com base no Direito brasileiro, com seu conceito e características, bem como, suas normas gerais, os princípios básicos que a norteiam como: da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos. Além disso, tratar-se-á suas modalidades, seu procedimento, caso de dispensa e inexigibilidade, de anulação, revogação e o cabimento de recurso administrativo.

Trata-se de um estudo de abordagem qualitativa a partir da revisão bibliográfica. Escolheu-se a referida metodologia por ser considerada mais adequada ao que se trata do tema abordado, pois há interação com a realidade analisada. Igualmente o propósito deste estudo está respaldado no mecanismo de uma pesquisa experimental que elabora fatos a partir dos saberes já existentes, motivando a sua reflexão e aumentando os seus aspectos metodológicos e conceituais, para pôr em evidência a relevância de tal fato (GIL, 2010).

A partir disso, foi desenvolvida uma pesquisa de caráter descritivo e explicativo com abordagem direta, em que foi desenvolvida a fundamentação teórica a partir da revisão da literatura existente: livros, publicações científicas, documentos legais, sobretudo artigos. De acordo com Gil (2010, p. 42) "as pesquisas descritivas têm como objetivo primordial a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou, então, o estabelecimento de relações entre variáveis". E as explicativas visam à análise dos fenômenos encontrados.

Quanto aos procedimentos os dados coletados foram individualmente lidos e analisados, para em seguida serem apreendidos separadamente e conjuntamente, quando deu início ao desenvolvimento do texto. As ferramentas utilizadas para a coleta de dados foram a realização de resumos e fichamentos a partir das pesquisas bibliográficas realizadas e procura em sites de busca. Ainda com Gil (2002), mediante referencial teórico, com posterior discussão e conclusão, pode-se chegar à devida compreensão da abordagem pesquisada.

As fontes empregadas para a presente pesquisa consistiram essencialmente na consulta de materiais como artigos, dissertações, livros e impressos digitais, abordagens in loco de onde se pesquisou o embasamento para o desenvolvimento dos objetivos aqui discorridos.

O estudo está dividido em quatro capítulos, o primeiro capítulo abordará sobre as concessões de serviços públicos, contexto e os processos que envolvem esta modalidade, bem como os princípios da legislação no contexto brasileiro.

O segundo capítulo tratará sobre os principais aspectos da parceria público-privada, ressaltando o processo histórico, a importância da administração especializada e os princípios e motivos que norteiam a contratação de empresa terceirizada para prestar tais serviços.

No terceiro capítulo, discorrerá sobre os principais aspectos gerais da licitação no processo de contratação entre empresa pública e privada, identificando as normas que envolvem a responsabilidade da administração pública.

No quarto capítulo abordar-se-á o processo licitatório nas PPP's, ressaltando a relevância da lei das concessões de serviços públicos e aplicabilidade das normas constitucionais na licitação. Por fim as considerações finais, onde serão mencionados os resultados da pesquisa, o problema e as hipóteses levantadas.

1 CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

1.1 Serviços Públicos: Esclarecimentos preliminares

O serviço público consiste em prestações materiais específicas ou genéricas que proporcionam diversos benefícios aos administrados, tratando-se de uma função administrativa exercida pelo Estado ou por seus delegados que visa sempre satisfazer as necessidades ou comodidades destes (CUNHA JR, 2009).

Ressalte-se que a disposição transcrita está inserida no Capítulo VII do Título III da Constituição, em que são definidos a organização do Estado e os princípios norteadores da sua atividade administrativa, a qual deve basear-se na legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. É, portanto, decorrência lógica desses princípios que as contratações feitas pelo Poder Público sejam precedidas de um processo seletivo, em que todos quantos tenham interesse em transacionar com o Estado possam competir, em igualdade de condições, de modo a que o resultado seja, de fato, o mais conveniente e vantajoso ao interesse público. (BRASIL, 1988).

Nas esclarecedoras lições de Medauar (2006, p. 88):

A expressão serviço público às vezes vem empregada em sentido muito amplo, para abranger toda e qualquer atividade realizada pela Administração pública, desde uma carimbada num requerimento, até o transporte coletivo. (...) No sentido amplo da expressão 'serviço público' são englobadas também as atividades do Poder Judiciário e do Poder Legislativo (...). Evidente que aí a expressão não se reveste de sentido técnico, nem tais atividades sujeitam-se aos preceitos norteadores da atividade tecnicamente caracterizada como serviço público.

De maneira mais precisa, Di Pietro (2001), conceitua serviço público partindo de que se trata de atividades administrativas exercidas pelo Estado e usufruídas pelo cidadão. Desta forma, ela conceitua serviço público como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

Para Justen Filho (2002) não consta na referência, o conceito de serviços públicos sofreu imensa alteração, ao longo de várias décadas. De início o serviço público se tratava de qualquer atividade exercida pelo Estado para atingir seus fins, só o Estado poderia exercer tal atividade diretamente, jamais delegando a particular.

Contemporaneamente, o conceito de serviço público abrange a função administrativa do Estado, excluindo as atividades legislativas e judiciais, que são funções políticas. Além disso, a prestação do serviço público deixou de ser exclusiva do Estado, podendo alguns serviços serem prestados por particulares, por delegação do Estado e mediante seu controle.

Desta forma, o referido autor conceitua serviço público como:

Uma atividade administrativa e material, prestada pelos órgãos da administração direta do Estado ou por suas entidades da Administração indireta, ou ainda, por empresas privadas que atuam por delegação do Estado, consistentes em utilidades ou comodidades, materiais criados por lei, fruíveis direta ou indiretamente pelos administrados, sujeita a regime total ou parcialmente público (MARQUES NETO, 2006, p.45).

Ante o exposto, ressalte-se que no Brasil, a corrente formalista defende que a identificação de um serviço como público, depende da previsão legal ou constitucional. Assim, percebe-se que o serviço público é uma atividade prestada pelo Estado, de forma direta ou indireta, sob um regime jurídico de direito público, visando sempre à satisfação das necessidades da coletividade. Deste modo, deve-se distinguir o serviço público propriamente dito das demais atividades administrativas com natureza pública, quais sejam a atividade de polícia, fomento e intervenção (MARQUES NETO, 2006).

A Constituição Federal deixou a critério do poder Legislativo e do Executivo determinar a melhor forma de prestação do serviço público, diretamente executado pelo Poder Público ou indiretamente por meio dos concessionários e permissionários, sempre através de licitação e observada à devida autorização legal (MEDAUAR, 2008).

Conforme art. 175 da CF/88, o Estado presta serviço público diretamente ou por meio de contratos de concessão e permissão de serviços públicos. Vejamos:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado (BRASIL, 1988, p. 32).

Neste contexto, com a finalidade de regulamentar o dispositivo supra, foi editada a Lei 8987/95, que dispõe sobre os contratos de concessão de serviços públicos e dos contratos de permissão de serviços públicos, bem como das regras atinentes a estas contratações (MARQUES NETO, 2006).

Ademais, em razão de destinarem-se a satisfazer as necessidades ou comodidades dos administrados, os serviços públicos são essenciais e devem ser prestados sempre com eficiência e continuidade. Neste sentido, a lei supracitada, em seu art. 6º, § 1º, exige que os serviços públicos sejam adequados, entendidos como tais todos os serviços que satisfaçam as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (MEDAUAR, 2008).

Em se tratando de serviços públicos, existem princípios próprios do regime jurídico que os norteiam, quais sejam: princípio da continuidade do serviço público, princípio da mutabilidade do regime jurídico e o princípio da igualdade dos usuários.

O princípio da continuidade do serviço público deriva do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa. Determina a Lei nº 8.897/95, em seu art. 6º, § 1º a continuidade dos serviços concedidos ou permitidos, com exceção das situações relacionadas no § 3º do artigo supra que permite a interrupção do serviço em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade (GUIMARÃES, 2008).

Atualmente, mesmo sendo inegável caráter de essencialidade da prestação de determinados serviços, entre eles a energia elétrica e o fornecimento de água, é legalmente permitido o corte no fornecimento destes serviços em virtude de inadimplemento do consumidor, desde que o inadimplemento seja superior a 90 dias e haja notificação prévia. Com relação aos serviços obrigatoriamente ininterruptos, assevera-se que o corte no fornecimento de energia não poderá ocorrer com relação às chamadas “unidades públicas essenciais”, devendo assim, estarem assegurados os princípios do interesse público e o da continuidade do serviço público, como determina a lei (MARQUES NETO, 2006).

Já com base no princípio da Igualdade, os usuários do serviço público estão em condições iguais, portanto devem receber tratamento de forma igualitária. Assim, todos os usuários têm direito à prestação do serviço público, sem nenhuma distinção

de caráter pessoal, desde que estes satisfaçam as determinações presente na lei. (MARQUES NETO, 2006).

Deste modo, só é possível cogitar a concessão de serviço público em se tratando de serviços considerados por não efetivas, vale mencionar que aqueles serviços que não obstante úteis não estejam absolutamente relacionados à sobrevivência da comunidade.

1.2 Peculiaridades da concessão

No âmbito brasileiro a concessão de serviço público é uma forma de delegação da prestação de serviços públicos, ou seja, uma forma especial de descentralização das atividades que estão a cargo do Estado, e necessitam ser exercidas em prol da coletividade.

Segundo o entendimento de Mello (2010, p. 123), a concessão de serviço público é:

[...] é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Nesta linha, verifica-se que concessão de serviço público é uma espécie de contrato administrativo através da qual é transferida a execução de serviço público para particulares, por prazo certo e determinado. Ademais, dos conceitos apresentados, pode-se extrair algumas características principais da concessão, como natureza contratual, que é estabelecida de forma não precária e possui prazo determinado.

Segundo Di Pietro (2001, p.270), a concessão de serviço público é assim conceituada:

É um contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

Portanto, a concessão de serviços públicos deve ser compreendida como uma forma de prestação indireta do serviço a ser desempenhado pelo particular. Deste modo, o Poder contratante – chamado concedente, transfere competências -

que a princípio seriam executadas pelo próprio Poder Público e que são transferidas para o particular contratado – chamado concessionário, pois este deverá estar em melhores condições de executá-las do que o Estado, ou seja, deverá demonstrar a capacidade de desempenhá-las da melhor forma (ANNUNZIATO, 2013).

A concessão do serviço público está associada a cláusulas exorbitantes que autorizam o concedente alterar e rescindir unilateralmente o contrato realizado, fiscalizar sua execução, bem como aplicar as penalidades cabíveis; tendo também a mesma característica da mutabilidade, podendo ser aplicadas as teorias do fato do princípio da legalidade (GUIMARÃES, 2008).

Conforme Filho (2008, p. 329), as concessões de serviços públicos estão divididas basicamente classificadas em duas categorias: “a) concessões comuns; b) concessões especiais”.

Assim, as concessões comuns são regulamentadas pela Lei nº 8.987/95 e possuem duas modalidades distintas, quais sejam: - concessão de serviço público simples e, - concessão de serviços público precedida da execução de obra pública. Nesta categoria de concessão o poder constituinte não contribui com qualquer contrapartida pecuniária ao concessionário, desta forma todos os recursos utilizados provêm das tarifas pagas pelos usuários dos serviços (Filho, 2008).

Já as concessões especiais são regulamentadas pela Lei nº 11.079/04, e também possuem duas modalidades distintas: - concessões patrocinadas, - concessões administrativas. Diferentemente das concessões comuns, nas concessões especiais o concessionário recebe determinada contraprestação pecuniária do poder concedente. Desta forma, cada uma das categorias encontra-se disciplinada em lei própria (ANNUNZIATO, 2013).

A Lei das concessões de serviços públicos lei nº 8.987 foi sancionada em 13 de fevereiro de 1995, passando ser conhecida como “lei das concessões” e que regulamentou o artigo 175 da Constituição Federal, que aborda a delegação dos serviços públicos à iniciativa privada (ANNUNZIATO, 2013).

Couto (2011) ressalta que, a nova lei instituiu medidas de controle da concessão, por exemplo, no seu art. 29, por meio do qual encarrega ao poder concedente regular o serviço concedido e fiscalizar de forma permanente a sua prestação de contas.

A lei nº 8.987, entretanto, deixou um resquício em seu art. 9º: “A tarifa do serviço público concedido será fixado pelo preço da proposta vencedora da licitação” (BRASIL, 1995).

Diante disso, o poder público passou a “leiloar” serviços públicos de forma rápida, antes mesmo de ser regulamentado, como previa a lei, e até antes de estabelecer os necessários mecanismos controladores e regulamentadores das concessões, as chamadas “Agências” (CARELLI, 2003).

Nesta perspectiva, a Lei 8.987/1995 dispõe sobre o regime de permissão e concessão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, essa lei prevê que toda concessão de serviço público seja sempre objeto de precedente licitação (art. 14). Prevê também, como cláusula fundamental do contrato de concessão, as principais condições para sua prorrogação (ANNUNZIATO, 2013).

