



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Licitação e Parcerias Público-Privadas

Clarice Cabral Cezar

Rio de Janeiro  
2011

CLARICE CABRAL CEZAR

Licitação e Parcerias Público-Privadas

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof<sup>a</sup> Katia Silva

Prof<sup>a</sup> Mônica Areal

Prof<sup>a</sup> Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

## LICITAÇÃO E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

**Clarice Cabral Cezar**

Graduada pela Pontifícia Universidade  
Católica do Rio de Janeiro.

**Resumo:** O presente trabalho tem por finalidade apresentar os conceitos de Licitação e Parcerias Público-Privadas e fazer um estudo de seu procedimento licitatório. Não se trata de uma análise profunda de todos os seus aspectos, porém, de uma visão elementar dos principais, para que se possa entender a aplicabilidade contratual e administrativa dos respectivos princípios e de como se procede a licitação. Serão abordadas as características principais dos institutos, bem como suas peculiaridades, a natureza jurídica, as legislações específicas e subsidiárias aplicáveis ao mesmo, seus princípios norteadores expressos e correlatos, destacando a importância do princípio basilar da Administração Pública, qual seja, o interesse público.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Licitação. Parcerias Público-Privadas

**Sumário:** Introdução. 1. Parcerias Público-Privadas. 1.1. Concessões Patrocinadas. 1.2. Concessões Administrativas. 1.3. Princípios Aplicáveis às PPPs. 2. Licitação. 2.1. Objeto da Licitação. 3. Licitação nas Parcerias Público-Privadas. Conclusão. Bibliografia.

## INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática da licitação, utilizando como exemplo de sua aplicação as parcerias público-privadas, modalidade de contratação administrativa, concebida como concessão especial, criada pela Lei n. 11.079/2004. O estudo assume importância maior na medida em que apresenta as características básicas desta nova modalidade, diferenciando-a da concessão comum. O regime de parceria público-privada traz o compartilhamento do risco da atividade entre a Administração Pública e o concessionário, bem como da forma de pagamento, que se faz parte em tarifa pública, parte em dotação orçamentária.

Diante desse panorama, em razão da relevância contemporânea dessa forma de contratação, que gera maior segurança a ambas as partes, bem como ao próprio cidadão, urge analisar suas características e modalidades de funcionamento, haja vista estar-se diante da realização de eventos mundiais na cidade do Rio de Janeiro, cuja estrutura, certamente, será construída mediante contratação de parcerias público-privadas, a exemplo do Projeto Porto Maravilha, Lei Municipal n. 101/2009, que criou a Operação Urbana Consorciada da Área de Especial Interesse Urbanístico da Região Portuária do Rio de Janeiro.

O trabalho procura abordar as características principais do instituto, bem como suas peculiaridades, a natureza jurídica, as legislações específicas e subsidiárias aplicáveis ao mesmo, bem como seus princípios norteadores expressos e correlatos, destacando a importância do princípio basilar da Administração Pública, qual seja, o interesse público.

O Direito Administrativo brasileiro representa a sistematização de normas doutrinárias de Direito, o que lhe garante o caráter de disciplina científica, a qual possui, como é sabido, princípios teóricos próprios, ordenados e verificáveis na prática. Esse ramo do Direito disciplina as atividades estatais, bem como seus órgãos, para o funcionamento

eficiente da Administração Pública. Pode-se dizer que o Direito Administrativo interessa-se pela parte dinâmica do Estado, enquanto o Direito Constitucional preocupa-se com a sua parte estrutural.

O Estado moderno atua em três sentidos: administração, legislação e jurisdição. O Direito Administrativo orienta a todos eles na organização e funcionamento de seus serviços, na administração de seus bens e formalização dos seus atos administrativos. Apenas aquelas atividades especificamente legislativas e judiciárias estão afastadas da atuação do Direito Administrativo.

É nesse contexto que se insere o presente trabalho, ao apresentar alguns dos institutos integrantes do Direito Administrativo, quais sejam as Parcerias Público-Privadas e a Licitação. A Constituição Federal, a lei em sentido estrito e a doutrina foram as fontes utilizadas para a realização do trabalho.

O desenvolvimento do trabalho é caracterizado pelo estudo dos institutos supracitados, iniciando-se pelas Parcerias Público-Privadas. Serão apresentadas as características básicas, considerando-se o contexto histórico de sua criação e sua importância para o Estado, bem como a sua natureza jurídica de contrato administrativo, ressaltando-se suas peculiaridades e modalidades, que as diferenciam das concessões comuns. A principal fonte que rege as PPPs ou concessões especiais é a Lei n. 11.079/04, aplicando-se subsidiariamente, no que couber, a Lei n. 8.987/95.

