

**FUNDAÇÃO DE AMPARO À ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO –  
ENA BRASIL  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO LATO SENSU EM CONTROLE EXTERNO  
NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

**MIRIAN TERESINHA DEMONTI ROSA**

**CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE COLETIVO  
MUNICIPAL: UM ESTUDO SOBRE OS CRITÉRIOS DE JULGAMENTO  
ADOTADOS EM PROCESSOS LICITATÓRIOS NOS MUNICÍPIOS DE SANTA  
CATARINA.**

**FLORIANÓPOLIS  
2013**

**MIRIAN TERESINHA DEMONTI ROSA**

**CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE COLETIVO  
MUNICIPAL: UM ESTUDO SOBRE OS CRITÉRIOS DE JULGAMENTO  
ADOTADOS EM PROCESSOS LICITATÓRIOS NOS MUNICÍPIOS DE SANTA  
CATARINA**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Especialização *Lato Sensu* em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos, da Fundação de Amparo à Escola Nacional de Administração – ENA BRASIL, como requisito para obter o certificado de conclusão do curso.

Orientador: Osvaldo Faria de Oliveira MSc.

**FLORIANÓPOLIS**

**2013**



**MIRIAN TERESINHA DEMONTI ROSA**

**CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE COLETIVO  
MUNICIPAL: UM ESTUDO SOBRE OS CRITÉRIOS DE JULGAMENTO  
ADOTADOS EM PROCESSOS LICITATÓRIOS NOS MUNICÍPIOS DE SANTA  
CATARINA.**

*Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de especialista em Controle Externo nas  
Concessões de Serviços Públicos pela Fundação Escola de Governo EnaBrasil.*

*Orientador:*

\_\_\_\_\_  
Mestre Osvaldo Faria de Oliveira

Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina

Coordenação Acadêmica \_\_\_\_\_

Claudia Regina Castellano Losso

Fundação Escola de Governo ENABrasil

**Florianópolis, 22 de agosto de 2013.**



**GOVERNO DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
FUNDAÇÃO ESCOLA DE GOVERNO – ENA  
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA  
CATARINA  
INSTITUTO DE CONTAS – ICON/TCESC**



O Curso de Especialização em “Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos” é uma iniciativa do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, financiado nos termos da Resolução nº TC 10/2004, sob a Coordenação do Instituto de Contas do TCESC, e desenvolvido pela Escola de Governo Fundação ENA.

**Título da Monografia:** Concessão de Serviços Públicos de Transporte Coletivo Municipal: um estudo sobre os critérios de julgamento adotados em processos licitatórios nos municípios de Santa Catarina.

**Aluna:** Mirian Teresinha Demonti Rosa

**Orientador:** Osvaldo Faria de Oliveira MSc.

## RESUMO

O presente trabalho monográfico se propõe a estudar os critérios de julgamento adotados nos editais de concorrência para delegação de serviço público de transporte coletivo, lançados por municípios catarinenses, no período de 2008 a 2012. Trata-se de uma pesquisa de natureza qualitativa e caráter exploratório que tem por objetivo analisar o posicionamento do Tribunal de Contas, acerca da legalidade dos critérios de julgamento adotados, registrado nas decisões plenárias estudadas. Foram pesquisados os dados de onze casos (editais de concorrência), obtidos na página do Tribunal de Contas do Estado, disponível na rede mundial de computadores – *Internet*, no período de maio a julho de 2013. O estudo é iniciado com a apresentação dos conceitos e formas de prestação dos serviços públicos, das modalidades de concessão existentes no ordenamento jurídico nacional, dos critérios de julgamento estabelecidos nas Leis nº 8.987/95 e nº 11.079/04 e dos tipos de licitação definidos na Lei nº 8.666/93. Discorre-se, também, sobre a competência para prestação dos serviços de transporte coletivo, os princípios aplicáveis aos serviços públicos, os critérios de julgamento utilizados nos processos licitatórios para delegação de serviços de transporte públicos nos municípios catarinenses no período analisado e o posicionamento do Tribunal de Contas de Santa Catarina a respeito da questão estudada. Como conclusão, tem-se que os critérios de julgamento de melhor técnica e de maior valor de outorga, adotados nos editais de concorrência de concessão de serviços públicos de transporte coletivo, lançados por municípios catarinenses no período do estudo, foram considerados ilegais pelo Tribunal de Contas do Estado tendo em vista a sua inadequação ao serviço público concedido.

**Palavras-chave:** Serviço Público. Transporte Coletivo. Concessão. Licitação. Tipos de Licitação. Critérios de Julgamento.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	7
1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA.....	7
1.2 OBJETIVOS.....	9
<b>1.2.1 Objetivo geral</b> .....	9
<b>1.2.2 Objetivos específicos</b> .....	9
1.3 JUSTIFICATIVA .....	10
1.4 ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO.....	11
<b>2 REVISÃO TEÓRICA</b> .....	12
2.1 SERVIÇO PÚBLICO.....	12
<b>2.1.1 Conceito de Serviço Público</b> .....	12
<b>2.1.1.1 Conceito ampliado de Serviço Público</b> .....	13
<b>2.1.1.2 Conceito restritivo de Serviço Público</b> .....	13
2.2 SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL.....	15
<b>2.2.1 Competência para prestar serviços de transporte coletivo</b> .....	15
<b>2.2.2 Princípios Aplicáveis aos Serviços Públicos</b> .....	15
2.3 FORMAS DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	18
2.4 CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	21
<b>2.4.1 Concessão Tradicional</b> .....	21
<b>2.4.2 Parcerias Público-Privadas</b> .....	23
2.5 CONCORRÊNCIA PARA OUTORGA DE SERVIÇOS PÚBLICOS .....	24
<b>2.5.1 Critérios de Julgamento</b> .....	25
<b>2.5.2 Tipos de Licitação</b> .....	29
3 METODOLOGIA .....	32
4 ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE JULGAMENTO ADOTADOS EM SC .....	35
5 CONCLUSÃO .....	52
REFERÊNCIAS.....	55

## **1 INTRODUÇÃO**

Este capítulo de introdução apresenta a contextualização do problema de pesquisa, fixa o objetivo geral e os objetivos específicos norteadores do estudo proposto e as justificativas para a realização deste trabalho.

### **1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA**

A mobilidade urbana se apresenta como um dos principais desafios a ser enfrentado pela administração pública brasileira atual.

O crescimento e a concentração populacional de cidades e regiões metropolitanas tornaram urgentes e necessárias ações de gestão pública capazes de promover o deslocamento de pessoas e bens com agilidade, conforto, modicidade, universalidade e segurança e, ainda, reduzir os impactos negativos, como a poluição ambiental e os prejuízos financeiros, gerados pelos congestionamentos.

A ausência de políticas públicas voltadas à priorização do transporte coletivo, nas últimas décadas, está levando o sistema público de transporte a um verdadeiro colapso.

As manifestações populares que recentemente ganharam as ruas do país evidenciaram a insatisfação da população brasileira com os serviços públicos essenciais oferecidos, sobretudo o transporte público municipal que se mostra insuficiente, caro e de péssima qualidade.

Tratado como serviço público essencial na Constituição Federal, o transporte coletivo municipal precisa ser planejado, organizado e prestado pelo poder público de forma a assegurar a satisfação dos interesses coletivos, possibilitar a melhoria da qualidade de vida da população e o desenvolvimento econômico urbano sustentável.

Em Santa Catarina prevalece o modelo rodoviário, onde os serviços são prestados por empresas que atuam em nome do Estado em regime de concessão.

Isso significa que o município delega seu dever constitucional de prestar o serviço a uma ou mais empresas que atuam em seu lugar no atendimento à população.

Nesse modelo, a concessionária recebe delegação para desempenhar por sua conta e risco o serviço concedido. A remuneração do prestador é realizada por meio de tarifa paga diretamente pelo usuário do serviço.