Carelli (2003) discorre determinadas condições para o prolongamento das concessões em caráter improvável, que estiverem com prazo indeterminado (art. 42). Já o artigo 43 da mesma Lei nº 8.987/1995, declara suprimidas as concessões de serviços públicos concedidas sem licitação na vigência da Constituição de 1988 (MARQUES NETO, 2006).

A presente lei mencionada outorga as concessões para a prestação de serviços públicos, mas não prevê sobre a forma de como executá-los diretamente pelo Poder Público, que é uma opção prevista na Constituição. Institui apenas, no § do artigo 42, que, transcorrido o prazo do contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por entidade do poder concedente, mediante novo contrato.

A Lei 8.987/95 prevê normas gerais sobre o regime de concessão e autorização da prestação de serviços públicos na forma prevista pelo art. 175 da Constituição Federal e demonstra um exemplo dos perigosos desvios do dogma jurídico. Algumas importantes reflexões podem demonstrar a contradição entre o conceito de Terceirização e a contratação operada pelas concessionárias. O princípio traz no artigo 25 a seguinte disposição:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua sua responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente (BRASIL, 1995).

A empresa concessionária tem por esse dispositivo em princípio, autorização legal para contratar indiretamente a efetivação produção de bens ligados e de serviços a sua atividade, ou seja, teria a concessão legal para negar a sua finalidade. Portanto, poderia a concessionária, com base na letra fria da lei, passar a ser uma mera administradora de contratos de concessão, um entrave entre o Estado e a efetiva execução dos serviços contratados (MARTINS, 2010).

Diante disso, tal possibilidade afeta gravemente o princípio razoável de impossibilidade jurídica de delegação da execução da atividade do contratante a terceiros, logo que a pessoa jurídica não pode negar materialmente o desígnio por ela declarado no seu ato constitutivo, sob pena de ser desatendida a requisição primordial para que o ordenamento jurídico lhe outorgue a personalidade jurídica (CARELLI, 2003).

Por outro lado, a Lei 8.987/95 autoriza a pessoa jurídica contratada pelo Estado a firmar acordo com terceiro para execução da sua atividade final, ou seja, possibilita a deixar de concretizar materialmente seus objetivos. Com isso, sua personalidade jurídica fica desprovida de um componente essencial, o que significa que fica inutilizada (MARTINS, 2010).

Assim sendo, ao mesmo tempo em que a lei permite a delegação, mediante contrato, de atividades finais, subtraindo assim sua capacidade de contratar. Em termos simplórios, seria o equivalente a reeditar uma norma que concedesse livre-arbítrio a um aprisionado, mas que, condicionasse à sua morte. A Lei 8.987/95 isenta moldes diferenciados para a contratação indireta de bens e de serviços. Com relação aos bens, ela prioriza a lógica jurídica, permitindo a contratação indireta de produção de bens relacionados à sua atividade inerentes, acessórios ou complementares aos serviços concedidos (BRASIL, 1995).

Contudo, no que concerne a contratação de serviços, não pode ser essa a explanação, pois o parágrafo único e o *caput* do artigo 31 da lei induzem a conclusão diversa:

Art. 31 - Incumbe à concessionária:
I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato; (BRASIL, 1995, p. 28).

Assim, ao que se refere à contratação indireta, por intermédio de terceiros, aplica-se a legislação trabalhista, ou seja, aplicam-se as normas previstas no artigo 9º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), bem como os princípios prescritos no Enunciado 331 do TST. Deste modo, tratando-se de contratação indireta de mão-de-obra, há que se requerer um serviço especializado, direcionado à atividade da contratante e devem estar ausentes a subordinação direta pessoalidade e a na relação entre a empresa concessionária e o trabalhador, na forma prevista no inciso III do Enunciado 331 do TST (MARTINS, 2010).

Pela exposição acerca da Lei 8.987/95, pode-se apreender-se que se trata de categoria de norma permissiva de contratação indireta de produção de bens e mão-de-obra. Entretanto, não pode ser classificada como norma da terceirização, pois como se observou, para que haja Terceirização é necessário que o objeto contratado esteja fora da “atividade-fim” da contratante, sendo a norma algo silente acerca dessa restrição (CARELLI, 2003).

Martins (2010) assevera que, para que haja norma permissiva de terceirização é necessário, que o contrato seja recorrente da implementação de técnica administrativa que dirigisse a eficácia empresarial e não somente a redução de custos.

Na prática, demonstra-se que as concessionárias têm delegado a execução de serviços essenciais à sua “atividade-fim”, para aumentar remessas de dividendos aos controladores e os lucros, que na maior parte das vezes são de outros países, neste caso, estrangeiros.

A responsabilidade da tomadora de serviços, mediante ao item IV do Enunciado 331 do TST, a responsabilidade é subsidiária. Mesmo tendo a responsabilidade de regular a terceirização, com a conservação do vínculo empregatício entre a prestadora de serviços e o trabalhador terceirizado, o item IV prevê a obrigação subsidiária do tomador de serviços diante do descumprimento dos encargos trabalhistas por parte do empregador, desde que tenha notificado a relação processual e seja inserido o título executivo judicial (BONAVIDES, 1996).

Nesta perspectiva, a condenação subsidiária decorre da culpa e da culpa *in eligendo*, com embasamento no Código Civil de 2002:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002, p. 18).

Deve ser observado que o artigo mencionado prevê somente o "inadimplemento dos encargos trabalhistas" para a condenação subsidiária do tomador da prestação de serviços. Assim, a inadimplência do tomador de serviços é responsável subsidiariamente. Não existindo necessidade de "comprovação efetiva da inidoneidade financeira da empregadora", como sustenta a doutrina e jurisprudência em sua minoria (SILVA, 1997, p. 81).

As sentenças trabalhistas costumam evidenciar a falta de idoneidade das empresas prestadoras de serviços pela falta ou ausência das audiências de prosseguimento o que é usual na prática forense, bem como pela ausência de documentação estabelecida por lei, quando tais ocorrências são simples reforços de alegação diante do descumprimento averiguado nos autos do processo, que é aceitável para a condenação subsidiária do tomador. Vejamos a jurisprudência abaixo:

TERCEIRIZAÇÃO – INIDONEIDADE DA EMPRESA TERCEIRIZADA – CULPA IN ELIGENDO DA TOMADORA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ENUNCIADO 331 DO C. TST – A empresa tomadora do serviço responde de forma subsidiária pelas obrigações trabalhistas, quando verificada a inidoneidade da empresa terceirizada e caracterizada a culpa in eligendo da primeira, a teor do disposto no Enunciado nº 331 do C. TST. (RO 020/01. Decisão do TRT 14ª Região. Rel. Juíza FLORA. Publicado no DJ em 17.07.2001)

Antes da Lei de Trabalho Provisório, previa esta responsabilidade solidária da empresa tomadora de serviços pelos registros de remuneração, contribuições previdenciárias, e indenização, somente em caso de bancarrota da empresa que firma a terceirização (CARELLI, 2003).

Contudo, a realidade social resultou na elaboração, sob a influência do princípio de proteção ao trabalhador no valor social do trabalho, do instituto da responsabilidade subsidiária trabalhista. Na Súmula 331 do TST dispõe em seu inciso IV que a inadimplência dos encargos trabalhistas, por parte do empregador, resulta na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas responsabilidades, desde que tenham participado da relação processual e estejam inseridos também ao título executivo judicial (POLONIO, 2000).

Deste modo, a responsabilidade subsidiária trabalhista prevista no referido Enunciado concebe, na verdade, a declaração de um vínculo mínimo, de um vínculo

de responsabilidade do tomador de serviços em relação ao trabalhador que foi terceirizado, tornando-se empregado efetivo da empresa prestadora de serviços.

Na hipótese de falcatrua, aos regulamentos trabalhistas pela prática da terceirização ilícita será incidido no art. 9º da CLT, sendo ponderados como nulos do pleno direito pautado aos atos da "terceirização", formando-se o vínculo empregatício de forma direta com o tomador. Os terceiros que participarem do ato dolo como "empresa prestadora de serviços" contestará de forma solidária, com base no art. 942 do Código Civil de 2002 (POLONIO, 2000).

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação (BRASIL, 2002, p. 17).

Portanto, é relevante verificar que mesmo não havendo qualquer ilegalidade na contratação da empresa interposta, ou seja, em casos de terceirização lícita, a tomadora de serviços irá responder de forma subsidiária pelo descumprimento da empresa que terceiriza os serviços, com relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas.

Destarte, essas formas de responsabilidade servem como precaução para que a empresa tomador dê preferência a uma prestadora idônea, e que haja a inspeção e fiscalização. Neste sentido, esses aspectos resultam no adequado pagamento dos empregados da mesma, caso contrário, a ela possivelmente será punida, subsidiariamente, em eventual queixa trabalhista, cabendo-lhe, apenas, entrar com ação regressiva em face da devedora, pleiteando a indenização dos valores desembolsados.

1.3 Aspectos legais da concessão

A concessão de serviços públicos trata-se de uma importante forma de delegação de prestação dos serviços públicos, e, conforme determina a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 175, transcrito anteriormente, deve ser disciplinada por lei (ARAGÃO, 2005).

Vários foram os aspectos disciplinados na lei, tais como: os relativos à contratação, relacionando os encargos do concedente e do concessionário; a exigência e o processo de Licitação; à política tarifária, bem como, a quem compete indicar o perfil do instituto (FIGUEIREDO, 2004).

Conforme disposto no art. 1º da Lei nº 8.987/95: “As concessões de serviço público e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos” (BRASIL, 1995, p. 23).

Desta forma, as concessões e permissões serão regidas pela lei 8.987/95, pela Constituição, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos contratos, que são indispensáveis. Portanto, a concessão de serviço público encontra-se disciplinada nas leis nº 8.987/95 e nº 9.074/95, aplicando-se subsidiariamente, desde que não haja conflito com as leis acima citadas, a Lei nº 8.666/93, por força do que dispõe o art. 124 desta (BRASIL, 1995).

O disposto no art. 2º da Lei nº 8.987/95, assim define concessão e suas modalidades:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado” (BRASIL, 1995, p. 25).

Neste contexto, em dezembro de 2004, foi editada a Lei nº 11.079, que passou a disciplinar a concessão especial de serviços públicos, sob as modalidades de concessão patrocinada e concessão administrativa, instituindo o regime denominado Parceria Público-Privada, que tem como objetivo assegurar o melhor uso dos recursos públicos na execução e provisão dos serviços públicos, visando sempre o desenvolvimento do país. Esse diploma surgiu com o propósito de suprir as necessidades sociais e o interesse público de forma eficaz, diante da escassez de recursos do Estado e das restrições financeiras enfrentadas pelo país. Ademais, a citada lei prevê a aplicação subsidiária de dispositivos da Lei nº 8.987/95; da Lei nº 9.074/95, bem como da Lei nº 8.666/83 que dispõe sobre licitações públicas, visto

que as concessões não fogem à regra constitucional da obrigatoriedade de prévio processo licitatório.

1.4 Hipóteses de dispensa do procedimento

As hipóteses de dispensa da licitação estão indicadas, de forma exaustiva, na Lei no 8.666. Nesse particular, a disciplina da lei federal tem natureza de norma geral, obrigatória para todos os órgãos públicos, em qualquer esfera de competência ou poder e, como tal, insuscetível de ser modificada por norma de hierarquia inferior, seja estadual ou municipal (MELLO, 2010).

São 28 os casos de dispensa de licitação, todos eles indicados no art. 24 da Lei no 8.666. Percebe-se que o elenco das hipóteses de dispensa da licitação constitui *numerus clausus*, não comportando, portanto, ampliação, nem interpretação extensiva. Essas, e somente essas, são as situações nas quais a contratação direta poderá ser realizada (MINAS GERAIS, 2009).

O texto original da Lei nº 8.666 previa apenas 15 hipóteses de dispensa da licitação. Com as alterações introduzidas pela Lei no 8.883, de 8 de junho de 1994, os casos de dispensa foram ampliados para 20, por conta de inclusões feitas através de Medidas Provisórias convertidas até aquela data (MELLO, 2010).

Novas situações de dispensa foram criadas pela Medida Provisória no 1.531, editada pela primeira vez em 2 de janeiro de 1996, convertida na Lei no 9.648, de 27 de maio de 1998, publicada no Diário Oficial do dia seguinte (MINAS GERAIS, 2009).

As hipóteses dos incisos XXV, XXVI, XXVII e XXVIII foram introduzidas pelas Leis nos 10.973, de 2004, 11.107, de 2005, 11.445 e 11.484, de 2007, respectivamente (BRASIL, 1995).