Quanto à Licitação, também são apresentadas suas características principais, sua natureza jurídica de procedimento administrativo, cujas finalidades são proporcionar às partes envolvidas a obtenção da proposta mais vantajosa e a igual oportunidade para os participantes do procedimento de escolha. A Lei n. 8.666/93 é o estatuto que rege as Licitações, o qual capitula seus princípios básicos. Além destes, aplicam-se, também, aos institutos estudados, princípios constitucionais.

## 1 - PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Durante a década de oitenta, o Estado perdeu sua capacidade de financiamento de obras de infraestrutura e de serviços públicos, tais como rodovias, redes de coleta de esgoto, de distribuição de água. Para fugir a essa crise, o Estado deveria investir em infraestrutura, porém, não possui recursos financeiros para tal. É nesse contexto que surgem as Parcerias Público-Privadas, como uma tentativa de o Estado, juntamente com a iniciativa privada, custear a implantação de infraestruturas, de forma rateada, já que nenhum deles teria condições de realizá-las individualmente.

Basicamente, nas Parcerias Público-Privadas, o Estado arcará com parte ou com a totalidade do investimento realizado pelo particular. Para isso, o pagamento dos custos adiantados pela empresa e seus lucros serão feitos de forma gradativa, depois de já estarem disponibilizados a obra e o serviço. Formalmente, o mecanismo de funcionamento das PPPs assemelha-se ao das concessões clássicas, em que o capital privado constrói e explora um estabelecimento público durante certo período, o qual, ao final, é revertido para o Estado. A diferença reside no fato de, nas PPPs, o capital privado ser remunerado pelo poder público, enquanto nas concessões clássicas, pelos próprios usuários, por meio de tarifas.

O artigo 2º da Lei n. 11.079/2004, lei federal que rege as PPPs, assim as define: “é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.” O Projeto de Lei n. 2546/2003, que foi a primeira versão do projeto de lei enviada ao Congresso Nacional, conceituou o instituto de forma mais ampla:

Art. 2º. Para fins desta Lei, o contrato de Parceria Público Privada é instrumento firmado entre o Poder Público e entes Privados, destinado a estabelecer vínculo obrigacional entre as partes para implantação ou gestão de serviços e atividades de interesse público, em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao ente privado, observando os seguintes princípios.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Primeira Seção. Parcerias Público-Privadas: PPPs no Direito Positivo Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. Rio de Janeiro, n. 839, p. 11-46, setembro de 2005, p. 15.

As parcerias público-privadas possuem natureza contratual, em que a delegação pela Administração Pública implica a implantação e gestão de empreendimentos públicos, geralmente de grande vulto, cujo objeto primordial é o serviço de interesse público a ser prestado. No que tange ao dispêndio com a prestação do serviço, este ficará a cargo do parceiro privado, que será ressarcido pelo parceiro público ao longo do contrato.

Esse tipo de contrato, considerado uma modalidade especial de contrato de concessão, possui duas espécies: Concessões Patrocinadas e Concessões Administrativas.

## 1.1 – CONCESSÕES PATROCINADAS

De acordo com os §§ 1º e 3º, artigo 2º, da Lei n. 11.079/04, respectivamente:

Concessão Patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a de serviços públicos e obras públicas de que trata a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Pelo texto da lei, pode-se definir concessão patrocinada como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem (concessionário ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.<sup>2</sup>

A concessão patrocinada em muito se assemelha com a concessão de serviços públicos disciplinada na Lei n. 8.987/95, mormente pelo fato de, em ambas, haver a prestação de um serviço público funcionando no interesse geral e sob a autoridade da Administração Pública, de um lado; e, de outro, uma empresa capitalista cujo objetivo é o lucro. Deste preceito resultam as demais semelhanças, dentre elas, a sujeição do parceiro privado aos

---

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria da Silva Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.162.

mesmos princípios inerentes à prestação de serviços públicos, reconhecimento de poderes ao parceiro público, responsabilidade civil por danos causados a terceiros, dentre outras.

Dentre as diferenças existentes entre as concessões patrocinadas e as concessões comuns, tem-se a forma de remuneração, pela qual, estas últimas são financiadas pela tarifa e pelas demais formas de receita previstas no artigo 11, da Lei n. 8.987/95, e as concessões patrocinadas são financiadas pela contraprestação do parceiro público ao parceiro privado, além da tarifa. Apesar dessa diferença, o § 1º, artigo 3º, da Lei n. 11.079/04 determina a aplicação subsidiária da Lei n. 8.987/95 para as concessões patrocinadas, bem como as demais leis que lhe forem correlatas. Outra distinção refere-se às normas de licitação, tendo sido as normas das Leis n. 8.987/95 e n. 8.666/93 parcialmente derogadas.