Com o advento da Lei nº 8.987/95 as renovações das outorgas para prestação de serviços público por terceiros, obrigatoriamente, devem ser precedidas de licitação na modalidade concorrência.

Assim, na medida em que os antigos contratos de concessão de serviços públicos de transporte coletivo em Santa Catarina chegam ao seu final, os municípios catarinenses estão lançando processos licitatórios objetivando a seleção de novos parceiros privados.

Os processos licitatórios destinados a garantir a observância o princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração devem ser processados e julgados em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

O julgamento da licitação será objetivo quando for fundamentado em critérios e parâmetros pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos de forma clara e precisa no instrumento convocatório e que possibilite a aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

As Leis nº 8.987/95 e nº 11.079/04 que disciplinam as Concessões de Serviços Públicos Comuns e as Parcerias Público-Privadas - PPPs, respectivamente, estabelecem regras próprias de julgamento de propostas com base nos critérios de “menor tarifa”, “maior oferta pela outorga”, “menor contrapartida a ser paga pelo poder concedente” e “melhor técnica”, aplicados isoladamente ou combinados dois a dois.

O poder discricionário do Administrador Público para escolher os parâmetros de julgamento da licitação, ampliado em razão das diferentes possibilidades de combinações dos critérios de julgamento e dos tipos de licitação previstos em lei, encontra seus limites nas características do serviço público a ser prestado, na política tarifária adotada, no nível de qualidade que se quer alcançar e, principalmente, na capacidade de pagamento do usuário.

O julgamento da licitação, portanto, vai muito além da simples eleição de critérios de julgamento capazes de selecionar o prestador melhor qualificado. Os critérios adotados podem influenciar diretamente as características do serviço prestado ao longo de todo o período da concessão. A escolha dos critérios de julgamento pode resultar no sucesso ou na frustração da futura contratação.

Destarte, a relevância do tema demanda amplo estudo por parte dos administradores públicos, órgãos de controle e aplicadores do direito.

A investigação proposta encontra sua importância em razão das dificuldades que os Administradores Públicos, sobretudo os Gestores Municipais Catarinenses, enfrentam na elaboração de editais de concorrência para delegação de serviços públicos de transporte coletivo, em razão dos riscos envolvidos na escolha dos parâmetros de julgamento e do entendimento defendido pelo Tribunal de Contas de Santa Catarina acerca da utilização de critérios de julgamento inapropriados ao serviço público licitado.

Diante do exposto, tem-se cristalizada a seguinte pergunta de pesquisa:

Os critérios de julgamento adotados nos processos licitatórios destinados à delegação de serviços públicos de transporte coletivo municipal em Santa Catarina, no período de 2008 a 2012, estão de acordo com as disposições legais que regulam a matéria?

## **1.2 OBJETIVOS**

### **1.2.1 Objetivo Geral**

Estudar os critérios de julgamento adotados nos editais de concorrência destinados à delegação de serviços públicos de transporte coletivos municipais lançados em Santa Catarina, no período de 2008 a 2012, quanto a sua adequação aos requisitos impostos pela legislação pátria de regência das concessões públicas.

### **1.2.2 Objetivos Específicos**

- Apresentar os critérios de julgamentos de propostas estabelecidos nas Leis nº 8.987/93 e nº 11.074/04;

- Apresentar os tipos de licitação previstos na Lei 8.666/93;
- Apresentar os critérios de julgamento adotados nos editais de concorrência lançados pelos municípios catarinenses para delegação dos serviços públicos de transporte coletivo, no período de 2007 a 2012;
- Pesquisar as decisões do Tribunal de Contas de Santa Catarina a respeito do assunto;
- Pesquisar o posicionamento doutrinário acerca dos riscos inerentes à adoção inadequada de critérios de julgamento de propostas nas concessões de serviços públicos, pela Administração Pública.

### **1.3 JUSTIFICATIVA**

O presente trabalho se justifica em face dos seguintes argumentos:

a) As leis que disciplinam as concessões comuns, administrativas e patrocinadas autorizaram o julgamento de propostas nas concorrências de outorga de serviços públicos com base na combinação dos critérios de “melhor técnica”, “menor preço da tarifa”, “maior oferta pela outorga” e “menor contrapartida a ser paga pelo poder concedente”, sem definir os tipos de licitação (procedimentos), os requisitos e parâmetros técnicos a serem adotados em cada caso concreto;

b) A escolha inadequada do tipo de licitação e dos critérios de julgamento de propostas pode restringir desnecessariamente a participação de interessados no certame e conduzir a licitação à seleção de proposta que não seja a mais vantajosa;

c) Os Administradores Públicos, sobretudo os Gestores Municipais, têm enfrentado dificuldades na elaboração de editais de concorrência para concessões de serviços públicos de transporte coletivo, em razão da insegurança quanto aos tipos de licitação, aos critérios apropriados ao serviço público concedido e aos riscos envolvidos na escolha de parâmetros inadequados de julgamento;

d) O Tribunal de Contas de Santa Catarina determinou a anulação de processos licitatórios destinados à outorga de serviços públicos de transporte municipais, julgados no período estudado neste trabalho, em face da escolha de critérios de julgamento inadequados.

## **1.4 ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO**

Para atingir o objetivo geral, dividiu-se o trabalho em duas partes principais: na primeira, são apresentados, sucintamente, conceitos, as formas de prestação de serviços públicos, as características gerais das concessões nas modalidades tradicional, patrocinada e administrativa, a competência municipal para a prestação dos serviços público de transporte local, os princípios aplicáveis aos serviços públicos, os critérios de julgamento estabelecidos nas Leis nº 8.987/95 e nº 11.079/04 e os tipos de licitação previstos na Lei nº 8.666/93; na segunda parte são apresentados os editais de concorrência para delegação de serviços públicos de transporte coletivo de municípios catarinenses, analisados pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, no período de 2008 a 2012, para exame da adequação dos critérios de julgamento adotados às disposições legais que regem a matéria.

Além dos capítulos mencionados, este trabalho contempla esta introdução, um capítulo onde se delinea a metodologia da pesquisa e um capítulo de conclusão. Ao final, relacionam-se as referências bibliográficas adotadas.

## 2 REVISÃO TEÓRICA

Este capítulo está dividido em 5 (cinco) tópicos que tratam dos conceitos, dos princípios e das formas de prestação de serviços públicos no Brasil, da características gerais das concessões nas modalidades tradicional, patrocinada e administrativa e dos critérios e procedimentos de julgamento das concorrências para delegação de serviços públicos, previsto nas Leis nº 8.987/95, nº 11.079/04 e na Lei nº 8.666/93.

### 2.1 SERVIÇOS PÚBLICOS

Este primeiro tópico tem por objetivo apresentar, sucintamente, os conceitos de serviço público e as suas formas de prestação, conforme se inserem na doutrina pátria.

#### 2.1.1 Conceitos Serviço Público

Oferecer o conceito de serviço público, na avaliação de Gasparini (2000, p. 249), não é tarefa fácil, visto que a locução comporta pelo menos três sentidos, o *orgânico*, o *material* e o *formal*:

Em sentido orgânico, também chamado subjetivo, o serviço público é um complexo de órgãos, agentes e recursos da Administração Pública. Equivale, pois, a um organismo ou parte do aparelho estatal. Em sentido material, também designado objetivo, o serviço público é uma função, uma tarefa, uma atividade da Administração Pública, destinada a satisfazer necessidades de interesse geral. Em sentido formal, serviço público é a atividade desempenhada por alguém (Poder Público ou seus delegados) sob regras exorbitantes do Direito Comum. É a Submissão de certa atividade a um regime de Direito Público.

Essa dificuldade se agrava na medida em que as necessidades de cada sociedade se modificam devido às contingências culturais, políticas e sociais de sua época (Gasparini, 2000).