O propósito eminentemente prático deste trabalho não exige a análise detalhada de cada uma dessas hipóteses, umas porque não oferecem dificuldade para seu entendimento e demonstração, outras porque são restritas a determinados órgãos públicos, não despertando interesse generalizado.

Entretanto, cabe comentar algumas dessas hipóteses, especialmente as que foram acrescentadas pela MP no 1.531, convertida na Lei no 9.648, de 1998.

1.4.1 Contratação de valor reduzido (incisos I e II)

Os incisos I e II do art. 24 tratam da dispensa do procedimento licitatório nas contratações de obras e serviços de engenharia “de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea ‘a’ do inciso I do artigo anterior” e de outros serviços e compras “de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea ‘a’ do inciso II do artigo anterior” (OLIVEIRA, 2009).

Tendo sido elevados para R\$ 150.000,00 e R\$ 80.000,00, respectivamente, os limites de valor para a modalidade convite (art. 23, incisos I, a, e II, a), agora os serviços e compras estimados em até 10% desses valores poderão ser contratados diretamente, independentemente de qualquer formalidade ou justificativa, uma vez que a essas hipóteses não se refere o art. 26 da Lei no 8.666. Para as entidades da administração descentralizada (empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações qualificadas como Agências Executivas), o limite sobe para 20% (parágrafo único do art. 24, introduzido pela lei de conversão acima referida) (RIBEIRO; PRADO, 2007).

Entretanto, se de um lado essa alteração facilita a atividade administrativa da União e dos Estados e Distrito Federal, na medida em que permite acelerar as contratações e reduzir os custos administrativos nelas envolvidos, de outro lado pode representar a completa eliminação do procedimento licitatório.

Com efeito, se não houver controle sobre o fracionamento das obras, serviços e compras, é provável que, doravante, alguns órgãos públicos simplesmente deixem de fazer licitação. Isso fatalmente ocorrerá na grande maioria dos municípios brasileiros, cujas contratações são de pequena monta.

No anteprojeto de 1997, do antigo Ministério da Administração, havia disposição interessante, que limitava as contratações com dispensa, as quais não poderiam ultrapassar “no seu somatório, e no mesmo exercício, o dobro do valor estabelecido (para a dispensa) no inciso I deste artigo” (§ 2º do art. 68) (BRASIL, 1995).

1.4.2 Emergência ou calamidade pública (inciso IV)

Dentre as hipóteses de dispensa do procedimento licitatório a emergência ou calamidade pública certamente, a mais frequente. Talvez em função do excessivo

rigor formal introduzido pela Lei no 8.666, não é raro encontrar nas páginas dos Diários Oficiais de publicações relativas a contratações diretas feitas sob a invocação desse inciso IV. Entretanto, uma análise acurada dessas contratações certamente evidenciará o equívoco cometido pelos agentes públicos que as autorizam, quando se constata que a situação de emergência ou urgência alegada, em verdade, foi provocada pela falta de planejamento ou por outro motivo resultante do descuido do administrador público (BRASIL, 1995).

A hipótese legal somente se configura quando presentes duas situações: (a) risco de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas, bens ou serviços, públicos ou particulares, e (b) demonstração de que somente com a imediata contratação será possível evitar esse risco. Essas duas condições, ou requisitos, devem ser concomitantes, porque a ocorrência de apenas um deles não é suficiente para autorizar a dispensa da licitação. Com efeito, é perfeitamente válido supor que, mesmo quando presente situação de risco, a afetação do interesse público possa vir a ser maior com a contratação direta do que se feita após licitação (MELLO, 2010).

Por isso, em situações de “fato consumado”, quando se mostra a necessidade da contratação intransponível, o procedimento licitatório poderá ser dispensado, se bem caracterizada a urgência de atendimento, não podendo deixar de promover a responsabilização do agente ou administrador público, que foi omissivo ou retardou as providências que lhe cabia tomar, para que a obra, o serviço ou a aquisição se fizesse no tempo adequado. Neste caso, o Ministério público poderá, sem alarde, ter uma atuação meritória, cobrando dos administradores públicos, em juízo, o ressarcimento dos custos acrescidos nas contratações realizadas por conta das “urgências” fabricadas (RIBEIRO; PRADO, 2007).

Deve-se observar, por outro lado, que a concessão de oportunidade para adequação das propostas desclassificadas (por serem manifestamente superiores aos valores de mercado), franqueada pelo parágrafo único do referido art. 48, deve ser aplicada com cautela, sob o prisma de sua compatibilidade com os princípios da isonomia e da legalidade, que fundamentam a licitação (MEDAUAR, 2008).

Como observa Justen Filho (2005, p. 65), “o dispositivo transforma os anteriores licitantes em titulares de faculdade incompatível com regras e princípios constitucionais”, isto porque – continua ele – um terceiro que se encontre em condições de contratar com a Administração e não tenha participado da licitação

“teria frustrado o direito de participar da nova formulação de propostas”. Nem se mostraria válido o procedimento que transformasse a licitação em negociação direta, mediante a aceitação de sucessivas e injustificáveis novas propostas dos mesmos primitivos licitantes.

Ademais, o procedimento facultado pelo mencionado dispositivo contraria o princípio da legalidade, que impõe o sigilo das propostas, uma vez que rende ensejo à indicação de novas condições de preços, para suplantar concorrentes (MELLO, 2010).

Registre-se, por fim, que o § 1o do art. 48 da Lei no 8.666/93, na redação dada pela Lei no 9.648/98, estabelece critério matemático para determinação da inexequibilidade de proposta nas licitações de obras e serviços de engenharia, critério esse que passaria a ser adotado em todas as licitações de menor preço, se vingasse o substitutivo da CAE/Senado, e que terá novos parâmetros, se aprovado o Projeto de Lei nº 559, de 2013, da Comissão Especial do Senado.

2 A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

2.1 A inserção da PPP no Direito Brasileiro

As parcerias público-privadas contratadas por Estados, Distrito Federal e Municípios, a lei fixa limites para tais despesas, considerando sempre a receita corrente líquida do ente federativo, devendo este, antes da contratação comprovar o cumprimento do aludido limite (FIGUEIREDO, 2004).

Diante do entendimento de Carvalho Filho (2008, p.381), o contrato de concessão especial sob o regime de parceria público-privada pode ser conceituado como:

O acordo firmado entre a Administração Pública e a pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes.

Tal conceito trata, portanto, de abranger os elementos básicos do instituto, que é um acordo de natureza contratual, que tem como natureza jurídica a de um contrato administrativo de concessão de serviço público, segundo a própria lei. Assim, incide sobre estes contratos o princípio da desigualdade das partes e as

cláusulas exorbitantes peculiares aos contratos administrativos previstos na Lei 8.666/93 e na Lei nº 8.987/95 (GUIMARÃES, 2008).

Conforme Alexandrino (2008, p. 179), a principal meta das Parcerias Público-Privadas é a atração do setor privado, nacional e estrangeiro, com o intuito de maiores investimentos em projetos de grande porte, estes se são de forma grandiosa necessários ao desenvolvimento do país, cujos recursos implicados extrapolam a capacidade financeira do setor público.

Nas lições de Medauar (2008, p. 54) a Parceria Público-Privada pode ser definida como:

Um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro.

No entendimento Di Pietro (2006), a Lei Federal nº 11.079/2004 não traz um conceito sobre o que seria a Parceria Público-Privada. Conforme a autora, a lei em seu art 2º, apenas apresenta as duas modalidades desta parceria, quais sejam: patrocinada ou administrativa.

A partir deste posicionamento Di Pietro (2006, p.56), conceitua a Parceria Público-Privada, sendo:

[...] é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto: (a) a execução de serviço público precedido ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

Neste sentido, Gasparini (2005, p. 76) conceitua as Parcerias Público-Privadas da seguinte forma:

Um contrato administrativo de concessão de serviço ou de obra pública, por prazo certo e compatível com o retorno do investimento, celebrado pela Administração Pública com certa entidade privada, remunerando-se o parceiro privado conforme a modalidade adotada, destinado a regular a implantação ou gestão de serviços mesmo com a execução de obras, empreendimentos ou outras atividades de interesse público.

É fundamental registrar que as Parcerias Público-privadas consistem em um dos principais instrumentos utilizados pelo Estado para realização de investimentos em infra-estrutura. Ocorre que, por intermédio de uma PPP, a União, os Estados ou

os Municípios podem selecionar e contratar empresas privadas, por prazo determinado, que ficarão responsáveis pela prestação de serviços de interesse público.

Nesse contexto, as Parcerias Público-privadas surgiram como tentativa de harmonizar dois interesses antagônicos, que por vezes enfrentam-se no entrelaçamento dos valores e fins da Administração Pública com os valores e fins almejados pela iniciativa privada: o interesse público - dever da administração, e a lucratividade – objeto da iniciativa privada.

Desta forma, a Lei nº 11.079, introdutora da PPP, delinea os pontos críticos da confluência destes dois fatores, permitindo que a lucratividade e o interesse público convivam lado a lado, estabelecendo mecanismos inovadores para atrair o capital privado, formando-se um novo tipo de relação jurídica (GUIMARÃES, 2008).

Essa lei traz em seus dispositivos importantes inovações para as contratações públicas, regras que disciplinam a relação contratual entre entes público e privado, juntando-se às outras leis que regem as PPP's, quais sejam: a Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos e a Lei nº 8.987/95 – Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos, com a finalidade de aprimorar a prestação de serviços públicos importantes à coletividade (BELIZARIO, 2018).

Importante salientar que, o negócio jurídico entre os setores público e privado em cooperação e parceria já era autorizado pela legislação brasileira. Porém, incontestavelmente, a Lei nº 11.079/04 é um marco legislativo, pois visa preencher determinadas lacunas legais antes existentes, complementando as regras aplicáveis às concessões públicas, aos procedimentos licitatórios e aos contratos, garantias ao parceiro privado, bem como traz um conceito de Parcerias Público-Privadas, delineando um sentido restrito para o termo, limitando tais parcerias às modalidades.

2.2 Modalidades de Concessão das PPP's

A concessão de serviço público, como modo de delegação da prestação de serviços públicos, sofreu profundas alterações com o advento da Lei nº 11.079/04, que instituiu normas gerais para a licitação e contratação de parcerias público-privadas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Esta Lei, em seu art. 2º, conceitua sucintamente as PPP's como sendo “o contrato administrativo de concessão, através da modalidade patrocinada ou administrativa. Define também a lei em seus incisos §1º e §2º duas espécies de Parcerias, a saber:

Art. 2º (...)

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (BRASIL, 1995, p. 28).

Percebe-se assim que os contratos de concessão especial de serviços públicos comportam duas modalidades: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

Nas lições de Carvalho Filho (2008),

A concessão patrocinada se caracteriza pelo fato de o concessionário perceber recursos de duas fontes, uma decorrente das tarifas pagas pelos usuários, e outra, de caráter adicional, oriunda de contraprestação pecuniária devida pelo poder concedente ao particular contratado.

Já a segunda modalidade, que a concessão administrativa, a Administração Pública é a própria usuária do serviço, mesmo que envolva execução de obras ou fornecimento e instalação de bens. Desta forma, esta modalidade não comporta remuneração pelo sistema de tarifas a cargo do usuário, pois o pagamento do serviço ou da obra é efetuado diretamente pelo concedente (COUTINHO, 2007).

Ante o exposto, nota-se que a concessão patrocinada, assemelha-se à concessão comum já existente na Lei nº 8.987, a diferença é que na Patrocinada adicionalmente à tarifa paga pelos usuários dos serviços, há uma contraprestação pecuniária do Poder Público ao parceiro privado, que tem como fundamento a necessidade de estímulo ao investimento privado em setores pouco ou nada atrativos financeiramente.

A Concessão administrativa, como mencionado, a própria Administração Pública fica responsável pelo pagamento das tarifas, pois ostenta a qualidade de usuária do serviço público de forma direta ou indireta.

Ocorre que, para parte da doutrina, a Concessão administrativa funciona como um contrato de prestação de serviço público como qualquer outro, na qual a empresa é remunerada pelo ente estatal.

Na opinião de Alexandrino (2008), o funcionamento desta modalidade é de difícil visualização, a definição legal não explícita quanto à natureza do serviço prestado pelo parceiro privado à Administração, vale dizer, não está dito que o objeto da concessão administrativa seja prestação de serviço público.

Neste sentido, Di Pietro (2006), afirma que a concessão administrativa, cuja denominação é inadequada porque toda concessão é administrativa, constitui um mix de empreitada e de concessão: de empreitada, pois a remuneração é feita pelo poder público e não pelos usuários do serviço; de concessão porque seu objeto poderá ser a execução de serviço público, motivo pelo qual seu regime jurídico será semelhante ao da concessão de serviços públicos, além de ser regulada pela Lei federal das PPP's, irá se submeter a normas aplicáveis à concessão comum, ao que conferem prerrogativas públicas ao concessionário, como as previstas nos artigos 21 a 39, da Lei nº 8.987/95 e art. 31 da Lei nº 9.074/95, conforme determina o artigo 3º da Lei das PPP's.