O objeto das concessões patrocinadas são os serviços públicos econômicos. Estes são caracterizados pela titularidade exclusiva do Estado, para os quais só poderá haver exploração por parte da iniciativa privada mediante delegação, em razão da possibilidade de pagamento de tarifas pelos usuários, mesmo que “o valor pago não seja suficiente para financiar todos os investimentos do concessionário<sup>3</sup>.”

## **1.2 – CONCESSÕES ADMINISTRATIVAS**

As concessões administrativas são definidas pela Lei n. 11.079/04 como sendo “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.” Desta forma, são contratos em que se tem por inviável a cobrança de tarifas. Por exemplo, serviços públicos sociais (escolas, hospitais), atividades internas da Administração Pública, dentre outros.

---

<sup>3</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 16.

Essa modalidade de contrato difere da concessão patrocinada pelo fato do seu objeto ser a prestação de serviço público, podendo ou não abranger a execução de obra e o fornecimento e instalação de bens; já na concessão patrocinada, seu objeto é a execução de serviço público. Isto significa que, na concessão administrativa, diferentemente da concessão patrocinada, o parceiro privado pode assumir apenas a execução material de um serviço prestado à Administração Pública, sendo esta quem detém a sua gestão.

Na concessão administrativa, de acordo com o art. 3º, caput, da Lei n. 11.079/04, o parceiro privado sujeita-se às normas da Lei n. 8.987/95, no que se refere ao contrato, responsabilidade da concessionária perante o poder concedente, usuários e terceiros, subcontratação, transferência da concessão, encargos do poder concedente, encargos da concessionária, intervenção, extinção, encampação, caducidade, rescisão, anulação, falência ou extinção da empresa, falecimento ou incapacidade do titular, reversão, bem como ao art. 31 da Lei n. 9.074/95 (licitação), quando não houver contrariedade com a natureza das PPPs.

Quanto à forma de remuneração, esta ocorrerá, fundamentalmente, pela contraprestação por parte da Administração Pública, conforme prevê o art. 6º da Lei n. 11.079/04. Porém, esse mesmo artigo, em seu inciso V, possibilita outras fontes de receitas complementares, acessórias, alternativas ou decorrentes de projetos associados, deixando claro não se tratar de um rol taxativo. O que não poderá ocorrer na concessão administrativa é a cobrança de tarifa do usuário, posto que, nesse caso, haveria concessão patrocinada. Sendo assim, “o objeto do contrato só poderá ser serviço administrativo (atividade-meio) ou serviço social não exclusivo do Estado.”<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> DI PIETRO, op. cit., 2005, p.169.

### 1.3 - PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS PPPS

Para o concessionário, aplicam-se os princípios informativos inerentes aos serviços públicos, quais sejam, os da generalidade, continuidade, regularidade, eficiência, atualidade, segurança, cortesia, previstos no § 1º, do artigo 6º, da Lei n. 8.987/95, bem como os princípios constitucionais setoriais específicos das concessões de serviços públicos, previstos no artigo 175 da Constituição: o da licitação, da contratação, da participação dos usuários, da política tarifária e do serviço adequado.

Primeiramente, tem-se o princípio da generalidade, considerado o mais importante, o qual expressa as características de universalidade, isonomia e democracia. Universal, pois assegura o máximo possível de oferta de serviço aos interessados; isonômico, pois tem-se que a prestação do serviço deve ser igual para todos aqueles que se encontrem em situações equivalentes; qualquer discriminação deverá ser devidamente motivada.

Pelo princípio da continuidade, não é possível a interrupção do serviço pelo concessionário, a não ser nos casos previstos na lei e no contrato.

Se o concessionário descontinuar a execução do serviço, em princípio, ficará sujeito às consequências do inadimplemento, inclusive à decadência e caducidade contratuais, de acordo com os artigos 35, inciso III e 38, da Lei n. 8.987/95 e responsabilidade por perdas e danos.

O princípio da regularidade significa que não deverá haver variações consideráveis das técnicas utilizadas na prestação do serviço aos usuários, de modo a ser mantida com regularidade por quem a execute.

O artigo 37, caput, da Constituição Federal determina o princípio da eficiência, o qual está vinculado ao “melhor atendimento possível das finalidades estatuídas em lei, exigindo-se que a atividade administrativa seja praticada com determinados padrões de

qualidade”, bem como para garantir a “satisfação dos administrados, com os menores custos para os usuários.<sup>5</sup>”

Pelo princípio da atualidade, considerado corolário do princípio da eficiência, a Administração deverá atender prontamente aos avanços tecnológicos e científicos que demandam os serviços de utilidade pública, notadamente quanto à sua qualidade.