Os dois conceitos mais fluentes entre os doutrinadores pátrios, são:

### 2.1.2 Conceito Ampliado de Serviço Público

A expressão *serviço público*, leciona Oliveira (2007), foi empregada pela primeira vez na França como uma obrigação de prestar imposta aos governantes – englobando tanto os serviços individuais (*uti singuli*) quanto os serviços gerais (*uti universi*).

Historicamente, face à matriz francesa, grande parte dos conceitos de serviços públicos apresenta sentido amplo, envolvendo todas as atividades prestadas pela Administração Pública para atendimento das necessidades sociais, inclusive as atividades legislativas e jurisdicionais.

Em solo pátrio, destaca-se o conceito ampliado de serviço público formulado por Meirelles (2005, p. 326) e adotado por Azevedo e Alencar (1998, p.19) em sua obra, *ipsis litteris*:

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado.

Explica Meirelles (2005) que o conceito de serviço público não é uniforme, variando de acordo com as necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais e do momento histórico de cada sociedade.

### 2.1.3 Conceito Restrito de Serviço Público

No Brasil o vocábulo *serviço público* não é sinônimo de atividade estatal e, de um modo geral, os pensadores pátrios entendem, adotando o conceito restritivo, que serviço público é a prestação, sob regime de direito público, de utilidades essenciais, fruíveis individualmente pelos membros de uma comunidade” (Justen Filho, 2003).

Aragão (2008), adotando em sua obra o conceito restritivo, define serviço público como a prestação de atividades econômicas colocadas, pela Constituição ou

por Lei específica, a disposição de indivíduos pelo Estado, com ou sem reserva de titularidade, para ser por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas o bem-estar da coletividade.

Para Mello (2006) atividade é qualificada como serviço público quando o Estado, em certo tempo e lugar, reputa de seu dever assumi-la como pertinente a si próprio (mesmo que sem exclusividade) e, justamente por isto, a coloca sob disciplina de Direito Público.

O conceito de *serviço público*, em sentido técnico jurídico, segundo Mello (2006, p. 634) pode ser apresentado da seguinte forma:

Serviço público é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor do interesses definidos como públicos no sistema normativa .

A noção de serviço público há de se compor necessariamente de dois elementos – o primeiro - o *substrato material* que consiste na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; o segundo – o *traço formal* indispensável - a unidade normativa composta por princípios e regras caracterizados pela supremacia do interesse público e por restrições especiais que o submetem ao regime de Direito Público (Mello, 2006).

Para Ribeiro Bastos (2002) a Administração atinge o ápice da sua razão de ser pelo serviço público, na medida em que se converte em prestadora de um serviço essencial à coletividade.

Medauar (2006, p. 313) define serviço público como “*atividade prestacional*, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano”.

Para finalizar o tópico, em orientação de suma importância para este trabalho, Di Pietro (2002, p. 47) explica que embora a expressão *serviço público* seja com frequência empregada em sentido amplo, envolvendo as funções do Estado e atividades desenvolvidas pela Administração Pública de modo geral, quando se fala de concessão de serviço público, o termo tem sentido restrito “alcançando apenas atividade material prestada pelo Estado ou seus representantes, para oferecimento de utilidade fruível diretamente pelo usuário”.

## **2.2 SERVIÇOS PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL**

A Lei nº 12.587/12, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, em seu art. 4º, inciso VI, define transporte público coletivo como serviço de transporte de passageiros acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e preços fixados pelo poder público.

### **2.2.1 Competência para prestar serviços de transporte coletivo**

A Constituição Federal, no que tange à repartição de competências entre os entes federados, estabelece, no art. 30, inciso I, a competência dos municípios para legislar sobre os assuntos de interesse local.

A organização e prestação, direta ou sob regime de concessão ou permissão, de serviço público de transporte coletivo no âmbito do município, por caracterizar necessidade de interesse local, está albergada pela competência legislativa dos Municípios, por força do art. 30, inciso V da Constituição Federal.

Especificamente, no que se refere às atribuições municipais relacionadas à mobilidade urbana estabelece o art. 18 da Lei nº 12.587/12:

Art. 18. São atribuições dos Municípios:

I – [...]

II - prestar, direta, indiretamente ou por gestão associada, os serviços de transporte público coletivo urbano, que têm caráter essencial;

A qualidade da prestação dos serviços público de transporte coletivo municipal, por se tratar de tema de grande relevância, no que compete à observância dos princípios da adequação, universalidade e continuidade será tratada a seguir.

### **2.2.2 Princípios Aplicáveis aos Serviços Públicos**

Em primeiro plano, convém destacar da orientação de Justen Filho (2003) que o desempenho das atividades materiais, relacionadas à satisfação de necessidades sociais imperiosas, retiradas do âmbito da livre iniciativa privada e impostas como obrigação estatal, é norteado por princípios inafastáveis.

Di Pietro (2005) e Gasparini (2000), acompanhando a doutrina francesa, apontam como princípios norteadores dos serviços públicos – os princípios da continuidade, da igualdade e da mutabilidade do regime jurídico, por assegurar a prestação ininterrupta dos serviços, o tratamento isonômico dos usuários e a promoção de alterações no regime da prestação pela Administração para melhor atender ao interesse social.

Rocha (1996) relaciona como norteadores dos serviços públicos os princípios constitucionais da exclusividade da competência pública (art. 175, *caput*), da participação democrática dos usuários (art. 175, parágrafo único, inciso III), da adequação do serviço aos fins e aos interesses da sociedade (art. 175, parágrafo único, inciso IV) e da tarifa política (art. 175, parágrafo único, inciso III).

Tais princípios são desdobramentos da combinação dos princípios fundamentais positivados na Constituição do Brasil de 1988 (arts. 1º, 3º, I, 5º e 37) e dos princípios constitucionais específicos da ordem econômica (arts. 170, IV e V, e 173, *caput*) “para o perfeito contingenciamento da própria definição jurídica do serviço público” (Rocha, 1996, p.85).

Na visão de Azevedo e Alencar (1998) e Bastos (2002) a regularidade, a continuidade, a eficiência, a segurança, a atualidade, a generalidade, a cortesia e a modicidade das tarifas são característica que satisfazem as exigências de adequação do serviço público, previstas no art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95, e compõem o quadro que os doutrinadores chamam de princípios.

Dispõe o art. 6º da Lei nº 8.987/95 que “Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato”.

Serviço adequado, nos termos do art. 6º, § 1º da Lei nº 8.987/95, é aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas.

O legislador infraconstitucional, ao editar a Lei nº 8.987/95, disciplinou no Capítulo III, os direitos e obrigações dos usuários:

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

Meirelles (2005) apresenta cinco princípios que modernamente sintetizam os requisitos do serviço público e devem ser exigidos, de quem os execute, pela Administração: a permanência que impõe continuidade da prestação; a generalidade que corresponde ao princípio da igualdade e impõe a prestação igual para todos; a eficiência, outra designação da chamada mutabilidade, que impõe a atualização do serviço; a modicidade, que garante tarifas razoáveis; e a cortesia que determina o tratamento adequado do usuário.

Para Mello (2006, p. 640 e 641) os princípios do serviço público que compõem seu regime jurídico e constituem o aspecto formal do conceito são:

Princípio da supremacia do interesse público [...] o norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes ao serviço serão as conveniências da coletividade; [...] Princípio da adaptabilidade [...] sua atualização e modernização, conquanto, como é lógico, dentro das possibilidades econômicas do Poder Público; Princípio da universalidade [...] o serviço é indistintamente aberto à generalidade do público; Princípio da impessoalidade, do que decorre a inadmissibilidade de discriminações entre os usuários; Princípio da continuidade [...] impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido. Princípio da transparência [...] mais ampla possível ao público em geral do conhecimento de tudo o que concerne ao serviço e à sua prestação [...] Princípio da motivação [...] dever de fundamentar com largueza todas as decisões atinentes ao serviço; Princípio da modicidade das tarifas; deveras, se o Estado atribui tão assinalado relevo à atividade a que conferiu tal qualificação, [...] seria rematado dislate que os integrantes desta coletividade a que se destinam devessem, para desfrutá-lo, pagar importâncias que os onerassem excessivamente e, pior que isto, que os marginalizassem. [...] Princípio do controle (interno e externo) sobre as condições da prestação.