A Concessão Administrativa é considerada como uma falsa concessão, pois segundo o autor é praticamente impossível um serviço que possa ser mantido por meras tarifas nas quais a administração compareça como simples usuária, mas na quantidade e frequência suficiente para acobertar tais serviços, maiormente se envolverem também a execução de obra ou implantação de bens.

Para Carvalho Filho (2009), o que a Administração teria de pagar para acobertar os dispêndios da prestação do serviço, não seria tarifa, seria uma remuneração contratual como qualquer outra, o que, obviamente, descaracteriza a parceria como uma concessão.

Diante de tais inquirições, percebe-se que a Concessão Administrativa torna-se uma concessão comum, diferenciando apenas ao que se refere à existência da contraprestação pecuniária do Estado. Com efeito, o disposto no § 3º do art. 2º confirma que uma concessão comum, baseada na Lei nº 8.987/95, sem contraprestação pecuniária do Poder Público ao parceiro privado, não deve ser considerada PPP (OLIVEIRA, 2007).

Com isso, tratando-se das afirmações sobre a Concessão Patrocinada e a Concessão Administrativa, percebe-se que diferem uma da outra, pois na

Patrocinada, o usuário paga tarifa, enquanto na Administrativa não existe tal pagamento, o particular somente é remunerado pelo Estado (OLIVEIRA, 2007).

2.3 Restrições à Parceria Público-Privada

Conforme disposto no art. 2º, § 4º, da Lei 11.079/04, é vedada celebração de contratos de parceria público-privadas nas seguintes hipóteses:

- I_ em contrato com valor inferior a \$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);
- II – por período de prestação de serviço inferior a 5 (cinco) anos; como também por período superior a 35 (trinta e cinco) anos, com base no art. 5º, I.;
- III – em contrato que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, a execução de obra pública ou o fornecimento e instalação de equipamentos. (BRASIL, 1995).

Neste diapasão, também está vedado, consoante art. 4º, I, o contrato de PPP quando seu objeto envolver a delegação das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas.

Segundo determina o art. 5º, I, da referida lei, que trata das cláusulas obrigatórias, o contrato deverá conter cláusula referente ao “prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco) anos, nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação”. Restringindo assim, o prazo mínimo de contratação de 5 a 35 anos. (BRASIL, 1995, p. 18).

Para Di Pietro (2006), os critérios determinados para prorrogação nas concessões são válidos para as PPP's. Nesse sentido, assevera a autora a existência da possibilidade de haver prorrogação de contrato desde que tenha sido prevista no edital da licitação e no contrato, ainda que a Lei nº 8.987 só trate dessa exigência no art. 23, inciso XII. Isso porque o princípio da vinculação ao instrumento convocatório impediria a previsão apenas no contrato, se não tivesse havido a menção expressa a essa possibilidade no edital da licitação, que é o instrumento adequado para estabelecer os critérios e as condições de que a prorrogação será possível.

Outro aspecto legal importante está contida no art. 9º da Lei nº 11.079, tal dispositivo determina que antes da celebração do contrato, deverá ser constituída

uma sociedade de propósito específico, cuja função é de implementar e gerir o objeto da parceria. Desta forma, pretendeu o legislador colocar em apartado a pessoa jurídica interessada na parceria, de um lado, e do outro a pessoa jurídica incumbida da execução do objeto do contrato. Permitindo desta maneira, maior controle do poder concedente sobre as atividades, o desempenho, e as contas do parceiro privado. Esta, tem por finalidade precípua separar os negócios da PPP de qualquer outro negócio da empresa, inclusive para a assunção de capital de terceiros (CARVALHO FILHO, 2009).

A Lei não conceitua sociedade de propósito específico, para Gasparini (2005) trata-se de uma sociedade constituída pelos parceiros públicos e privado, unidos por força de certo processo de licitação ou em razão de sua dispensa ou inexigibilidade, com quem a Administração Pública ajustará o contrato de parceria público privada. Ressalva o autor que para cada parceria público-privada deverá haver uma sociedade de propósito específico para implantá-la e gerir seu objeto.

O parágrafo 1º do art. 9º dispõe que é possível a transferência do controle da sociedade de propósito específico, mediante autorização expressa da Administração Pública, nas condições do edital e do contrato, desde que observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987/95. Assim, o parceiro deverá atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço, bem como comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato firmado (CARVALHO FILHO, 2009).

Portanto, a PPP deve ser gerida por uma sociedade de propósito específico, criada pelo ente público e pelo parceiro privado com o objetivo de gerir a contratação. Ressalta-se que a sociedade poderá ser companhia, inclusive de capital aberto, e deverá ser instituída após a licitação e antes da celebração do contrato.

2.4 O contrato na PPP

Meirelles (2006) conceitua contrato administrativo como “o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.

A concepção supracitada refere-se apenas aos denominados contratos administrativos, que são aqueles em que a Administração atua nessa qualidade e, portanto dotado das prerrogativas características de Direito Público. A exemplo, deste tipo de contrato temos os contratos firmados nas PPP's, nos termos do art. 2º da Lei da 11.079. Assim, o contrato da PPP é composto por cláusulas que fixam seu objeto e prescrevem as condições imprescindíveis para a sua plena execução, denominadas obrigatórias, cuja sua inexistência gera nulidade do contrato.

A referida Lei traz de forma expressa, que a relação jurídica existente entre os parceiros é de natureza contratual, regulada pelo Direito Administrativo, mas cujo regime é dado por esse diploma legal. Trata-se de um contrato administrativo que se regula pelas respectivas cláusulas, sendo aplicável a teoria geral dos contratos de forma suplementar (CARVALHO FILHO, 2009).

É obrigatório que no instrumento contratual conste a previsão da repartição dos riscos entre concedente e concessionário, inclusive diante da ocorrência de fatos imprevisíveis (art. 5º, III). (BRASIL, 1995, p. 24).

Encontra-se previsto na lei, regra essencial quanto ao prazo contratual: a vigência do contrato não será inferior a cinco anos, nem superior a trinta e cinco anos, já considerada eventual prorrogação. Ao fixar o prazo do contrato, a Administração Pública deverá observar o princípio da proporcionalidade, devendo o prazo ser compatível com a amortização dos investimentos efetuados (CARVALHO FILHO, 2009).

São ainda obrigatórias, as cláusulas relacionadas à remuneração e atualização dos valores contratuais, bem como as que indiquem os meios de preservação da atualidade da prestação dos serviços.

Importante registrar que, antes da celebração do contrato de PPP, deverá ser constituída uma Sociedade de Propósito Específico, criada, exclusivamente, para o contrato a ser celebrado, que ficará incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria, conforme já mencionado anteriormente. Vale ressaltar que, é vedado ao Poder Público deter a maioria do capital social votante desta entidade específica.

Neste contexto, a contratação de uma PPP, com base na determinação legal, deverá ser precedida de licitação na modalidade de concorrência, através de publicação de edital aberto a consulta pública, compreendendo o que dispõe a Lei nº. 8.666/93, à qual trata de Contratos Administrativos.

Salienta-se que os contratos de Parceria público-privada, conforme determina art. 2º, § 4º da Lei das PPP's, supracitado, só devem ser celebrados com valor igual ou superior a vinte milhões de reais, por um prazo não inferior a 5 (cinco) anos nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, não tendo como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

2.4.1 Características e diretrizes

Segundo Carvalho Filho (2008), os contratos de concessão especial sob o regime de parceria público-privada apresentam três características básicas que os distinguem dos demais contratos administrativos: a) financiamento do setor privado; b) compartilhamento dos riscos; c) pluralidade compensatória.

Em relação ao financiamento do setor privado, revela o autor que “esse aspecto indica que o Poder Público não disponibilizará integralmente recursos financeiros para os empreendimentos públicos que contratar”, ficando a cargo do parceiro privado fazer investimentos no setor da concessão, com recursos próprios ou através de recursos obtidos junto a outras entidades do setor público ou privados (GASPARINI, 2005).

Outra característica consiste no compartilhamento dos riscos, pois o Poder concedente deve solidarizar-se com o parceiro privado em caso de eventual prejuízos ou qualquer déficit, independentemente das causas. Assim, percebe-se a necessidades de controle eficiente sobre o objeto do contrato, pois se a gestão for danosa, o Estado concedente arcará com os prejuízos juntamente com o parceiro (CARVALHO FILHO, 2009).

Ainda nas palavras do autor supra, a pluralidade compensatória é “fixada como obrigação do Estado em favor do concessionário pela execução da obra ou do serviço”. Desta forma, é admitida contraprestação pecuniária de diversas espécies, além do pagamento direto em pecúnia, por ser a forma mais comum de quitação (CARVALHO FILHO, 2009).

A concessão especial sob regime de Parceria Público-privada está enquadrada como contrato administrativo, portanto, por determinação legal (art. 4º), deverá ser celebrado com amparo nas seguintes diretrizes, dentre outras:

- Eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- Respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- Transparência dos procedimentos e das decisões;
- Indelegabilidade das funções exclusivas do Estado;
- Responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- Repartição objetiva dos riscos entre as partes;
- Sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria (CARVALHO FILHO, 2009).

Nas palavras de Mello (2010), com exceção da repartição objetiva de riscos entre as partes todas as demais diretrizes, obviamente, não precisariam ser referidas. Para ele, é impossível imaginar que os contratos em apreço deveriam buscar ineficiência tanto no cumprimento das missões estatais quanto no emprego de recursos.

A responsabilidade fiscal é uma diretriz que incide tanto na etapa de celebração como na de execução do serviço ou da obra. Já a sustentabilidade financeira dos projetos de parceria, incumbe a Administração Pública prover-se de reserva dos custos que ficarão a seu cargo e das vantagens socioeconômicas decorrentes do objeto contratual, devendo ser previamente verificada a relação custo-benefício do empreendimento.

Por determinação de lei, todo contrato de concessão de serviços públicos deve passar por um processo licitatório, portanto a contratação de PPP deve ser precedida de licitação, na modalidade concorrência, conforme já mencionado (MARQUES NETO, 2006).

A lei 11.079, dispõe ainda que as controvérsias decorrentes dos contratos de PPP's podem ser resolvidas por meio de arbitragem. Entretanto, posteriormente, foi permitida a assinatura de cláusula compromissória e do compromisso arbitral (MARQUES NETO, 2006).

Vale ressaltar que, com a extinção do contrato de Parceria Público-Privada, ocorrem as consequências previstas no art. 35 da Lei nº 8.987, quais sejam: a

reversão dos bens e a retomada de todos os direitos e privilégios transferidos ao parceiro privado; a imediata assunção dos serviços pelo parceiro público; a ocupação das instalações e a utilização de todos os bens reversíveis.

3 ASPECTOS GERAIS DA LICITAÇÃO

3.1 Conceito e características

A Licitação é um instituto consagrado no art. 37, XXI da Constituição Federal vigente, e dispõe que, salvo as situações excepcionais previstas na legislação ordinária, os contratos da Administração relativos às obras, serviços, compras e alienações serão precedidos, necessariamente, de licitação pública.

De um modo geral, a licitação, constitui o meio pelo qual o agente público exerce a administração do erário na contratação de bens e serviços, optando pela melhor forma de aquisição, observando sempre a necessidade do órgão licitante quanto à descrição do objeto ou serviço a ser adquirido (MARQUES NETO, 2006).

Muitos são os conceitos apresentados pela doutrina para licitação. Deste modo, nas lições de Alexandrino (2008), licitação é conceituada como:

Um procedimento administrativo, de observância obrigatória pelas entidades governamentais, em que, observada a igualdade entre os participantes, deve ser selecionada a melhor proposta dentre as apresentadas pelos interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, uma vez preenchidos os requisitos mínimos necessários ao bom cumprimento das obrigações a que eles se propõem.

Segundo Meirelles (2006, p. 37), entende-se por licitação o “procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”.

Justen Filho (2012, p.509) tem entendimento similar e conceitua licitação como “um procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato que melhor atenda ao interesse público”. Para o autor, a licitação visa garantir a observância do princípio da isonomia, uma vez que visa assegurar a participação de todos os interessados em contratar com a Administração Pública, e selecionar a proposta mais vantajosa para o interesse coletivo.

Já para Di Pietro (2001), licitação é definida como um procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato. Ressalte-se que a licitação é um procedimento administrativo integrado por atos e fatos da Administração e do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual.