O princípio da segurança representa uma qualidade da prestação do serviço que assegure a incolumidade das pessoas e dos bens que lhe sejam afetos.

Quanto ao princípio da cortesia, o prestador do serviço público deverá ter como foco a satisfação das necessidades de todos aqueles que fazem parte das atividades funcionais, empresariais e profissionais.

Pelo princípio da modicidade, os preços dos serviços deverão atender às exigências do mercado, assim como à capacidade econômica dos usuários, devendo, para isso, ser módicos.

No que tange aos princípios constitucionais setoriais, tem-se o da licitação, expresso no artigo 175, caput, da Constituição, ao mencionar “sempre através de licitação”.

O princípio da contratação está capitulado no artigo 175, I, parágrafo único da Constituição, da seguinte forma: “a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação”.

Pelo princípio da participação dos usuários, estes possuem legitimidade para participar das decisões de interesse público, exigindo qualidade dos serviços prestados. Trata-se de um corolário da democracia.

A Constituição prevê em seu artigo 175, III, o princípio da política tarifária, ao determinar que a fixação da tarifa deverá ser política, ou seja, além de seu conteúdo econômico, deverá submeter-se ao princípio da generalidade. Pela política tarifária, é

---

<sup>5</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 418.

estabelecida uma tarifa diferenciada em razão da condição financeira do usuário, que desonera os beneficiários e onera os demais usuários em favor daqueles.

Por fim, tem-se o princípio do serviço adequado, o qual a Constituição “expressa como uma obrigação genérica, de manter serviço adequado, cometendo ao legislador ordinário definir quais sejam os parâmetros do que se deva considerar adequado, através da fixação de índices de desempenho, que tornem precisos e objetivos os controles disponíveis.”<sup>6</sup>

Cumprido ressaltar que às concessões administrativas não se aplicam os princípios da modicidade e da política tarifária, em razão de sua especificidade quanto à forma de remuneração ao parceiro privado.

## **2 – LICITAÇÃO**

Quando se trata de um negócio, busca-se sempre a melhor proposta para sua realização. Para determinadas pessoas, como as particulares, por exemplo, essa busca é facultativa; já para outras, é obrigatória. As pessoas públicas (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e Autarquias), bem como as governamentais (Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações), quase sempre, possuem a obrigação de selecionar a melhor proposta para seu empreendimento.

Esse procedimento integrado de atos e fatos da Administração e dos interessados é chamado de Licitação. Apesar de o nome ser o mesmo para todos, a sua forma não é a mesma para aqueles que são obrigados a licitar. Desde que possa ser atendida por mais de um interessado, a realização desse procedimento está ligada a qualquer negócio desejado pela entidade obrigada a licitar. A Constituição Federal prevê a licitação em seu artigo 37, inciso XXI.

---

<sup>6</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p. 432.

Os artigos 22, XXVII; 37, XXI da Constituição Federal e os artigos 117, 118 e 119 da Lei n. 8.666/93 determinam os entes obrigados a licitar, dentre eles, os da Administração Pública Direta e Indireta, das corporações legislativas, o Poder Judiciário e o Tribunal de Contas. Cabe ressaltar que essa obrigatoriedade não se aplica aos “atos tipicamente comerciais ligados ao desempenho de suas atividades fins”, por exemplo, a Embraer, para vender aviões.<sup>7</sup> Neste caso, a licitação seria incompatível com o normal cumprimento das atividades específicas para as quais a entidade foi instituída, haja vista a necessidade de agilidade e rapidez nas aquisições e alienações de aviões.

Quanto à competência legislativa, cada ente da Federação possui competência suplementar para legislar sobre licitação, posto tratar-se de matéria de Direito Administrativo. No entanto, cabe à União, privativamente, editar normas gerais sobre a matéria, conforme previsto no artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal. Portanto, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, compete complementar as normas gerais editadas pela União<sup>8</sup>. Para tanto, é fundamental que a norma complementar não conflite com as disposições gerais, de modo a apenas promover cabíveis adaptações. Por exemplo, no Estado de São Paulo as licitações ainda são, juridicamente, regidas pela Lei n. 6.544/89, pois não foi editada lei para adapta-la aos preceitos da Lei n. 8.666/93. Entretanto, na prática, o citado Estado adota a lei federal.

A Lei n. 8.666/93, que regulamentou o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, é o estatuto próprio das licitações, sua fonte primária disciplinadora. Cumpre salientar que, por se tratar de lei federal, o referido estatuto determina regras gerais e, também, específicas para a União. Portanto, ao legislador cabe a identificação da categoria de cada norma para a elaboração de seu próprio estatuto.