Enfatiza o autor (2006) que o rol apresentado tem por objetivo realçar alguns princípios dentre os que compõem o regime jurídico administrativo em razão de sua incontestável aplicação aos serviços públicos, sem, contudo, intenção de excluir quaisquer outros não mencionados.

## 2.3 FORMAS DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O art. 175 da Constituição Federal de 1988 estabelece que “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”.

Segundo orientação de Meirelles (2005, p. 337 a 339), em atenção ao mandamento constitucional citado, os serviços públicos podem ser prestados da seguinte maneira:

A prestação de serviço público ou de utilidade pública pode ser [...].

1.5.1 *Serviço centralizado* – É o que o Poder Público presta por seus próprios órgãos em seu nome e sob sua exclusiva responsabilidade. Em tais casos o Estado é, ao mesmo tempo, titular e prestador do serviço [...]

1.5.2 *Serviço descentralizado* – É todo aquele em que o Poder Público transfere sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, por outorga ou delegação, a autarquias, fundações, empresas estatais, empresas privadas ou particulares individualmente [...].

1.5.3 *Serviço desconcentrado* – É aquele que a Administração executa centralizadamente, mas o distribui entre vários órgãos da mesma entidade, para facilitar sua realização e obtenção pelos usuários. [...]

Os serviços *centralizados*, *descentralizados* ou *desconcentrados* admitem *execução direta* ou *indireta*, porque isto diz respeito à sua implantação e operação, e não a quem tem a responsabilidade pela sua prestação [...]

1.5.4 *Execução direta do serviço* - [...] Considera-se serviço em execução direta sempre que o encarregado de seu oferecimento ao público o realiza pessoalmente, ou por seus órgãos, ou por seus prepostos [...].

1.5.5 *Execução indireta do serviço* – É a que o responsável pela sua prestação aos usuários comete a terceiros para realizá-lo nas condições regulamentares. Serviço próprio feito por outrem, é *prestação indireta*.

Mukai (2007), comentando a classificação apresentada por Meirelles, afirma que desta forma confirma-se na doutrina que um serviço público pode ser *outorgado* (por lei) a uma entidade (via de regra, empresa estatal) criada por lei, ou *delegado* a particulares, por ato bilateral ou unilateral, mediante licitação.

A respeito da prestação de serviços públicos em regime de concessão (prestação descentralizada por delegação) expõe Aragão (2008) que os serviços públicos concedidos não perdem a sua natureza pública, sendo delegado à iniciativa privada o seu mero exercício, permanecendo a titularidade estatal exclusiva sobre o serviço, nos termos do art. 175 da Constituição Federal.

O contrato de concessão vem, desta forma acompanhado de cláusulas exorbitantes que conferem ao concedente os poderes de alterar e rescindir

unilateralmente o contrato, fiscalizar a sua execução e aplicar penalidades (DI PIETRO, 2007).

De outra parte, ajuíza Mello (2006, p. 643) que não se deve confundir a titularidade do serviço com a titularidade da prestação – “realidades jurídicas visceralmente distintas”.

O fato de o Estado ser o sujeito que detém “senhoria” sobre os serviços não significa que deva obrigatoriamente prestá-lo por si ou por entidade de sua estrutura quando detenha a titularidade exclusiva do serviço. Na maioria dos casos estará apenas obrigado a discipliná-la e a promover-lhe a prestação (Mello, 2006).

Alerta Mello (2006, p. 666) que prestar diretamente um serviço público não significa executá-lo materialmente por seus próprios órgãos administrativos ou pessoas integrantes da estrutura estatal:

Se assim fosse, o Poder Público – caso não pretendesse *materialmente* prestá-lo mediante um órgão ou entidade competente de sua intimidade jurídica – teria de valer-se, obrigatoriamente, da concessão e permissão, [...] Nos simples contratos de prestação de serviços o prestador do serviço é simples *executor material para o Poder contratante*. Daí que não lhe são transferidos poderes públicos. Persiste sempre o Poder Público como o sujeito diretamente relacionado com os usuários e, de conseguinte, como responsável direto pelo serviço. (grifos do autor)

Um pouco mais adiante, corrobora o ilustre doutrinador que na terceirização o usuário não mantém qualquer relação jurídica com o contratado e por esta razão é o Poder Público quem cobra do usuário pelo serviço prestado. O contratado, de sua vez, é remunerado diretamente pelo Poder Público com base no valor avençado no contrato firmado entre as partes e não por meio de tarifas. Já nas concessões – o poder concedente transfere para o concessionário a qualidade, o título jurídico de prestador do serviço, se retirando do encargo de prestar diretamente o serviço ao usuário.

A outorga da concessão representa modalidade de desafetação dos serviços, retirando-o da órbita pública e inserindo-o no campo do direito privado, sem, contudo, produzir modificação do regime jurídico que preside a prestação do serviço público (Justen Filho, 2003).

Este é, também, o entendimento do Tribunal de Contas de Santa Catarina, registrado nos autos do Processo CON 07/00314288 que tratou da Consulta formulada pela Prefeitura de Joaçaba acerca dos procedimentos a serem

tomados para concessão dos serviços de coleta, transporte e disposição final de resíduos domiciliares urbanos (Decisão nº 4193/2007), a saber:

[...] Portanto e diante dos ensinamentos acima, tem-se que a prestação direta de serviços públicos que se refere o art. 175, da Constituição Federal, não significa extinção do instituto da terceirização, nem, tampouco, que os órgãos públicos, através de seus agentes, devam prestar o serviço. A Prestação direta a que refere o artigo em apreço nada mais significa que não abdicar da titularidade jurídica da prestação do serviço. Se pretende o Poder Público renunciar a essa titularidade jurídica de prestar serviço público, deve fazê-lo por meio da concessão ou permissão. [...]

Ponderando a respeito da diferença fundamental entre *concessão* e *terceirização*, Justen Filho (2003) leciona que os institutos não se confundem - na concessão se mantém o regime jurídico original – o terceiro recebe delegação para desempenhar por sua conta e risco o serviço concedido, já na terceirização o Estado continua mantendo a condição de prestador e respondendo diretamente perante o usuário, cabendo ao terceirizado, apenas, a execução da atividade para qual foi contratado, em favor do contratante.

## **2.4 CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Neste tópico são apresentadas as concessões de serviços públicos, na modalidade tradicional ou comum, disciplinada pela Lei nº 8.987/95, e nas modalidades administrativa e patrocinada, disciplinadas pela Lei nº 11.079/04, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro as Parcerias Público-Privadas.

### **2.4.1 Concessão Tradicional**

Para os fins dispostos na Lei nº 8.987/95, considera-se concessão de serviço público:

Art. 2º [...]

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; [...]

Mello (2006, p. 670) apresenta as seguintes considerações sobre os conceitos formulados na Lei nº 8.987/95:

[...] Ambos os conceitos (concessão precedida e não precedida de obra pública) padecem de qualidade técnica lastimável. Desde logo, incluem na caracterização das figuras delineadas elementos que são requisitos de sua *válida formação* (ser realizada mediante licitação na modalidade concorrência e outorgada à empresa ou consórcio que demonstre capacidade para realização do empreendimento), mas, evidentemente, não são requisitos de existência, isto é, relativos à sua mera composição jurídica.

Na interpretação de Di Pietro (2002) o conceito formulado no inciso II do art. 2º da Lei nº 8.987/95, mesmo atendendo aos objetivos do mandamento legal, não apresenta todos os elementos que caracterizam de forma adequada essa modalidade de contrato.