Conforme expressa Carvalho Filho (2008), para conceituar a licitação deve-se considerar a natureza jurídica do instituto e o objetivo a que se preordena. Assim, com base nestes dois elementos o autor conceitua licitação como procedimento administrativo vinculado, por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração do contrato, ou a obtenção do melhor trabalho, técnico, artístico, ou científico.

Esclarece Cunha (2003, p.159) que licitação:

É o procedimento adotado pela Administração Pública para contratar obras e serviços, ou para adquirir bens e mercadorias, tornando pública a contratação mediante edital e permitindo que todos os interessados concorram, visando obter o melhor preço e a melhor qualidade.

Diante do exposto, pode-se compreender que a licitação é um procedimento administrativo prévio aos contratos da Administração Pública, onde esta seleciona a proposta que preencha os requisitos exigidos e que melhor atenda seus interesses e da coletividade, para posteriormente ser processada e julgada visando o desenvolvimento nacional.

Além disso, a licitação tem como finalidade a busca pela proposta mais vantajosa ao Poder Público, garantir a isonomia das contratações públicas, bem como a busca pelo desenvolvimento nacional. Sendo assim, qualquer pessoa que tenha interesse e cumpra as exigências legais, poderá firmar contrato com a Administração Pública, desde que seja o vencedor do certame.

Cumprado estabelecer que, conforme determina o art. 22, XXVII, da CF/88, compete, privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação em todas as modalidades para: a Administração Pública direta e indireta, da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecendo as exigências previstas no art. 37, XXI; e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, observando

os princípios constitucionais. Contudo, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem, de forma suplementar, legislar sobre a matéria, segundo suas peculiaridades, desde que em harmonia com a Carta Magna (MEIRELLES, 2006).

Em 21 de Junho de 1993, foi editada a Lei nº 8.666 – Lei de Licitações, em observância ao art. 22 da CF/88, visando regulamentar o art. 37, XXI do mesmo diploma legal. Trata-se de uma Lei de normas gerais sobre licitação e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, publicidade, compras e alienações, no âmbito dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme expressa ser art. 1º, abrangendo os órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as sociedades de economia mista, e demais entidades controladas pelos entes estatais (MEIRELLES, 2006).

Nesta linha, como já analisado, a Lei 8.987/95 instrumentaliza o preceito previsto no art. 175 da CF/88, pois dispõe sobre as concessões e permissões de serviços públicos, aplicando de forma complementar, os critérios e as normas gerais contidas na Lei 8.666/93 conforme previsão estabelecida no art. 18 da própria lei de concessões, observando que esta matéria também se encontra disciplinada pela Lei 9.074/95, que estabeleceu normas para outorga e prorrogações das concessões de serviços públicos (SUNDFELD, 1997).

Nas palavras de Alexandrino (2008), a licitação é sempre um procedimento formal, especialmente em razão de preceder contratações que implicarão dispêndio de recursos públicos.

3.2 Princípios básicos da Licitação

Consideram-se básicos os princípios norteadores fundamentais do procedimento licitatório, aqueles expressos no art. 3º da lei 8.666/93. Este diploma determina que as licitações devam selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, garantindo a observância do princípio constitucional da isonomia (MEIRELLES, 2006).

Determina também, o mencionado artigo que o processo licitatório, deve ser regido pelos seguintes princípios constitucionais: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos (PESTANA, 2006).

Em face o princípio da indisponibilidade do interesse público, a Administração Pública só poderá contratar com terceiros após procedimento de licitação. Tal exigência decorre da previsão expressa no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal vigente (PESTANA, 2006).

3.2.1 Princípio da Legalidade

O Princípio da legalidade talvez seja o princípio basilar de toda atividade administrativa. Significa que o administrador deverá sempre observar e seguir o que a lei impõe. Em matéria de licitação, que é um procedimento inteiramente vinculado à lei, todos os seus atos são regidos e devem ser realizados com fiel observância da lei.

Desta forma, todas as fases da licitação estão rigorosamente determinadas na Lei nº 8.666/93, que dispõe em seu art 4º que:

Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos (BRASIL, 1995, p. 27).

Conforme Di Pietro (2006, p. 23), “tratando-se de direito público subjetivo, o licitante que se sinta lesado pela inobservância da norma pode impugnar judicialmente o procedimento”.

Ademais, segundo a autora Di Pietro (2006, p. 26):

Mais do que um direito público subjetivo, a observância da legalidade foi erigida em interesse difuso, passível de ser protegido por iniciativa do próprio cidadão. É que a Lei 8.666/93 previu várias formas de participação popular no controle da legalidade do procedimento, ampliou as formas de controle interno e externo e definiu como crime vários tipos de atividades e comportamentos que anteriormente constituíam, em regra, apenas infração administrativa (art. 89 a 99) ou estavam absorvidos no conceito de determinados tipos de crimes contra a Administração Pública ou de atos de improbidade, definidos pela Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992.

Portanto, nas licitações, o princípio da legalidade impõe que o administrador observe as regras exigidas por lei para o procedimento. Segundo Carvalho Filho, trata-se da aplicação do devido processo legal, que exige que a Administração “escolha a modalidade certa; seja clara nos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos; que verifique os requisitos de habilitação

dos candidatos, e que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os mandamentos legais” (PESTANA, 2006).

3.2.2 Princípio da impessoalidade

Com fulcro no princípio da impessoalidade, a Administração pública deve dispensar o mesmo tratamento a todos os administrados que esteja na mesma situação jurídica. Em razão deste princípio, está vedado qualquer favoritismo ou discriminação entre os licitantes.

Segundo Júnior (2010, p. 45):

Na licitação, impõe-se um tratamento objetivo, levando em consideração as propostas apresentadas pelos participantes e as condições objetivas expostas previamente no edital, jamais se atentando para as condições pessoais dos licitantes que sejam estranhas ao objeto da licitação e ao futuro contrato.

Neste contexto, assegura Di Pietro (2001), que o princípio da impessoalidade está intimamente relacionado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, visto que, os licitantes devem ser tratados com igualdade, no que se refere a direitos e obrigações, devendo, portanto, a Administração Pública pautar-se por critérios objetivos, e nunca considerando as condições pessoais dos licitantes, nem as vantagens oferecidas pelos mesmos, salvo as permitidas por lei ou contidas no instrumento convocatório.

3.2.3 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade, ou isonomia, tem fundamento na Constituição Federal vigente, em seu art. 5º, como direito fundamental e com base nela a Administração deve dispensar tratamento idêntico a todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica (PESTANA, 2006).

Di Pietro (2001, p. 295), tal princípio “constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas a permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar”. Este princípio veda o estabelecimento de condições que indiquem preferência em favor de qualquer dos licitantes em detrimento dos demais.

Desta forma, Filho (2006, p. 34) registra que:

A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração Pública devem competir igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro.

Portanto, o princípio em tela, exige tratamento igual a todos os licitantes em todas as fases do procedimento. Assim, com base na Lei 8.666/93 em seu art. 3º § 1:

É vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes, ou que qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (BRASIL, 1995, p. 33).

Também é vedada para fins de habilitação, a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas em lei, que inibam a participação na licitação (PESTANA, 2006).

Ainda ocorre a aplicação deste princípio, quando a Lei nº 8.666/93 art. 3º, além de outras determinações, veda aos agentes públicos:

Estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária, ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais (BRASIL, 1995, p. 28).

3.2.4 Princípio da moralidade

A licitação deve se desenvolver em conformidade com os padrões éticos, de zelo, de honestidade e probidade que compõem toda a atividade administrativa.

Conforme Justen Filho (2002, p. 224), o princípio da moralidade “exige que o administrador se pautar por conceitos éticos”. Para o autor, “o direito condena condutas dissociadas dos valores jurídicos e morais”. Desta forma, mesmo quando não existe disciplina legal, é vedado ao administrador adotar conduta que ofenda a ética e a moral.

Segundo Justen Filho (2005, p. 38), “a moralidade está associada à legalidade: se uma conduta é imoral, deve ser invalidada”.

Assim, o princípio da moralidade exige da Administração Pública além de um comportamento lícito, também um comportamento consoante com a moral, os bons

costumes, a honestidade, os princípios de justiça e equidade, baseado nas regras de uma boa administração.

3.2.5 Princípio da publicidade

O Princípio da publicidade encontra-se previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, que reza que a licitação não será sigilosa, sendo todos os atos de seu procedimento públicos e acessíveis ao público. Desta forma, todos os atos e termos da licitação devem ser públicos (JUSTEN FILHO, 2005).

Ainda segundo Justen Filho (2005, p. 72), com base neste princípio “a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras a um maior número possível de pessoas.” Pois, quanto maior o número de pessoas conhecedoras da licitação, mais eficiente poderá ser o processo de seleção.

No entendimento de Di Pietro (2001, p. 298), o princípio em tela:

Diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade. A publicidade é tanto maior quanto maior for a competição propiciada pela modalidade de licitação; ela é a mais ampla possível na concorrência, em que o interesse maior da Administração é o de atrair maior número de licitantes, e se reduz ao mínimo no convite, em que o valor do contrato dispensa maior divulgação.

Tamanho é a importância deste princípio, que o mesmo encontra-se presente em vários dispositivos da Lei nº 8.666/93, entre os quais os seguintes: art. 3º, § 3º, que determina que a licitação não seja sigilosa; art. 4º, que permite que qualquer cidadão acompanhe seu desenvolvimento; art. 15, § 2º, que exige divulgação trimestral dos preços registrados; art. 16, que exige publicação de todas as compras feitas pela administração; art. 21, que exige publicação dos avisos com resumo do edital, bem como que qualquer modificação seja divulgada; art. 34, que exige divulgação do registro cadastral e sua permanente abertura a todos os interessados; art. 39, que exige audiência pública em determinados casos; art. 40, que exige que no edital conste local, horários e códigos de acesso aos meios de comunicação; art. 43, que exige que a abertura dos envelopes e propostas sejam feitos em ato público; e por fim art. 53 que exige divulgação do edital do leilão. Toda essa

explicitaçãodetermina a relevância do princípio da publicidade nas licitações (JUSTEN FILHO, 2005).

Já a singularidade do objeto, posta como motivo justificador da contratação dos serviços especializados listados no art. 13 da Lei no 8.666, resulta, de ordinário, de uma conceituação subjetiva do administrador público interessado, embora perfeitamente compatível com a discricionariedade que lhe deve ser assegurada. O mesmo pode ser dito relativamente à contratação de “profissional de qualquer setor artístico [...] consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública” (inciso III do art. 25) (BRASIL, 1995).

É certo que, em se tratando de qualificação artística, o julgamento objetivo, que constitui o princípio fundamental da licitação, pode restar quase inatingível, pela natureza e características de cada serviço a ser realizado. Um trabalho de arte tem maior ou menor valor, a depender da percepção de cada um. Isso não impede, porém, o procedimento licitatório, sob a modalidade apropriada do concurso.

Assim, apenas a “exclusividade” (do fornecimento de certo bem, ou da realização de certo trabalho) caracteriza, de fato, inviabilidade de competição, justificando, de plano, a contratação direta. Qualquer outra situação pode autorizar a “dispensa” do procedimento licitatório, quando se demonstrar a inconveniência de sua realização, ou o risco de prejuízo para a realização da obra, serviço ou fornecimento, nas condições pretendidas pela Administração.

3.2.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Este princípio encontra-se disposto na Lei 8.666/93, art. 3ºe no art. 41, segundo o qual: “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 44).

Para Justen Filho (2005, p. 226), “a vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados”. Assim, explica o autor que “as regras tacadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial”.

Dessa forma, tal princípio tem extrema importância, e destina-se tanto à Administração, quanto aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender ao instrumento convocatório, sob pena de serem considerados inabilitados.

Com base neste princípio, evita-se a alteração de critérios de julgamento, os licitantes têm certeza da real pretensão da Administração, e, evita-se qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.

Segundo Justen Junior (2002, p. 513), conforme o princípio da vinculação, “a Administração Pública está obrigada a observar todas as regras previamente fixadas para o certame”. Revela ainda que em razão deste princípio “tornou-se muito comum a afirmação de que o edital é a lei da licitação”.

3.2.7 Princípio da Probidade Administrativa

O princípio da probidade administrativa exige que o administrador atue com honestidade com os licitantes, e, sobretudo com a Administração Pública, devendo desenvolver suas atividades visando sempre o interesse administrativo, que é realizar a seleção mais acertada possível (PESTANA, 2006).

Desta forma, a licitação deve se desenvolver em conformidade com os padrões éticos de zelo, de honestidade e probidade que norteiam toda e qualquer atividade administrativa.

Este princípio visa evitar conluíus e garantir a justa concorrência entre os interessados. Assim, em caso de descumprimento de tal preceito, se a improbidade frustra o objetivo da licitação, o responsável será punido com a aplicação das sanções cabíveis de ordem civil, penal e administrativa.