---

<sup>7</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 301.

<sup>8</sup> *Ibid.* p. 299.

Existe uma série de divergências na doutrina quanto à natureza jurídica da licitação. São três as principais correntes que estudam o instituto: a primeira delas considera a licitação como um instituto de direito financeiro; a segunda a considera como instituto de direito administrativo, sendo um ato-condição; a terceira, apesar de também a considerar como instituto de direito administrativo, defende que a licitação seja um procedimento administrativo.

Os autores da primeira corrente consideram que as disposições legais sobre licitação fazem parte das normas gerais de direito financeiro. Cabe salientar que o conteúdo do direito financeiro é a “contabilidade pública, o orçamento, a fiscalização financeira e orçamentária, o crédito público, as receitas não tributárias do poder público, e nada mais<sup>9</sup>”.

A licitação, por outro lado, é um procedimento precedente ao contrato, sendo este o responsável por um comprometimento orçamentário. Ademais, o artigo 24, inciso I da Constituição Federal determina a competência da União para expedir normas gerais de direito financeiro, bem como seu artigo 22, inciso XXVII determina a competência desse mesmo ente para expedir normas gerais sobre licitação. Ora, se esta pertencesse ao direito financeiro, não haveria necessidade desta separação pela Constituição.

Para os autores da segunda corrente, a licitação pertence ao direito administrativo por se tratar de uma fase preliminar à manifestação de vontade da Administração Pública. Considera o instituto como uma espécie de ato-condição, enfatizando a decisão de adjudicação, considerando esta a própria licitação, sendo as fases antecedentes, simples atos preliminares. Ou seja, o ato-condição seria uma operação complexa, formada por vários atos jurídicos, todos de mesma natureza jurídica.

---

<sup>9</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 18.

Para Adilson Abreu Dallari<sup>10</sup>, o ato condição é um ato de atribuição. A alteração que ele causa na ordem jurídica é a colocação de certa pessoa na esfera de abrangência de regras gerais que não a atingiriam se tal ato não fosse praticado. Quanto à licitação, o que ocorre é justamente o contrário, no sentido de atribuir uma situação individual a alguém escolhido dentre um grupo de ofertantes.

Por fim, para os defensores da terceira corrente, a licitação caracteriza um procedimento administrativo com fim seletivo, não um ato-condição, posto que a licitação é constituída por uma série de atos interligados, destinados a um mesmo fim. Exigem-se “sucessivas manifestações de vontade, cada uma delas proferida exatamente em cada uma das fases autônomas que antecedem o ato jurídico final a que se ligam<sup>11</sup>”. Cabe ressaltar, ainda, seu caráter vinculado, já que, determinadas as suas regras, aos licitantes cabem observá-las rigorosamente. Desta forma, estar-se-á respeitando o direito de todos os interessados e a probidade administrativa, sendo este um princípio basilar da licitação, inscrito no artigo 3º da Lei.

Duas são as finalidades da licitação. A primeira delas é proporcionar às pessoas a ela submetidas a obtenção da proposta mais vantajosa e, em segundo lugar, proporcionar igual oportunidade para aqueles que desejam contratar com a entidade licitante, de acordo com o artigo 3º da Lei n. 8.666/93. Este mesmo dispositivo determina uma série de princípios básicos a serem obedecidos no procedimento licitatório.

Seu artigo 4º prevê o princípio da legalidade, pelo qual todos aqueles citados no artigo 1º possuem o direito público subjetivo à fiel observância do procedimento estabelecido na lei.<sup>12</sup> A licitação constitui um procedimento estritamente vinculado à lei, no qual todas as suas fases são rigorosamente determinadas na Lei n. 8.666/93. Sendo assim, aquele que se sentir lesado pela inobservância da Lei poderá impugnar o procedimento judicialmente.

---

<sup>10</sup> DALLARI. Op. Cit. p.24.

<sup>11</sup> DALLARI. Op. Cit. p.26.

<sup>12</sup> DI PIETRO. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 305.

Pelo princípio da impessoalidade, a todos os licitantes deverá haver igualdade de tratamento, quanto a direitos e obrigações, cabendo à Administração Pública utilizar-se de critérios objetivos nas suas decisões, sem se deixar influenciar por condições pessoais ou vantagens oferecidas pelos proponentes.

O princípio da moralidade determina que a Administração deverá adotar um comportamento não apenas lícito, como também, em consonância com a moral, os bons costumes, princípios da justiça e equidade.