O dispositivo não faz menção à concessão como um contrato e não apresenta a tarifa paga pelo usuário ou outras fontes de receitas ligadas à própria exploração do serviço como a forma de remuneração ou os elementos que compõem o conceito por força de outros dispositivos da mesma Lei, entre eles, os arts. 4º, 9º, 18, VI e VIII e 23, IV (Di Pietro, 2002).

Assim sendo, Di Pietro (2002, p.75) define *concessão de serviços públicos* como:

[...] 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, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

Anota Mukai (2007) que o inciso III é mais minucioso no conceito, dispondo que obra pública pode ser total ou parcialmente construída, exige modalidade concorrência, não admite pessoa física como proponente e estabelece a remuneração do concessionário por meio da exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

Cretella Neto (2005, p. 37), no que trata dos contratos administrativos de concessão de serviço público, elucida:

Em relação a contratos administrativos típicos, isto é “quando se trata de certa categoria de contrato público, notadamente o da concessão de serviço público, a tendência geral é para regulamentação legal, exercendo as normas legais influência preponderante nas estipulações contratuais e na sua execução. Prazos, condições de encampação, reversão, etc., constituem matéria estranha ao consenso das partes, porque se acham prefixadas em lei. Não resta, portanto, às partes interessadas, senão sujeitar-se às normas legais embora sejam condições inerentes ao próprio conteúdo do contrato, em sua expressão primitiva e tradicional”.

Para Azevedo e Alencar (1998), concessão de serviço público é a transferência da prestação de um serviço público a terceiro, mediante contrato de delegação, em que o concessionário irá executá-lo em seu próprio nome por sua conta e risco e por prazo estabelecido, mediante remuneração cobrada diretamente dos usuários.

A Administração Pública transfere a prestação do serviço, mantendo o controle e a fiscalização sob o serviço e retomando a sua execução, a qualquer tempo, sempre que o concessionário deixar de cumprir as obrigações contratuais ou houver interesse público em que o serviço volte a ser executado pela Administração (Azevedo e Alencar, 1998).

No contrato de concessão de serviço público distinguem-se duas ordens de cláusulas: a primeira está consubstanciada nas normas regulamentares que disciplinam o desempenho do serviço; a segunda chamada de *contraprestacional* estabelece o conjunto de direitos e deveres de cada uma das partes, inclusive no que trata da remuneração do concessionário (Bastos, 2002).

A concessão de serviço público no entendimento de Mello (2006, p. 674):

[...] é uma relação jurídica complexa, composta de um ato *regulamentar* do Estado que fixa unilateralmente condições de *funcionamento, organização e modo de prestação do serviço*, isto é, as *condições* em que será oferecido ao usuário; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário.

Registre-se, a outorga do serviço público em concessão, por se tratar de atividade peculiar ao Estado, própria da Administração Pública, depende de lei que a autorize (Mello, 2006).

#### **2.4.2 Parcerias Público-Privadas**

A parceria público-privada é a denominação que identifica modalidade contemporânea de prover serviços públicos e infra-estrutura, inspirada na experiência estrangeira, que não é absolutamente vasta, nem linear e menos ainda consensual (Oliveira, 2007).

No Brasil a parceria público-privada foi instituída pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, denominada Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs, de incidência nacional, aplicável a todos os entes federados.

Para Cretella Neto (2005) a Lei das PPPs pode ser recebida como uma evolução do instituto no ordenamento jurídico pátrio e não como uma inovação propriamente dita, visto que possibilita a transferência de tecnologia e o acesso ao crédito e ao financiamento de projetos, que apesar de sua importância, não poderiam ser realizados por falta de recursos públicos.

Aragão (2008, p. 682) conceitua as parcerias público-privadas como:

[...] os contratos de delegação da construção, ampliação, reforma ou manutenção de determinada infra-estrutura e da gestão da totalidade ou parte das atividades administrativas prestadas por seu intermédio, mediante remuneração de longo prazo arcada total ou parcialmente pelo Estado, fixada em razão da quantidade ou qualidade das utilidades concretamente propiciadas pelo parceiro privado à Administração Pública ou à população.

A parceria público-privada como contrato administrativo, nas modalidades patrocinada ou administrativa, está definida no art. 2º, da Lei nº 11.079/04:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 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. [...]

Oliveira (2007), acerca das características dessas modalidades de concessão, expõe:

A concessão patrocinada distingue-se pela presença concomitante de duas características: (a) contrato de concessão de serviços ou obras públicas concebido sob regime da Lei nº 8.987/95 e (b) em que a Administração pague ao parceiro privado uma contraprestação pecuniária adicional à tarifa cobrada dos usuários. Então, esta espécie de PPP compartilha idênticas características da concessão comum, a não ser pelo modo de remuneração do parceiro privado. [...]

A concessão Administrativa é outra espécie de parceria público-privada referida no art. 2º, no § 2º, da Lei de PPP. A conceituação dessa modalidade distingue-se pela presença concomitante de três elementos: (a) a celebração de contrato de prestação de serviços; (b) a Administração como usuária direta ou indireta; e (c) a inadmissão da execução de obra ou fornecimento e instalação de bens como objeto único do contrato.

Frise-se que as PPPs – administrativa ou patrocinada – não podem ter valor inferior a vinte milhões de reais e prever prazo de vigência inferior a cinco anos e superior a trinta e cinco anos, incluindo prorrogações (art. 4º, I e art. 5º, I da Lei nº Lei nº 11.079/04).

Na assertiva de Cretella Neto (2005) o contrato de PPPs, firmados pelo Poder Público e o particular, tem natureza jurídica de contrato de direito público, devendo conter, mesmo que implicitamente, cláusulas especiais de privilégio que atendam aos princípios da prevalência do interesse público e da continuidade do serviço público.

Destaque-se, por força do art. 175, *caput* da Constituição Federal, as concessões e permissões de serviços públicos, independentemente da modalidade, serão delegadas, na forma da lei, sempre através de licitação. E, é sobre o processo licitatório, com foco nos critérios de julgamento e nos tipos de licitação, que irá tratar o tópico seguinte deste trabalho.

## **2.5 CONCORRÊNCIAS PARA OUTORGA DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Neste tópico serão descritos os critérios de julgamento estabelecidos nas Leis nº 8.987/95 e nº 11.079/04 e os tipos de licitação previstos na Lei nº 8.666/93, aplicáveis subsidiariamente no julgamento das concorrências para outorga de serviços públicos.

### 2.5.1 Critérios de julgamento estabelecidos nas Leis nº 8.987/95 e nº 11.079/04

A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, nos termos da legislação própria, será objeto de prévia licitação, na modalidade concorrência<sup>1</sup>, com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório (art. 175, *caput*, da Constituição Federal e arts. 2º, I e II e 14, da Lei nº 8.987/95).

Nas palavras de Meirelles (1999, p. 23) licitação é:

[...] é uma sucessão ordenada de atos que se desencadeiam, para o público, como o edital e se findam com adjudicação de seu objeto ao vencedor. Tais atos – edital ou convite, verificação de idoneidade ou habilitação, julgamento e adjudicação – obedecem rigidamente ao estabelecido em lei e não admitem discricionariedade na sua realização, salvo na faixa em que a norma legal autoriza preferências técnicas e opções administrativas de oportunidade e conveniência.

Os procedimentos licitatórios estão divididos em duas fases: a fase interna que termina com a elaboração do edital ou do convite e a fase externa que se inicia com a publicação do instrumento convocatório e vai até a adjudicação do objeto licitado e a homologação do resultado (Mukai, 2006).

Segundo ensinamento de Cretella Neto (2005) a Lei nº 8.666/93 não definiu a licitação, porém, indicou no art. 3º o seu objeto e a sua abrangência.

Nos termos do art. 3º da Lei n 8.666/93 “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração”.

O processo licitatório será processado e julgado em conformidade com “os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da proibidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos” (art. 3º da Lei n 8.666/93).