3.2.8 Princípio do Julgamento Objetivo

O princípio do Julgamento objetivo consiste em que os critérios e fatores seletivos previstos nos autos dos processos, devem ser adotados para o julgamento, a fim de evitar qualquer surpresa para os participantes da competição (OLIVEIRA, 2007).

Nas lições de Di Pietro (2001, p. 300), “o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital”.

Conforme expressão da Lei nº 8666/95 em seu art. 45:

O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente referidos, de maneira a

possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle (DI PIETRO, 2001, P. 76).

Já o art. 41, para fins de julgamento objetivo, estabelece os tipos de licitação, a saber: menor preço, melhor técnica; técnica e preço; e, maior lance ou oferta. Deve, portanto, ser obedecido o critério previsto no edital convocatório, sendo a proposta selecionada conforme determinação do mesmo. Neste contexto, explica Di Pietro que “na ausência de critérios, tem-se que presumir que a licitação é a de menor preço. Sendo assim, a preterição da proposta de menor preço tem que ser justificada” (DI PIETRO, 2001, p. 71).

3.2.9 Princípios correlatos

Além dos princípios básicos expressos na lei, a doutrina ainda aponta como princípios implícitos específicos a serem observados na licitação, os seguintes: o princípio da competitividade, o do procedimento formal, o da adjudicação compulsória, da obrigatoriedade, o da indistinção e o do sigilo das propostas (PESTANA, 2006).

Segundo Justen Junior (2002, p. 227), o princípio da competitividade é correlato ao princípio da igualdade. E “significa dizer que a Administração não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação”. Devendo sempre possibilitar a disputa entre os licitantes.

Já sobre o princípio do formalismo, o autor revela que as regras determinadas para a licitação devem seguir os parâmetros legais (PESTANA, 2006).

O princípio do formalismo, embora ausente no art. 3º, representa princípio cardeal das licitações e encontra-se previsto na Lei nº 8.666, em seu art. 4º, parágrafo único: “o procedimento licitatório previsto nesta Lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública” (Meirelles, 2006,p. 123).

A constituição Federal vigente, em seu art. 37, XXI, consagra o princípio da obrigatoriedade, ao determinar obrigatória a realização de licitação para compras, obras, serviços, alienações, ressalvados apenas os casos mencionados na lei. Este mandamento é reproduzido no art. 2º do Estatuto, que reafirma a determinação de obrigatoriedade (PESTANA, 2006).

Neste contexto, a Emenda Constitucional nº. 19, de 04 de junho de 1998, acrescentaram aos princípios gerais da Administração Pública, relacionados no art. 37 da Constituição Federal, o princípio da eficiência. Trata-se de um novo princípio que se junta aos já existentes para revigorar a atuação da Administração. O mesmo não se encontra explícito na Lei de licitações, porém por ser a eficiência necessária e importante em todos os atos da Administração, entende-se que tal princípio, está implícito em todo procedimento de licitação, de modo a satisfazer todos os interesses envolvidos (OLIVEIRA, 2007).

3.3 As modalidades de Licitação

A Lei 8.666/93 enumera em seu art. 22, cinco diferentes modalidades de licitação, que são: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, e no § 8º deste mesmo artigo, veda a criação de outras modalidades licitatórias, bem como a combinação das referidas no caput. Portanto, nenhuma outra modalidade pode ser criada pela Administração, nem podem sofrer combinações entre si (OLIVEIRA, 2007).

Outrossim, a despeito desta determinação legal, a MP 2.026/00 instituiu apenas para a União uma nova modalidade de licitação, denominada 'pregão', aplicável a contratos de bens e serviços. Entretanto, por determinação da Lei nº 10.520/02, a modalidade pregão passou a ser aplicável a todas as esferas, ou seja, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (OLIVEIRA, 2007).

De acordo com Di Pietro (2001) as modalidades de licitação são determinadas em função dos limites de valores estabelecidos na lei, assim, atualmente os limites para licitar obras e serviços de engenharia são:

- Dispensa de licitação: até R\$ 15.000,00
- Concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00.
- Convite: até R\$ 150.000,00
- Tomada de Preços: R\$ até R\$ 1.500.000,00

Já os limites determinados para licitar compras e serviços são:

- Dispensa de licitação: até R\$ 8.000,00
- Concorrência: acima de R\$ 650.000,00
- Convite: até R\$ 80.000,00

- Tomada de Preços: até R\$ 650.000,00

A Concorrência é a modalidade de licitação adequada a contratação de grande vulto. Conforme art. 22, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a concorrência é a modalidade de licitação que se realiza com ampla publicidade para assegurar a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital. Sendo modalidade obrigatória em alguns casos determinados por lei (DI PIETRO, 2001).

Segundo Di Pietro (2001, p, 123), de seu conceito “decorrem suas características básicas, que são a ampla publicidade e a universalidade”. Sendo a publicidade assegurada, conforme art. 21, pela publicação do aviso do edital, no mínimo uma vez, com indicação do local onde se encontra disponível todas as informações do edital e contendo as informações da licitação.

Já a universalidade, assegura a possibilidade de qualquer interessado que comprove os requisitos mínimos exigidos no edital, possa participar da licitação.

Para Di Pietro (2001, p.318), a publicidade deve ser observada na tomada de preços, com obediência às mesmas normas referidas para a concorrência, porém com a diferença de que o art. 21, § 2º, III, exige que a publicação se faça com 15 dias de antecedência apenas. Salienta ainda que, os contratos sob regime de empreitada integral ou para licitações de melhor técnica e preço, o prazo se estende para 45 dias.

Segundo Filho (2008), esta modalidade a publicidade é menos formal que a concorrência, pois se destina a contratações de vulto médio. Porém, é menos amplo o círculo de divulgação do certame, pois só participam os previamente cadastrados ou os cadastráveis. A publicidade também tem prazos menores que os da concorrência.

A modalidade Convite é destinada a contratação de pequenas ponderações, assim comporta menor formalismo. Uma característica importante nesta modalidade é a ausência de edital, o instrumento convocatório é a carta-convite, onde são colocadas as regras da licitação. Desta forma, é a única modalidade em que a lei não exige publicação de edital. Já que a convocação é feita pela carta-convite, com antecedência de 5 dias úteis (OLIVEIRA, 2007).

Conforme expressão da lei, nesta modalidade, as cartas-convite são remetidas, no mínimo a três interessados do ramo pertinente ao objeto do contrato,

estes serão posteriormente, escolhidos e convidados pela Administração entre empresas cadastradas ou não cadastradas, bastando que estes demonstrem interesse com antecedência.

A modalidade concurso visa à escolha de trabalho técnico, artístico ou científico. Para Filho (2008), esta modalidade tem como finalidade a aferição de caráter eminentemente intelectual. Pois, quando se utiliza o concurso, a Administração quer selecionar um projeto de cunho intelectual e conceder um prêmio ou determinada remuneração ao autor, em tese ela não pretende contratar ninguém. Esta modalidade de publicidade está prevista no art. 22, § 4º da Lei das licitações, que estabelece também, que o prêmio ou a remuneração somente serão pagos ao vencedor, se o autor do projeto ceder à Administração Pública os direitos patrimoniais relativos ao projeto, permitindo sua utilização conforme o regulamento e sua conveniência (DI PIETRO, 2001).

No concurso a publicidade é assegurada por meio de publicação do edital, com no mínimo 45 dias de antecedência, conforme determina a lei.

A modalidade Leilão ocorre entre qualquer interessado para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração Pública ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, bem como para qualquer interessado na alienação de bens imóveis a quem possa oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação, conforme determina o art. 22, § 5º da Lei das Licitações (DI PIETRO, 2006).

O art. 17, I e o art. 23, § 3º da Lei nº 8.666/93, dispõe que quando se tratar de bens imóveis, a modalidade de licitação será obrigatoriamente a concorrência, ressalvadas as hipóteses presentes no art. 19 (BRASIL, 1995).

Nota-se que, em se tratando da modalidade de leilão, a Administração pode ter três objetivos, quais sejam: vender bens móveis inservíveis; vender produtos legalmente apreendidos ou penhorados; e, alienar bens imóveis adquiridos em procedimento judicial, ou através de dação em pagamento (OLIVEIRA, 2007).

Neste contexto, Carvalho Filho (2008, p. 253) salienta dois requisitos importantes para o leilão, a saber:

Primeiramente deve ser dada ao certame a mais ampla divulgação, com o que rigoroso aqui é o **princípio da publicidade** (art. 53, § 4º). Depois, é necessário que antes do processo, seja, os bens devidamente avaliados, e isso por óbvia razão: o **princípio da preservação patrimonial dos bens públicos**; é que emana do art. 53, § 1º do Estatuto. (grifos do autor)

Conforme art. 17, § 6º, a modalidade leilão só é cabível quando o valor dos bens móveis não for superior a \$ 650.000,00, conforme já mencionado. Podendo, o leilão ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração. Assim, encerrado o leilão, serão pagos à vista os bens arrematados, e conforme determine o edital, poderá ser pago certo percentual, do valor da avaliação. que não será inferior a 5%. Após o devido pagamento, os bens arrematados serão entregues ao arrematante (CUNHA JUNIOR, 2009).

O Pregão é a modalidade de licitação mais nova, conforme já mencionado anteriormente, foi instituída posteriormente pela Lei nº 10.520/02, utilizada para “a aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, estes considerados como aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (CUNHA JUNIOR, 2009).

Esta modalidade, o pregão possibilita o fomento da competitividade e ampliação das oportunidades de participação nas licitações, por parte dos licitantes que são aqueles interessados em vender bens ou serviços comuns com base no edital e no contrato que visa o interesse da coletividade.

Existem dois tipos de pregão, tais como: o pregão presencial, quando os licitantes se encontram e participam da disputa; e o pregão eletrônico, quando os licitantes se encontram em sala virtual pela internet, usando sistemas de governo ou particulares (CUNHA JUNIOR, 2009).

O pregão eletrônico é conceituado como “aquele efetuado por meio de utilização de recursos de tecnologia da informação, ou seja, por meio de comunicação pela Internet; está previsto no artigo § 1º do art. 2º da lei 10.520/2002”. O Administrador responsável pelo pregão é chamado de Pregoeiro (Meirelles, 2006, p. 176).

Esta modalidade, o pregão é caracterizado por inverter as fases de um processo licitatório comum regido pela lei 8.666/93. Assim, diferentemente do que ocorre, em regra, na licitação, primeiro realiza-se a abertura das propostas dos licitantes e depois é procedido o julgamento da habilitação dos mesmos (CUNHA JUNIOR, 2009).

As modalidades licitatórias possuem características próprias, sendo cada qual apropriada a determinados tipo de contrato. Assim, as modalidades concorrência,

tomada de preços e convite, são hierarquizadas com base na complexidade dos procedimentos e definidas em razão do valor do contrato, que estão descritos no art. 23 da Lei. Já as modalidades concurso, leilão e pregão, são definidas em razão do objeto a ser contratado (DI PIETRO, 2001).

Importante salientar que, os tipos básicos de licitação, que são aplicáveis a todas as modalidades, exceto na modalidade de concurso, estão previstos no art. 45, §1º, da Lei nº 8.666/93, quais sejam: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance. Ressalta-se põem que, conforme determinado no § 5º do referido artigo, a lei estabelece a proibição de utilização de outros tipos de licitação, senão os tipos relacionados na própria lei (BRASIL, 1995)

3.4 Procedimentos da Licitação

A licitação é um procedimento administrativo, portanto o procedimento se inicia com a instauração do processo administrativo, que deverá ser autuado, protocolado e numerado, para a garantia de todos os intervenientes (COUTINHO, 2007).

Conforme relaciona Justen Filho (2002), no processo deve estar à autorização, a descrição do objeto e impreterivelmente, a menção aos recursos próprios para a futura despesa. Devem conter no processo, além de outros documentos, o edital, as atas e relatórios, os atos administrativos, os recursos e as publicações.

Para o processo licitatório normalmente é designada uma comissão, composta por três membros, que fica responsável pela realização dos trâmites do procedimento da licitação, podendo esta ser especial ou permanente (COUTINHO, 2007).

Antes de efetivar um contrato administrativo, a Administração Pública deverá elaborar um edital a fim de tornar pública a realização de uma licitação. Este apenas é dispensado na modalidade convite. A pretensão de licitar é divulgada pela publicação de aviso com resumo do edital, nos termos do art. 21 da Lei nº 8.666. (DI PIETRO, 2001).

Conforme Alexandrino (2008), o edital é a “lei interna” da licitação. Devendo este, conter as informações obrigatórias determinadas no art. 40 e fixar as condições

para realização da licitação, visto que vincula a Administração Pública e os proponentes.