Por sua vez, o princípio da igualdade veda o estabelecimento de condições que determinem preferências entre certos licitantes, em detrimento dos demais. Apesar dessa vedação, existem exceções previstas no §2º do artigo 3º da Lei, o qual confere, em caso de empate, preferência aos bens e serviços produzidos no Brasil, produzidos ou prestados por empresas brasileiras ou por empresas que invistam em pesquisa e tecnologia no Brasil.

Cumprido salientar que referida norma foi editada ao tempo em que vigorava o artigo 171 e §2º da Constituição Federal. Não obstante, a Emenda Constitucional n. 06/95 revogou integralmente o dispositivo, de forma a eliminar qualquer vantagem em relação a empresas brasileiras sobre as estrangeiras. Entretanto, não é pacífico entre os doutrinadores que seja realmente evidente a intenção do Constituinte em não recepcionar as disposições do artigo 3º, §2º da Lei n. 8.666/93.<sup>13</sup>

Pelo princípio da publicidade, deve-se levar ao conhecimento dos interessados a ocorrência do procedimento licitatório, assim como a divulgação dos atos praticados pela Administração. Desta forma, assegura-se a possibilidade de fiscalização de sua legalidade. A observância da legalidade do procedimento foi estendida também aos cidadãos, do que se

---

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21ª ed.. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 238.

extrai o princípio da fiscalização, em que se permite aos proponentes e cidadãos fiscalizarem a Administração Pública quanto à instauração e realização da licitação.

O fato de a modalidade adequada para o certame exigir menor rigor de publicidade não impede que a Administração utilize-se de outra modalidade, também compatível, a qual exija maior publicidade. Essa “troca” possui fundamento no próprio interesse público do certame.

Em relação ao princípio da probidade administrativa, probidade significa ter caráter íntegro, honesto, honrado. Trata-se de um dever de todo administrador público, que a Lei incluiu como princípio específico da licitação. A Constituição Federal determinou, em seu artigo 37, § 4º, que a improbidade administrativa pode conduzir a “suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Conforme princípio da vinculação ao instrumento convocatório, tanto a Administração licitante, quanto os interessados na licitação, chamados de proponentes, submetem-se a este princípio. Significa a observância rigorosa dos termos e condições estabelecidos no edital ou na carta-convite. Tais condições são inalteráveis, a princípio, durante todo o procedimento licitatório. Se, por ventura, em razão de interesse público, for necessária alguma alteração, esta será feita por meio da rerratificação do ato convocatório, pelo qual se reabre o prazo de entrega dos envelopes de habilitação e proposta, de modo a retificar o que se quer corrigir e a ratificar o que se quer manter.

Por fim, o princípio do julgamento objetivo trata-se de um corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Por este princípio, a Administração Pública obriga-se a se ater ao critério definido no ato convocatório, o que evita o subjetivismo no julgamento das propostas.

## 2.1 – OBJETO DA LICITAÇÃO

Tudo aquilo que as pessoas públicas e governamentais, e suas subsidiárias, obrigadas a licitar, puderem obter de mais de um ofertante, ou que, se por elas oferecido, interessar a mais de um administrado, deverá ocorrer por proposta escolhida em procedimento licitatório como a mais vantajosa.<sup>14</sup>

Todavia, a enunciação do artigo 1º da Lei é exemplificativa, pois outros negócios também deverão ser objeto de licitação, tais como uma obra pública, um serviço, uma concessão de uso de bem público ou de serviço público, etc. Também podem ser objeto de licitação os elementos citados no artigo 116 da Lei, como convênios e acordos.

Seu objeto é uno e indivisível, porém, permite-se exceção, desde que possível fisicamente e previsto no edital. Para isto, dá-se o nome de licitação por item. Ocorre, por exemplo, quando se deseja adquirir vários objetos, como lápis, canetas, cadernos, etc. Deverá estar previsto no edital e o proponente poderá oferecer um, alguns ou todos os bens licitados. Desta forma, poderá haver mais de um vencedor, pois o julgamento também será por item.

O que não se permite, e caracterizaria fraude à licitação, é a divisão do objeto para que se possa dividir, também, os custos, de modo a que cada uma das partes seja objeto de uma modalidade mais simples de licitação. A Lei n. 8.666/93 prevê, em seu artigo 23, § 2º que, em caso de falta de recursos financeiros, poderá ser feita a divisão do objeto, desde que cada parte seja precedida de licitação na mesma modalidade em que se realizaria o todo.

O artigo 22 da Lei determina as modalidades de Licitação, quais sejam: concorrência (inc. I), tomada de preços (inc. II), convite (inc. III), concurso (inc. IV) e leilão (inc. V). A Lei n. 10.520/02 estabeleceu a modalidade denominada pregão.

---

<sup>14</sup> GASPARINI, op. cit., p. 296.