O julgamento objetivo, previsto no art. 45, *caput* da Lei nº 8.666/93, é aquele realizado com fundamento em critérios e parâmetros pertinentes e

---

<sup>1</sup> Art. 22, § 1º, da Lei nº 8.666/93 – Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

adequados ao objeto licitado, definidos de forma clara e precisa no instrumento convocatório e que possibilite a aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Como preleciona Motta (2005) o julgamento objetivo é princípio inafastável do procedimento licitatório, e sua concretização só pode viabilizar-se a partir da especificação, no edital, do tipo de licitação mais adequado ao objeto pretendido, fundamentando a definição precisa dos fatores e critérios a serem utilizados.

Os editais de concorrência, nos termos dos arts. 15, §2º e 18, IX, da Lei nº 8.987/95 e art. 12, § 2º da Lei nº 11.079/04, deverão conter, respectivamente, parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas; critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta; e exigências, parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto, definidos com clareza e objetividade.

Acerca dos critérios de julgamento de propostas Meirelles (2006, p. 301) leciona:

O essencial é que se estabeleçam as bases do julgamento, apontando qual o fator ou fatores preponderantes, e quando possível, se lhes atribuem valores ou pesos que permitam a quantificação matemática das vantagens ofertadas, de modo a afastar ao máximo o subjetivismo da decisão. O que não se permite são as condições discriminatórias ou de favoritismo, ou a ausência de critério, a ensejar um julgamento inteiramente subjetivo. [...] Os fatores que, na fixação do critério de julgamento das propostas, podem ser levados em conta, no interesse do serviço público, são: qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazo e outros pertinentes, estabelecido no edital.

O critério de julgamento, vinculado ao tipo de licitação, elege o *fator* de julgamento a vantagem pretendida pela Administração, no conjunto dos elementos (MOTTA, 2005).

O tipo de licitação, de sua parte, é um dos elementos que viabiliza o julgamento objetivo, visto que define o procedimento, o rito a ser seguido no processamento do certame. Para Di Pietro (2005, p. 358) o procedimento licitatório caracteriza-se pela “sucessão de atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante”.

Orienta Mukai (2007) que a licitação para outorga de concessão de serviços públicos, na modalidade comum, será realizada com fundamento no capítulo V, da Lei nº 8.987/95 e complementarmente pela Lei nº 8.666/93.

A Lei nº 8.987/95 ao tratar do julgamento das concorrências para delegação de serviços públicos determina:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

- I - o **menor valor da tarifa** do serviço público a ser prestado;
- II - a **maior oferta**, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;
- III - a **combinação, dois a dois**, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;
- IV - **melhor proposta técnica, com preço fixado no edital**;
- V - **melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa** do serviço público a ser prestado **com o de melhor técnica**;
- VI - **melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta** pela outorga da concessão com o de **melhor técnica**; ou
- VII - **melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas**. (grifo nosso)

Os parágrafos 1º e 2º, do art. 15, da Lei nº 8.987/95, determinam que os critérios de julgamento somente sejam admitidos quando previamente estabelecidos no instrumento convocatório. Para fins de aplicação dos critérios dispostos nos incisos de IV a VII “o edital de licitação conterà parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas”.

Em síntese o julgamento de propostas, em processos licitatórios de concessões tradicionais ou comuns, se dará por meio da avaliação dos critérios de *menor valor da tarifa*, de *maior oferta pela outorga da concessão* ou de *melhor técnica* (com preço fixado no edital ou não) – isoladamente ou combinados, dois a dois.

Gasparini (2000, p. 298) acerca das possíveis combinações previstas no art. 15 da Lei nº 8.987/95 destaca que esses são os únicos critérios possíveis, visto que a enumeração é taxativa. Para os fins de aplicação do disposto nos incisos IV a VII, o edital de licitação conterà parâmetros e exigências para formulação e propostas técnicas.

Azevedo e Alencar (1998) – comentando o inciso IV do art. 15 da Lei nº 8.987/95 que trata da *melhor proposta técnica com preço fixado no edital*, esclarecem que o *preço* tanto se refere à tarifa como ao valor a ser pago pela outorga da concessão.

Sobre o inciso VII, alertam Azevedo e Alencar (1998) que o julgamento se dará pelo exame da “melhor” e não da “maior” oferta de pagamento pela outorga, após qualificação de propostas técnicas. O exame da “melhor oferta”, segundo os

autores, envolve outros fatores além do critério de “maior” valor ofertado, como por exemplo: o prazo e a periodicidade de adimplemento.

Justen Filho (2003), ao comentar o inciso VII do art. 15 da Lei n. 8.987/95, assevera que a hipótese nele contida deve ser conduzida à previsão contida no art. 30, §8º, da Lei de Licitações.

Nos termos do § 8º do art. 30 da Lei de Licitações e Contratos – a Administração poderá exigir dos licitantes, no caso de obra, serviço e compra de grande vulto, de alta complexidade técnica, a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre a análise de preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

Essa alternativa não envolve a combinação de *melhor oferta* com *melhor técnica*, mas impõe a apresentação de técnica suficientemente satisfatória para ser aceita e, na sequência o julgamento das propostas de maior oferta. A técnica é relevante apenas porque conduz a classificação ou desclassificação das propostas (Justen Filho, 2003).

Azevedo e Alencar (1998, p.56), comentando o prescrito pelo §8º do art. 30 da Lei n. 8.666/93, explicam que a “Administração poderá exigir dos concorrentes a apresentação da metodologia de execução, como uma forma complementar a habilitação, cuja avaliação antecederá a análise de preços”.

No que versa sobre os procedimentos para julgamento do certame, a Lei nº 8.987/95 estabelece apenas a possibilidade de inversão das fases de habilitação e julgamento de propostas e de inclusão de etapa de lances (art. 18-A, *caput* e inciso I) e a prerrogativa de avaliação da melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas (inciso VII, do art. 15).

A propósito da fase de lances destaca Oliveira (2007) que a previsão “aproxima-se do mecanismo adotado no Pregão, instituído pela Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, pela qual os licitantes podem apresentar novas e sucessivas propostas de preços até a proclamação do vencedor”.

Nos editais de concorrência para o julgamento de Parcerias Público Privadas, estabelece o art. 12, inciso I e II da Lei nº 11.079/04 que o julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas e o concedente poderá adotar, além dos critérios previstos no inciso V do art. 15 da Lei nº 8.987/95, os critérios de menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública ou de melhor proposta em razão da combinação do critério do menor valor

da contraprestação com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital.

Ensina Oliveira (2007) que não serão aplicados à licitação da PPP os critérios previstos no art. 15 da Lei de Concessões que envolvem o julgamento de maior oferta pela outorga.

A propósito da matéria, registra Aragão (2008) que a ausência do critério de *maior outorga* para julgamento de propostas nas PPPs descarta a possibilidade de o parceiro público cobrar do parceiro privado pelo contrato de parceria.

Note-se que a possibilidade de julgamento da melhor proposta técnica com preço fixado no edital, prevista no art. 15, IV, da Lei nº 8.987/95, também foi excluída do texto na Lei nº 11.079/04.

Ainda, no que se refere ao processamento da licitação, lembra Cretella Neto (2005) que a Lei nº 11.079/04 autoriza a inversão das fases de julgamento e habilitação, estabelecendo, no art. 13, I a IV, procedimentos próprios.

### 2.5.2 Tipos de licitação

A Lei nº 8.666/93 definiu os tipos de licitação e delineou os procedimentos de julgamento a serem adotados em cada caso, vedando expressamente a utilização de outros tipos de licitação não previstos (arts. 45 e 46).