O art. 39 da Lei de licitações estabelece a obrigatoriedade de realização de uma audiência pública prévia à publicação do edital nas licitações de valores elevados. Tal audiência deverá ser realizada com antecedência mínima de 15 dias úteis da data de publicação do edital, e divulgada com no mínimo 10 dias de sua realização. Nesta audiência, os interessados terão acesso a todas as informações alusivas ao objeto da licitação (ANNUNZIATO, 2011).

A referida lei, ainda determina prazos de intervalo mínimo entre a publicação do edital e a data da abertura dos envelopes. Este prazo é estipulado para que todos os interessados apresentem a documentação exigida e a proposta dentro dos limites do edital. O prazo deve ser observado pelo ente estatal, sob pena da licitação ser considerada fraudulenta (ANNUNZIATO, 2011).

O procedimento licitatório em regra, segue a seguinte ordem: audiência pública; edital ou convite de convocação dos interessados; recebimento da documentação e propostas; habilitação dos licitantes; julgamento das provas; adjudicação e homologação. Todos estes atos vêm regulamentados na lei nº 8.666/93, que determina a necessidade de aferir a qualificação dos participantes para, em seguida, examinar as propostas daqueles que tiverem demonstrado condições de execução do objeto, avaliando-se e classificando-se, nesse instante, as propostas que foram por eles formuladas. Assim o vencedor do certame será o licitante que vier a ofertar a melhor fórmula econômica para a execução do objeto contratual, passando o mesmo, após o resultado, à condição de adjudicatário, a quem se reserva a garantia esculpida no art. 50 da referida lei (ANNUNZIATO, 2011).

A segunda fase do procedimento é a habilitação, quando ocorre a abertura dos envelopes, e conforme art. 27, da Lei de licitações, é uma das fases em que se avaliam as condições legais dos interessados para se habilitarem à execução, fornecimento ou alienação do objeto desejado pela Administração (ANNUNZIATO, 2011).

Assim, em ato público a Administração, recebe os envelopes contendo a documentação referente a habilitação dos licitantes e a proposta. Os documentos exigíveis para a habilitação estão relacionados no art. 27 da Lei nº. 8.666/93, e somente podem referir-se à: habilitação jurídica, a qualificação técnica, a

qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal vigente (BRASIL, 1995).

No que se refere à regularidade fiscal, o art. 29 da Lei nº 8.666/93, trata dos documentos necessários para tal comprovação, quais sejam:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso consistirá em:

I – prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II – prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III – prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV – prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei (BRASIL, 1995, P. 18).

No entendimento Filho (2008, p. 265), “a homologação se situa no âmbito do poder de controle hierárquico da autoridade superior e tem a natureza jurídica de ato administrativo de confirmação”.

A terceira fase do procedimento é a classificação, “quando a Administração faz o julgamento das propostas, classificando-as pela ordem de preferência, segundo critérios objetivos constantes do edital”. Segundo a autora, esta fase poderá ser subdividida em duas, quais sejam: na primeira, ocorre a abertura dos envelopes, contendo a proposta dos habilitados; na segunda (FIGUEIREDO, 2004).

A próxima fase é a homologação, que, conforme art. 43, VI, da Lei 8.666/93, prevê como ato final do procedimento, “a deliberação de autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação” (CUNHA JUNIOR, 2009).

A homologação é equivalente à aprovação do procedimento; “ela é precedida do exame dos atos que o integram pela autoridade competente, a qual, se verificar algum vício de ilegalidade, anulará o procedimento ou determinará seu saneamento, se cabível”. Podendo até revogar a licitação, por razões de interesse público (Di Pietro, 2001, p.333).

A Adjudicação é o ato através do qual a Administração, atribui ao vencedor o objeto da licitação. Desta forma, é o ato final do procedimento. Conforme art. 64, § 3º da lei supra, após a adjudicação, a Administração convocará o adjudicatário para assinar o contrato, devendo fazê-lo no prazo de 60 dias a contar da data da entrega

das propostas; caso ultrapasse esse prazo, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos (CUNHA JUNIOR, 2009).

Para Pietro (2001, p. 79), “trata-se de ato declaratório que não se confunde com a celebração do contrato, pois, por meio dele, a Administração proclama que o objeto da licitação é entregue ao vencedor”.

Ressalva a autora que, a adjudicação é um ato vinculado, visto que as únicas hipóteses em que será dispensada esta fase são as de anulação ou revogação do procedimento, conforme determina o art. 49 da lei de licitações. Assim, a anulação acontecerá em caso de ilegalidade e a revogação ocorrerá conforme interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado (CUNHA JUNIOR, 2009).

Importante registrar que, há casos em que a Lei autoriza a celebração direta do contrato ou mesmo determina a não realização do procedimento licitatório, sendo a licitação, respectivamente, denominada dispensável ou dispensada.

Uma observação derradeira: o inciso I do art. 25 fala em “aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros”, dando a impressão de que não caberia invocar exclusividade nos casos de obras e serviços. Cabe, sim, bastando que se demonstre inexistir, na localidade da realização dos trabalhos (hipótese de tomada de preços ou convite) ou no território nacional (hipótese de concorrência), outra pessoa, física ou jurídica, qualificada para executá-los (CUNHA JUNIOR, 2009).

Os abusos que costumam ser cometidos em contratações de serviços por inexigibilidade têm motivado posições cada vez mais rígidas dos órgãos de controle, interno e externo. A norma do art. 25 deve ser interpretada com cautela, mas sem sufocar a autonomia do administrador público, que se baseia na discricionariedade e na responsabilidade com que deve tomar decisões.

3.5 Dispensa e inexigibilidade de licitação

Conforme a Constituição Federal vigente, em seu artigo 37, XXI, o legislador está autorizado a especificar os casos que não se submeterão à obrigatoriedade da licitação. Assim, a Lei 8.666/93, criou as figuras que intitulou dispensa e inexigibilidade de licitação (CUNHA JUNIOR, 2009).

Desta forma, necessário se faz distinguir a dispensa da inexigibilidade. Neste diapasão, Justen Júnior (2008, p. 515), define a dispensa como:

Uma expressão ao princípio da obrigatoriedade da licitação que pressupõe, todavia, a possibilidade de competição, de tal modo que a licitação seria possível, só que razões de tomo justificam que se deixe de efetuá-la em nome de outros interesses públicos. Assim, a dispensa consiste na possibilidade legal de a Administração Pública deixar de proceder a licitação, diante de determinadas hipóteses previstas taxativamente em lei, à vista das quais os órgãos e as entidades administrativas podem contratar diretamente com terceiros.

Segundo o autor, a inexigibilidade é outra exceção à obrigatoriedade, da licitação que é conceituada como “a ausência do próprio proposto lógico da licitação que é a existência de competição, seja por que só existe um objeto, seja porque só existe uma pessoa que atenda as necessidades da Administração” (CUNHA JUNIOR, 2009, p. 176).

Já a dispensa, é classificada por Meirelles (2006), em dois tipos, a saber: licitação dispensada e licitação dispensável. A licitação dispensada, de acordo com o art. 17, I e II da lei de licitações, é aquela que a própria lei declarou com tal, de modo que não há discricionariedade administrativa de decidir se realiza ou não a licitação. Para o autor supra, configurada a hipótese legal, a Administração está obrigada a dispensar a licitação, por determinação da própria lei.

Assim, a lei nº 8.666/93, art. 17, I e II, determinou expressamente os casos em que a licitação será dispensada, a saber:

- Quando se tratar de bens imóveis, nos casos de: doação em pagamento; e, doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo.
- Quando se tratar de bens móveis, nos casos de: doação, permitida exclusivamente para fins de uso de interesse social; permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública; venda de ações; venda de títulos; venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública; venda de matérias e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública (CUNHA JUNIOR, 2009).

Por conseguinte, a licitação dispensável caracteriza-se por ser aquela em virtude da qual a Administração Pública goza da liberdade de deliberar pela sua realização ou não, mesmo ocorrendo hipótese legal que autorize a dispensa da devida licitação.

Diante disso, Pietro (2001), propõe uma divisão para a licitação dispensável em quatro categorias, estando todas determinadas no artigo 24, da lei nº 8.666/93.

As categorias são:

- Em razão do pequeno valor – todas as hipóteses previstas nos incisos I e II da lei acima;
- Em razão de situações excepcionais – as hipóteses previstas nos incisos III, IV, V, VI, IX, XI, XIV, XVIII, XXVII e XXVIII;
- Em razão do objeto – todas as hipóteses previstas nos incisos X, XII, XV, XVII, XIX, XXI, XXV, XXIX e XXXI; e por fim,
- Em razão da pessoa – estando as hipóteses presentes nos incisos VIII, XIII, XVI, XX, XXII, XXIII, XXIV, XXVI, e XXX.

3.6 Anulação e Revogação da licitação

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 49 prevê a possibilidade de revogação da licitação, por interesse público decorrente do fato superveniente, devidamente comprovado, desde que tal fato seja, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, prevê ainda, a obrigatoriedade de sua anulação por ilegalidade, neste ultimo caso, podendo agir de ofício ou mediante provocação de terceiros, através de parecer escrito e devidamente fundamentado (DI PIETRO, 2001).

Com base no § 1º, do artigo, supracitado, a anulação do procedimento não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59. Ainda é acrescentado pelo § 2º, que a nulidade do procedimento induz a nulidade do contrato, ficando a Administração obrigada a indenizar contratado por tudo já executado e por outros prejuízos devidamente comprovados (DI PIETRO, 2001).

Pietro (2001, P. 88) assevera:

Os dispositivos citados são inúteis porque, ainda que não estivessem presentes, as normas neles constantes seriam aplicáveis, pelo reconhecimento da autotutela administrativa como princípio inerente à função administrativa do Estado; aceito pela doutrina, foi consagrado pelo Poder Judiciário, por meio da Súmula nº 473 do STF, que reconhece à Administração o poder de anular os atos ilegais e revogar os inoportunos ou inconvenientes, desde que respeitados os direitos adquiridos.

Salienta a autora, que necessário se faz a ocorrência de fato superveniente e de motivação para que o procedimento da licitação possa ser revogado por interesse público. Desta forma, para que ocorra a indenização, necessário se faz a comprovação do prejuízo sofrido pelo licitante (FIGUEIREDO, 2004).

Segundo Gasparini (2005, p. 57), a revogação “é o desfazimento da licitação acabada por motivos de conveniência e oportunidade (interesse público) superveniente”.

Para o autor, a revogação é caracterizada como um ato administrativo vinculado, embora assentada em motivos de conveniência e oportunidade; e ainda, conforme previsão legal, que no caso de desfazimento da licitação ficam assegurados o contraditório e a ampla defesa, garantia essa que é dada somente ao vencedor, o único com efeitos de interesses na permanência desse ato, pois através dele pode chegar a contrato (FIGUEIREDO, 2004).

Já nas lições Meireles (2006, p. 77) a anulação “é a invalidação da licitação ou do julgamento por motivo de ilegalidade, pode ser feita a qualquer fase e tempo antes da assinatura do contrato, desde que a Administração ou o Judiciário verifique e aponte a infringência à lei ou ao edital”.

A anulação é decretada quando existe no procedimento vício de ilegalidade, podendo a anulação ser parcial, apenas atingindo determinado ato, como a habilitação ou a homologação.

3.7 Recurso Administrativo

Nas esclarecedoras lições de Di Pietro (2001), o recurso administrativo em sentido amplo, é a expressão que designa todos os meios postos à disposição dos administrados para prover o reexame dos atos da Administração.

Gasparini (2005, p. 128) ressalva que, “recursos administrativos são todos os meios jurídicos que instauram o processo de reexame interno de ato, decisão ou comportamento da entidade licitante por motivo de ilegalidade”.

Conforme previsão no artigo 109 da Lei nº 8.666/93, os recursos administrativos são cabíveis aos atos decorrentes da licitação, e do contrato. Estão eles classificados em três tipos, quais sejam: o recurso hierárquico, a representação e o pedido de reconsideração (FIGUEIREDO, 2004).

Segundo Júnior (2008, p. 269), “os recursos servem para impugnar atos relacionados a contratos administrativos e a licitações”.

Em se tratando de licitação, conforme exposto na lei, cabe recurso hierárquico, no prazo de cinco dias úteis, a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos seguintes casos:

- Habilitação ou inabilitação do licitante;
- Julgamento das propostas;
- Anulação ou revogação da licitação;
- Indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
- Rescisão de contrato, a que se refere o inciso I do art. 79; e
- Aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa.

No inciso II, do art. 109, a representação é prevista, no mesmo prazo previsto, como recurso contra decisão relacionada com o objeto da licitação. Da qual não caiba recurso hierárquico (FIGUEIREDO, 2004).