### **3 – LICITAÇÃO NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**

Nas PPPs, a licitação é regida, em parte, pela Lei n. 11.079/04, em razão desta conter suas normas específicas; subsidiariamente, por alguns dispositivos da Lei 8.987/95, expressamente mencionados pela lei das PPPs; e pela Lei n. 8.666/93, já que esta continua sendo o Estatuto central das licitações.

Inicialmente, o artigo 10 da Lei n. 11.079/04 expressa a grande preocupação do Estatuto das PPPs, qual seja a sustentabilidade financeira do projeto, no que diz respeito às regras de responsabilidade fiscal e eleição de suas prioridades, em razão dos limites financeiros impostos ao projeto de uma parceria público-privada.

Para tanto, foi criado um órgão específico para a União, o Comitê Gestor das Parcerias Público-Privadas Federais, previsto no artigo 14 da Lei n. 11.079/04 e no Dec. n. 5.385/05, que cuida dessa função seletiva. O dispositivo da Lei determina a instituição, por decreto, de órgão gestor de parcerias público-privadas federais e capitula suas competências, dentre elas, a autorização de abertura da licitação e sua motivação. É de suma importância a participação do Tribunal de Contas da União, na forma do §5º, para que seja corretamente verificado o desempenho econômico dos contratos de parceria.

De acordo com os incisos I, *b* e *c*, a V, do artigo 10 da Lei n. 11.079/04, deve haver observância da Lei de Responsabilidade Fiscal. Ocorre que existe grande dificuldade de se cumprir as exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal, em função do prazo de duração das PPPs, que vai de cinco a trinta e cinco anos, já que o prazo do Plano Plurianual, o da Lei de Diretrizes Orçamentárias e o da Lei Orçamentária Anual limitam as restrições previstas naquela Lei. O mais razoável a se fazer é uma estimativa do impacto orçamentário e financeiro a ser provocado pelo empreendimento, ou seja, estimativa do fluxo de recursos públicos necessários ao cumprimento do objeto do contrato.

O inciso VI, do artigo 10 do Estatuto das PPPs traz a consulta pública. Os prazos nele previstos foram estipulados para que a consulta pública não se torne uma simulação, por parte da Administração Pública, do procedimento a ser adotado. Ademais, esta é obrigada a considerar as opiniões manifestadas na consulta, devendo motivar a aceitação ou rejeição de determinada opinião. Desta forma, considera-se haver dois requisitos de validade do edital de licitação das PPPs: a consulta pública prévia e a resposta às sugestões apresentadas.

O inciso VII, do artigo 10 traz, outrossim, a licença ambiental. Esta se faz imprescindível, pois de nada adianta resolver um problema com serviço ou obra pública e, ao mesmo tempo, criar outro com a destruição do meio ambiente.

O artigo 40, §2º da Lei n. 8.666/93, determina que o projeto básico acompanhe o edital. Já a Lei n. 11.079/04, o inciso II do artigo 11, determinava a possibilidade de o edital prever a responsabilidade do contratado pela elaboração dos projetos executivos das obras. O que se queria dizer, na verdade, é que ao contratado era vedada a elaboração do projeto básico. Este dispositivo foi vetado, já que não se pode exigir licença prévia sem o projeto básico. Para solucionar o problema, o IBAMA criou a IN 184/08, que determina uma nova fase para o licenciamento ambiental, o TR - Termo de Referência, que ocorre antes da licença prévia, dando início ao processo de licenciamento ambiental.<sup>15</sup>

Ainda o mesmo artigo 10, caput, determina que a licitação das PPPs ocorrerá na modalidade de concorrência, disciplinada no artigo 22, I, da Lei n. 8.666/93. Outra modalidade não seria mais adequada, haja vista tratar a PPP de contratação de grande vulto, o que exige maior rigor no processo seletivo. No que tange à Lei 8.987/95, os dispositivos específicos aplicáveis às PPPs são: artigo 15, incisos I e V; artigo 15, §§ 3º e 4º; artigo 19 e artigo 21.

---

<sup>15</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 38.

Grande parte do que é determinado pela Lei n. 11.079/04 sobre licitação é voltada para a fase interna da mesma, na qual a Administração analisa a possibilidade e conveniência da celebração de determinado contrato, bem como a forma deste que lhe convier.

Dentre outros aspectos, o artigo 11 da Lei n. 11.079/04, ao prever a aplicação de determinados dispositivos da Lei n. 8.987/95, determina que as garantias a serem dadas pelo Estado devem estar previamente expressas no edital, sendo esta uma manifestação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Tais garantias são fundamentais, pois podem ser determinantes quanto à participação de determinada empresa no procedimento licitatório.