Na lição de Medauar (2006, p. 195), os tipos de licitação e os procedimentos estabelecidos segundo o critério adotado no ato convocatório e para fim de julgamento são os seguintes:

- a) de menor preço – em que **o critério de julgamento é o menor preço ofertado; vencedora da licitação será a proposta que oferecer o menor preço**, atendidas as demais condições (art. 45, § 1º, I);
- b) de melhor técnica – [...] **Indicada a licitante melhor classificada, efetua-se negociação das condições ofertadas, segundo critério estabelecido na lei;**
- c) de técnica e preço – por esse critério, **a classificação e o julgamento se efetuam de acordo com a média ponderada das valorizações técnicas e de preço, segundo pesos fixados no ato convocatório** (art. 45, § 1º, III) Esse critério é utilizado para os mesmos objetos arrolados no item b e tem o procedimento fixado no § 2º do art. 46;
- d) de melhor lance ou oferta, **nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso** (art. 45, §, IV). (grifo nosso)

Nas palavras de Torres (2003) não há opção preferencial, a Lei nº 8.666/93, determina que os tipos de licitação de melhor técnica e técnica e preço sejam utilizados na contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual, com a isolada ressalva do § 3º do art. 46.

Estabelece o art. 46, § 3º da Lei nº 8.666/93 que os tipos de licitação *melhor técnica e técnica e preço* sejam empregados, excepcionalmente, para fornecimento de bens, execução de obras prestação de serviços de grande vulto<sup>2</sup>, com predominante dependência de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestada por autoridade técnica de reconhecida qualificação e expressamente autorizada e justificada pela autoridade competente.

A regra é a licitação de *menor preço*, os tipos *melhor técnica* ou de *técnica e preço* foram reservados às situações especiais, excepcionadas na própria lei, sendo “adequadas quando o interesse estatal apenas puder ser atendido por objetos que apresentem a melhor qualidade técnica possível, considerando as limitações econômico-financeiras dos gastos públicos” (Justen Filho, 2005, p. 439).

Enfatiza Zymler (2005, p. 111) que o Poder Público, ao adotar os tipos de licitação *melhor técnica e técnica e preço*, não está depreciando o fator *preço*, ao contrário, a sua importância está atestada na própria lei, quando prevê uma fase de negociação de preços, na licitação é do tipo *melhor técnica* e quando determina, no tipo *técnica e preço*, o cálculo da média ponderada das pontuações obtida pelas propostas de preço e de técnica.

É relevante lembrar que a Lei nº 8.666/93 ao regulamentar o art. 37 da Constituição Federal instituiu normas gerais sobre licitações e contratos da Administração Pública.

Normas gerais são todas as disposições da lei aplicáveis indistintamente às licitações e contratos da União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, bem como, aos seus membros (Meirelles, 2005).

A respeito da aplicação da Lei nº 8.666/93 às licitações para delegação de concessões de serviços públicos, orienta Di Pietro (2002) que a concessão de serviços públicos está disciplinada, no âmbito da legislação ordinária, pelas Leis nº 8.987/95 e nº 9.074/95, aplicando-se subsidiariamente, por força do *caput* do art. 124, as disposições da Lei nº 8.666/93.

---

<sup>2</sup> Art. 6, V da Lei n. 8.666/93 – Obras, serviços e compras de grande vulto – aquelas cujo valor estimado seja superior a 25 (vinte e cinco) vezes o limite estabelecido na alínea c do inciso I do art. 23 desta lei.

A Lei nº 8.987/95 prevê, em seu art. 2º, a concorrência como modalidade licitatória obrigatória às concessões de serviços públicos (e de obra pública) e, em seu art. 14, submete o instituto ao regime próprio das licitações, previsto na Lei nº 8.666/93, e à observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

O art. 18 da Lei nº 8.987/95 estabelece que o edital de licitação seja elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação sobre licitações e contratos.

Azevedo e Alencar (1998, p. 68), ao discorrer sobre as normas aplicáveis às concessões, alertam:

A expressão *no que couber* é uma expressão cômoda para o legislador, mas de difícil interpretação. Saber o que cabe ou não cabe constitui sempre um tormento para os encarregados de executar a lei ou decidir as dúvidas por ela suscitadas. Como dissemos ao comentar o art. 14, a aplicação da Lei de Licitações às concessões será sempre de forma subsidiária, desde que não conflite com as normas específicas da Lei de Concessões ou com o caráter especial de seu contrato, expressamente reconhecido no art. 175 da Constituição Federal. Por conseguinte, na omissão de regras licitatórias específicas na Lei de Concessões, o interprete há de verificar se as normas da Lei de Licitações são *compatíveis*, isto é, se se ajustam às características especiais do contrato de concessão.

Nas palavras de Blanchet (2005, p. 58) as normas gerais estabelecidas na Lei de licitações são aplicáveis a qualquer licitação, ressalvadas apenas as normas objeto de regime específico.

Di Pietro (2001, p. 349) “Vale dizer que, naquilo que as leis sobre concessão ou permissão forem omissas, aplicam-se as normas da Lei nº 8.666/93, seja quanto ao procedimento da licitação, seja quanto ao contrato”.

A respeito da aplicação da Lei nº 8.666/93 às Parcerias Público-Privadas, acentua Aragão (2008, p. 699) que a Lei nº 11.079/04 não dispõe de norma explícita que determine a aplicação subsidiária da Lei de Licitações, entretanto, a Lei nº 8.666/93 “continua sendo o sistema normativo central das licitações públicas em torno do qual gravitam diversos subsistemas, como o da legislação do pregão, o das concessões comuns e, agora, o das licitações das Parcerias Público-privadas”.

### 3 METODOLOGIA

Este capítulo tem por objetivo descrever a metodologia aplicada neste trabalho de pesquisa.

Para Gil (2008, p. 26), a pesquisa é um “processo formal e sistemático de desenvolvimento do método científico. O objetivo fundamental da pesquisa é descobrir respostas para problemas mediante o emprego de procedimentos científicos”.

Marconi e Lakatos (2002) asseveram que uma pesquisa “sempre parte de um problema, de uma interrogação”. O objetivo é, portanto, “responder às necessidades de conhecimento de certo problema ou fenômeno”.

No que concerne aos objetivos, este estudo envolve a pesquisa do tipo exploratória, realizada por meio de levantamento bibliográfico, documental e estudo de casos.

A pesquisa exploratória, que na maioria das vezes constitui etapa inicial de uma investigação, tem como objetivo principal proporcionar o levantamento bibliográfico de tipo aproximativo, acerca de determinado fato (Gil, 2008).

Em razão da facilidade de se confundir as fontes de pesquisa do tipo documental e bibliográfica, Gil (2008) leciona que numa visão geral, a diferença se encontra basicamente na natureza de suas fontes. Enquanto na pesquisa bibliográfica a pesquisa se concentra em obras publicadas por vários autores sobre o assunto estudado, a pesquisa documental se baseia em materiais que não receberam ainda um tratamento analítico ou que podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa.

Na pesquisa documental, os documentos utilizados são classificados em dois tipos principais: fontes de primeira mão e fontes de segunda mão.

Gil (2008) define os documentos de primeira mão como os que não receberam qualquer tratamento analítico, citando como exemplo os documentos oficiais, reportagens de jornal, cartas, contratos, diários, filmes, fotografias, gravações etc. Os documentos de segunda mão são aqueles que, de alguma forma, já foram analisados, tais como: relatórios de pesquisa, relatórios de empresas, tabelas estatísticas, entre outros.

Como fonte bibliográfica, diversas obras, de renomados doutrinadores pátrios, foram consultadas com o propósito de contextualizar o tema proposto no mundo jurídico ao qual está inserido.

As fontes documentais utilizadas resumem-se nas Decisões exaradas pelo Tribunal de Contas do Estado, nos pareceres e relatórios técnicos pertinentes aos processos, disponíveis para consulta no site do TCE/SC, na *internet*. Tratam-se, portanto de documentos de segunda mão, considerando os ensinamentos de Gil (2008).