Registra também o referido artigo no § 2º que, apenas os recursos contra a habilitação ou inabilitação e contra o julgamento das propostas, têm necessariamente efeito suspensivo; aos demais recursos a autoridade competente pode, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir eficácia suspensiva (FIGUEIREDO, 2004).

Aponta Justen Júnior (2008, p. 65) que “a interposição de recurso precisa ser comunicada aos licitantes, porque estes têm o direito de impugná-lo no prazo de cinco dias úteis”. Para o autor, essa regra se justifica por ter os licitantes interesses sobre a decisão da Administração.

Nos casos em que não é cabível recurso, o interessado poderá interpor representação no prazo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato (FIGUEIREDO, 2004).

Os prazos do recurso, previstos no artigo 110, § único da lei nº 8.666/93 estabelece: “Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário”. Ressalva o parágrafo único, que, “só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade” (DI PIETRO, 2001).

Pietro (2001, p. 341) esclarece que é cabível o pedido de reconsideração “com relação a ato de Ministro de Estado ou Secretário estadual ou municipal, no caso de aplicação da pena de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração”. Sendo fixado o prazo para solicitar a reconsideração, em dez dias úteis da intimação do ato, este será reduzido em dois dias em caso de convite. Cabe salientar que no Direito administrativo, esse princípio estabelece que em

qualquer atividade, está exclusivamente vinculada à lei. Assim sendo, se não houver previsão legal, nada pode ser realizado pela Administração Pública.

Com todo o que foi exposto, percebe-se que o princípio da legalidade na Administração pública objetiva vincular todos os atos dos agentes públicos que atuam em razão dela.

Doutro modo, o princípio legalidade, aplicado nos processos licitatórios na administração pública, é dos temas mais relevantes no Direito Administrativo, haja vista, conforme analisado, ser abordagem estritamente ligada ao interesse social, pois, os gestores, atuam pautando-se na dignidade da pessoa humana, na determinação da legalidade de seus atos, bem como na preeminência do interesse público, abrangendo todo o imprescindível para atender a demanda social (DI PIETRO, 2001).

Desta forma, a compreensão do princípio da legalidade aplicado no processo licitatório na administração pública como mecanismo essencial para a Administração Pública, ressaltando que a presente pesquisa não encerra aqui tal entendimento, todavia incita outras pesquisas sobre tal abordagem.

Em relação aplicação das penalidades administrativas para ocorrência de descumprimentos contratuais firmados com a administração pública está disposta pela Lei 8.666/93. A referida lei prevê, como algumas das disposições contratuais imprescindíveis:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
(...)
IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
(...)
VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas; (BRASIL, 1995, p. 31).

Deste modo, todo contrato administrativo disposto pela Lei de Licitações tem que estar incluído os limites de entrega e especificações dos serviços ou bens a serem cumpridos, bem como dispor as penalidades e os valores de penas, multas aplicáveis para as incidências de descumprimento.

As referidas multas e penalidades são as que fazem parte do art. 87 da referida lei, abaixo elucidado:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Cabe salientar que, a função das penalidades e neste particular é precisamente amparar o interesse público dos prejuízos incididos de uma inobservância contratual, aludindo, naturalmente, em intimidação ao particular que contrata com a administração pública. É o que se observa do art. 86, §1º da Lei de Licitações, que dispõe a possibilidade de implementação de multa até mesmo havendo cumulação com a rescisão contratual.

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei (BRASIL, 1995, p. 28).

A partir disso apreende que é tamanha é a importância da incidência multa por descumprimento, que o seu valor pode até mesmo ser deduzida da garantia contratual proporcionada, segundo consta do art. 80, III e 86 §§2º e 3º da referida lei:

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

(...)

III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

Art. 86. (...)

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente (BRASIL, 1995, p. 16).

Entretanto, a aplicação das penalidades como ato administrativo que é, preciso além de cumprir os princípios próprios da administração pública. De tal

modo, a administração pública terá sempre que observar as circunstâncias concernentes ao descumprimento contratual por meio da regulação do processo administrativo e assegurar a ampla defesa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema do presente estudo sobre Parcerias Público-Privadas incide, num primeiro momento e em uma visão distante, certa inovação no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, como foi exposto, não se trata de verdadeira novidade, ao levar em consideração que sempre existiram formas de parcerias entre o ente público e o parceiro privado, que seguiam os dispositivos de várias normas, principalmente da Lei 8.987/95 a Lei de concessões.

No ordenamento jurídico anterior ao de 1988, a obrigatoriedade da licitação foi estabelecida, apenas, para as entidades da chamada administração direta e para as autarquias. Era o que previa o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispôs sobre a reforma administrativa federal: “Art. 125. As licitações para compras, obras e serviços passam a reger-se, na Administração Direta e nas autarquias, pelas normas consubstanciadas neste Título e disposições complementares aprovadas em decreto.

A licitação constitui exigência inafastável para a escolha daqueles que o Estado deseja contratar para realizar os objetivos da ação administrativa. Trata-se de procedimento característico dos sistemas democráticos de governo, que não admitem o arbítrio ou a decisão unipessoal dos governantes. Baseado no princípio da isonomia, objetiva, fundamentalmente, obter a condição mais vantajosa para os negócios da parceria Público-Privada.

A Administração, ao contrário do particular, não pode celebrar contratos livremente, pois deve obedecer ao procedimento prévio da licitação, salvo nos casos excepcionais de contratação direta admitidos na legislação. Ressalte-se que, no tocante à aplicação do princípio da legalidade, enquanto a lei geral de processo administrativo estabelece que os atos do processo administrativo não dependam de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir. Contextualizando o referido princípio à temática das licitações, a Administração, ao proceder à realização de um contrato, deve seguir os trâmites previstos na Lei 8.666/1993, a qual disciplina todo procedimento licitatório e os contratos derivados deste.

Pertinente ressaltar que a Lei 11.079/2004 somente se aplica a duas modalidades de concessões, quais sejam, a administrativa essa, uma apropriada inovação trazida pela referida lei; e a patrocinada, que já poderia ser colocada em

prática antes mesmo da vigência dessa lei, mas que atualmente requer um regime remuneratório no sistema licitação.

Pelo exposto, compreende-se que a criação das Parcerias Público-Privadas, representa um grande avanço na tentativa minimizar os problemas e as deficiências do aparelho estatal, frente às crescentes necessidades socioeconômicas do país e a escassez dos recursos públicos.

Neste panorama, as PPP's possibilitam o setor público efetivar contratação com o setor privado, que com recursos próprios, assume a responsabilidade de realização de determinados serviços públicos, não desempenhados ou desempenhadas de forma ineficiente pela Administração Pública, por conta de deficiência em seu sistema.

A criação da Lei das PPP's foi um marco no ordenamento jurídico brasileiro, visto que, trata importantes aspectos acerca da concessão de serviços públicos, trazendo inovações em relação às normas até então vigentes referentes aos contratos administrativos. A PPP e muitas das novidades instituídas pela Lei visam, dentre outros objetivos, atrair o interesse da iniciativa privada a realizar investimentos em serviços de interesse da coletividade.

A Lei conceitua PPP como um contrato administrativo de concessão e constitui normas gerais para licitação e contratação das parcerias. Determina ainda, que a contratação seja precedida de Licitação na modalidade concorrência, seguindo todos os critérios, diretrizes, exigências e princípios legais.

Desta forma, inovou com práticas mais avançadas em termos de licitação como: a possibilidade de inversão das fases de habilitação e julgamento; o oferecimento de lances para reduzir os valores propostos; possibilidade de inclusão no edital de regras similares às aplicáveis ao pregão; a possibilidade de saneamento de falhas, a complementação de insuficiências ou ainda correções de caráter formal durante o procedimento, desde que o licitante satisfaça as exigências do edital dentro do prazo fixado.

Ressalte-se que, o grande impacto resultante da criação das parcerias público-privadas no âmbito dos contratos públicos no Brasil foram as mudança dos moldes de relacionamento contratual entre o Poder Público e a iniciativa privada, ou seja, muda-se a forma de contratar com o intuito de implementar um sistema de relacionamento mais efetiva eficiente, com maior retorno ao interesse público.

Levando-se em conta que a criação das PPP's é relativamente recente e considerando a extensão territorial do Brasil constata-se, até o momento, uma ampliação de adesões as PPP's, conforme algumas experiências de implantação de PPP's bem sucedidas celebradas pelo Governo Federal e em alguns Estados da Federação.

Nesta perspectiva, apreende-se que, o processo licitatório nas Parcerias Público-Privadas deverá obedecer às normas legais e transcorrer com transparência, observando os princípios, explícitos e implícitos nas Leis a que estiver subordinado, para que assim a Administração Pública possa escolher o licitante que melhor atenda as exigências do instrumento convocatório, que conseqüentemente, deverá desenvolver os serviços públicos, objeto da contratação, com qualidade, eficácia e eficiência, contribuindo assim, para a satisfação da sociedade e para o desenvolvimento do país.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

ANNUNZIATO, Eduardo Sprada. **Licitações nas Parcerias Público-Privadas**. Rio Grande, 2011. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em: fev.2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As Parcerias Público-Privadas – PPP's no Direito Positivo Brasileiro**. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, mai-jun-jul, 2005.

BELIZARIO, Paulo Sergio. **As parcerias público-privadas à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br> Acesso em: dez. 2018.

BONAVIDES, Paulo, **Do Estado Social ao Estado Liberal**, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

_____. **Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações**. Senado Federal, 1993.

_____. **Lei nº 8.987/95** – Senado Federal, 1995.

_____. **Lei nº 9.074/95** – Senado Federal, 1995.

_____. **Lei nº 11.079/94 – Lei das Parcerias Público-Privadas**. Senado Federal, 2004.

_____. **Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.070/2003-Plenário**, Sessão de 6 de agosto de 2003. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em 12 abr.2018.

_____. **Tribunal de Contas da União. Acórdão 353/2005-Plenário**, Sessão de 6 de abril de 2005. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

CALDAS, Roberto. **Parcerias Público-Privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHO, Matheus. **Direito Administrativo**. Recife: CERS,2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22ª ed. rev. ampl. e atual. até 10 de julho de 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CECCIM, Ana Paula Streppel. **Licitações modalidades procedimentos, anulação e revogação e recursos administrativos**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: Fev. 2014.

CONCESSÕES E PERMISSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS. Disponível em: http://www.webjur.com.br/doutrina/Direito_Administrativo Acesso em: set. 2018.

Diogo Rosenthal. **Parcerias Público-Privadas: Relatos de Algumas Experiências Internacionais**. In: **Parcerias Público Privadas**. Org. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo, Malheiros, 2007.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. **Dicionário Compacto do direito**. – 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 159.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2001.

_____. **Parcerias na administração pública**. 5ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 16ª edição, Ed. Lúmen Júris, 2006.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª edição, Ed. Lúmen Júris, 2008.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 10ª. ed. revisada. e atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha, **Parceria Público-Privada: Caracterização dos Tipos Legais e Aspectos Nucleares de seu Regime Jurídico**. 2008. 598 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

_____. **PPP – Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva, 2012

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, nov/dez 2005, jan 2006.

_____; **As parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental**. In: **Parcerias Público-Privadas**. Org. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo, Malheiros, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MELO Luísa Paula Ribeiro; LIMA, Eldo. **Vantagens de uma parceria Público-Privada**. Disponível em: <http://www.fiar.com.br/revista>. Acesso em: agosto. 2013.

MINAS GERAIS. **Manual de Operações do Programa Estadual de Parcerias Público Privadas de Minas Gerais. Unidade Central de PPP** – Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais – SEDE, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A Constitucionalização do Direito Administrativo O princípio da juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parcerias Público-Privadas – Aspectos de Direito Público Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PESTANA, Marcio. **A concorrência público-privada (PPP)**. São Paulo. Atlas. 2006. p.09;

RABELO, Cesar Leandro; VIEGAS, Cláudia Mara Almeida; SOUZA, Horrana Grieg. **As parcerias público-privadas no direito brasileiro: Análise da Lei nº 11.079/04**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br> Acesso em: ago. 2018.

RIBEIRO, Maurício Portugal. PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada. Fundamentos Econômico-Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

ROST, Rogério Carlos. **Parcerias Público Privadas: o instituto e seus aspectos**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc> Acesso em: set. 2013.

SALVIATO, Nair Aparecida Christo. **Das Modalidades de Contratação segundo a Lei de Licitações nº 8.666/93**. Disponível em: <http://www.direitoceunsp.info/revistajuridica/ed> Acesso em: set. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Administração Pública Ordenadora**. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____; **Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas**. In: Parcerias Público Privadas. Org. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo, Malheiros, 2007.

WALD, Arnaldo. **Novas Tendências do Direito Administrativo: A Flexibilidade no Mundo da Incerteza**. In: Revista dos Tribunais. Ano 84. Novembro de 1995. Vol. 721.