Conforme o disposto no artigo 12, inciso II, c/c seu § 2º, da Lei n. 11.079/04, c/c artigo 15, incisos I e V, da Lei n. 8.987/95, foram admitidos como critério de julgamento os de menor tarifa, de menor tarifa combinado com o de melhor técnica, menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração (contraprestação que será a totalidade das receitas do concessionário no caso das concessões administrativas, e uma parcela, no caso das concessões patrocinadas), e menor contraprestação combinada com a melhor técnica. Quanto aos critérios que envolvam tarifa, estes só são aplicáveis às concessões patrocinadas, já que, evidentemente, nas concessões administrativas não se admite cobrança de tarifa dos usuários.

Baseando-se na legislação do pregão, Lei n. 10.520/02, o artigo 12, inciso III e § 1º, da Lei n. 11.079/04, admitiu a combinação de propostas escritas com lances verbais; trata-se de uma forma prática que gerou economicidade para a administração Pública. Da mesma forma, ainda tendo por base a legislação do pregão, admite-se, pelo artigo 13 da Lei n. 11.079/04, a inversão das fases da licitação – habilitação e julgamento, este precedente àquela. Esta medida é mais razoável, no sentido de que se perde muito tempo analisando os documentos de habilitação para, ao final, ser escolhido um vencedor.

Isso significa que o edital poderá prever, primeiramente, que haverá decisão da melhor proposta e, em seguida, os licitantes classificados. Depois desta fase, verificar-se-á se os classificados cumpriram as condições de habilitação. Para José dos Santos Carvalho Filho, a lei deveria considerar a inversão como uma obrigatoriedade, não uma faculdade, já que é mais lógico julgar as propostas primeiramente à verificação da documentação exclusiva do vencedor.<sup>16</sup>

O artigo 43, § 3º, da Lei n. 8.666/93 determina que as diligências a serem realizadas para sanar erros na documentação dos licitantes. Porém, só são admissíveis para aqueles documentos que já haviam sido entregues, não se permitindo a apresentação de nova documentação. O artigo 12, inciso IV do Estatuto das PPPs, por sua vez, permite a correção dos erros e, até mesmo, respeitando-se o princípio da razoabilidade, a apresentação de novos documentos não constantes nos envelopes de habilitação, mesmo porque, a habilitação só será verificada em relação ao licitante vencedor.<sup>17</sup>

## CONCLUSÃO

A Administração Pública exerce atividade complexa de modo que, para alcançar o interesse público, precisa valer-se de bens e serviços fornecidos por terceiros. Para tanto, necessita firmar contratos. Não poderia a lei deixar ao alvedrio do administrador a escolha da pessoa a ser contratada, sob pena de serem celebrados contratos impróprios, escusos, que prejudicariam a própria máquina administrativa.

É a licitação que evita tamanho risco. Por ser um procedimento anterior ao próprio contrato, permite a análise de várias propostas, de pessoas diferentes, para que a Administração escolha aquela mais vantajosa para sua finalidade.

---

<sup>16</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 379/380.

<sup>17</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 39.

Não é por outra razão que as peculiaridades do contrato de parceria não elidem a necessidade do procedimento licitatório.

O regime de parcerias tem sido adotado em outros ordenamentos jurídicos, com sucesso justificado por dois pontos fundamentais: “a falta de disponibilidade de recursos financeiros e a eficiência da gestão do setor privado”.<sup>18</sup>

Resta saber se o modelo produzirá frutos positivos no Brasil, o que somente o tempo dirá. Ademais, o tempo também é uma das formas pelas quais a Administração Pública conduzirá o instituto, uma vez que grandes projetos e investimentos demandam tempo para serem realizados com o devido sucesso.

Ainda que se considere que a disciplina jurídica das parcerias público-privadas apresente alguns aspectos confusos, como por exemplo, o objeto da concessão administrativa, para o qual a lei menciona prestação de serviços sem a especificação de sua natureza, trata-se de uma tentativa de se obter do setor privado recursos e formas de gestão no intuito de executar atividades em que o Estado, sozinho, teria fracassado.

Destarte, não se pode deixar de considerar o objetivo primordial do legislador: a melhor execução e gestão dos serviços públicos. E esse objetivo não se realizaria sem licitação.

## **BIBLIOGRAFIA**

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Primeira Seção. *Parcerias Público- Privadas: PPPs no Direito Positivo Brasileiro*. Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, n. 839, p. 11-46, setembro de 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21ª ed.. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 6ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2003.

---

<sup>18</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 405.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5ª ed.. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 16ª ed.. São Paulo: Atlas, 2003.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 12ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M.. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões: Análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2004.