No que se refere ao estudo de caso, leciona Prodanov (2013, p.60),

O estudo de caso consiste em coletar e analisar informações sobre determinado indivíduo, uma família, um grupo ou uma comunidade, a fim de estudar aspectos variados de sua vida, de acordo com o assunto da pesquisa. É um tipo de pesquisa qualitativa e/ou quantitativa, entendido como uma categoria de investigação que tem como objeto o estudo de uma unidade de forma aprofundada, podendo tratar-se de um sujeito, de um grupo de pessoas, de uma comunidade etc. São necessários alguns requisitos básicos para sua realização, entre os quais, severidade, objetividade, originalidade e coerência.

Yin (2001 apud Prodanov, 2013, p. 63) destaca que:

[...] existem variações dentro dos estudos de caso como estratégia de pesquisa. Entre essas possíveis variações, damos ênfase que a pesquisa de estudo de caso pode incluir tanto estudos de caso único quanto de casos múltiplos (YIN, 2001). Em relação aos estudos de casos múltiplos, Yin (2001, p. 68) afirma que estes costumam ser mais convincentes, “e o estudo global é visto, por conseguinte, como sendo mais robusto.” Uma questão essencial para se construir um estudo de caso múltiplo bem-sucedido é que este atenda a uma lógica de replicação (YIN, 2001, p. 68) e não a da amostragem, que “exige o cômputo operacional do universo ou do grupo inteiro de respondentes em potencial e, por conseguinte, o procedimento estatístico para se selecionar o subconjunto específico de respondentes que vão participar do levantamento.” (YIN, 2001, p. 70).

Os casos pesquisados neste estudo constituem-se nos Editais de Concorrência para outorga de serviços públicos de transporte municipal, lançados em Santa Catarina e analisados pelo Tribunal de Contas no período de 2008 a 2012.

Ressalte-se que o universo da pesquisa, que compreende os onze processos licitatórios examinados pelo Tribunal de Contas, no período do estudo, foi integralmente analisado neste trabalho.

Do ponto de vista da abordagem do problema, a presente pesquisa caracteriza-se pelo perfil denominado qualitativo.

Segundo Prodanov (2013, p. 70),

Na abordagem qualitativa, a pesquisa tem o ambiente como fonte direta dos dados. O pesquisador mantém contato direto com o ambiente e o objeto de estudo em questão, necessitando de um trabalho mais intensivo de campo. Nesse caso, as questões são estudadas no ambiente em que elas se apresentam sem qualquer manipulação intencional do pesquisador. A utilização desse tipo de abordagem difere da abordagem quantitativa pelo fato de não utilizar dados estatísticos como o centro do processo de análise de um problema, não tendo, portanto, a prioridade de numerar ou medir unidades. Os dados coletados nessas pesquisas são descritivos, retratando o maior número possível de elementos existentes na realidade estudada. Preocupa-se muito mais com o processo do que com o produto. Na análise dos dados coletados, não há preocupação em comprovar hipóteses previamente estabelecidas, porém estas não eliminam a existência de um quadro teórico que direcione a coleta, a análise e a interpretação dos dados.

Os dados, acerca dos critérios de julgamento, adotados nos editais de concorrência analisados, foram coletados dos processos constituídos no TCE/SC e disponível para pesquisa pela rede mundial de computadores – *internet*.

As informações, sintetizadas em um quadro, foram analisadas e relatadas neste trabalho com fundamento nos pareceres, relatórios e Decisões exaradas pelo Tribunal de Contas do Estado.

#### **4 ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE JULGAMENTO ADOTADOS EM EDITAIS DE CONCORRÊNCIA DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO EM SANTA CATARINA**

Neste capítulo são analisados os critérios de julgamentos adotados nos editais de concorrências para delegação de serviço público de transporte coletivo municipal em Santa Catarina, com fulcro nas decisões do Tribunal de Contas do Estado, exaradas no período de 2008 a 2012, na doutrina e na legislação que regulamenta a matéria.

Para atingir o objetivo proposto foram pesquisados no site do Tribunal de Contas na *internet*, os editais de concorrência para delegação de serviços públicos de transporte coletivo municipal de Santa Catarina, lançados no período de 2008 a 2012 e analisados pela Corte de Contas Catarinense, em face das atribuições que lhe é conferida pelos arts. 59 e 113 da Constituição Estadual e §2º do art. 113 da Lei nº 8.666/93, na forma prevista pela Instrução Normativa nº TC-05/2008.

O art. 2º da supracitada Instrução Normativa determina que os órgãos e entidades públicas catarinenses informem ao Tribunal de Contas, por meio do seu *website*, na *internet*, os dados sobre os editais lançados na modalidade concorrência, inclusive concessões e permissões de serviços públicos, até o dia seguinte à primeira publicação do aviso da licitação no órgão oficial, conforme previsto no art. 21, II, da Lei nº 8.666/93, enviando arquivo eletrônico do edital e seus anexos.

No quadro apresentado a seguir estão sintetizadas as informações referentes aos editais de concorrência para delegação de serviços públicos de transporte coletivo, encaminhados pelos gestores municipais e analisados pelo TCE/SC, no período de 2008 a 2012, nos termos da Instrução Normativa nº TC-05/2008.

Os dados foram obtidos por meio de pesquisa à página do Tribunal de Contas do Estado, disponível na rede mundial *internet* – [www.tce.sc.gov.br](http://www.tce.sc.gov.br) (Processos – Pesquisa Avançada – nº do Processo).

**Quadro 1:** Editais de concorrência para delegação de transporte coletivo analisados pelo TCE/SC no período de 2008/2012

Município	Nº do Edital	Critérios de Julgamento	Tipo de Licitação	Nº da Decisão do TCE	Situação Atual
<b>Brusque</b>	Edital de Concorrência nº 01/2008	Melhor técnica, com tarifa fixada no Edital	Melhor técnica	Decisão nº 0551/2008 – Sustação	Licitação Anulada – Processo ELC 08/00085183 Arquivado
<b>Brusque</b>	Edital de Concorrência nº 002/2011	Melhor técnica combinado com a maior oferta.	Técnica e Preço	Decisão Singular – Sustação Decisão 3157/2011	Licitação anulada – Processo REP 11/00378631 Arquivado
<b>Caçador</b>	Edital de Concorrência nº 01/2008,	Maior outorga combinado com a melhor técnica	Técnica e Preço	Decisão nº 03674/2008	Licitação anulada – Processo ELC 08/00162439 Arquivado
<b>Caçador</b>	Edital de Concorrência nº 03/2009	Melhor técnica, com tarifa fixada no Edital	Melhor técnica	Decisão nº 3334/2010 Decisão nº: 5657/2010	Licitação Anulação – Processo REP 09/00623020 Arquivado
<b>Caçador</b>	Edital de Concorrência nº 04/2011	Menor tarifa combinado com melhor técnica	Técnica e Preço	Decisão nº 6102/2012 de 17/12/2012	Licitação Anulada – Processo ELC 12/00055907 Arquivado
<b>Videira</b>	Edital de Concorrência nº 02/2008	Menor tarifa combinado com a melhor técnica	Técnica e Preço	Decisão nº 3865/2008	Licitação Anulada – Processo ELC 08/00524799 Arquivado
<b>Navegantes</b>	16/2009	Maior valor de outorga	Maior oferta	Decisão Singular – Sustação	Licitação anulada – Processo ELC 10/00171695 Arquivado
<b>Chapecó</b>	Edital de Concorrência n. 419/2011	Maior outorga com tarifa fixada no edital	Maior Oferta	Decisão nº 0919/2013	Edital regular Processo ELC 12/00084753 Arquivado
<b>Penha</b>	Edital de Concorrência n. 002/2011	Menor valor de tarifa	Menor Preço	Decisão Singular Sustação de 11/10/2011	Licitação anulada – Processo ELC 11/00543934 Arquivado
<b>Itapoá</b>	Edital de Concorrência n. 02/2012	Menor valor de tarifa	Menor Preço	Decisão nº 6182/2012	Licitação Sustada – Processo ELC 12/00383408 em reanálise
<b>Lages</b>	Edital de Concorrência n. 17/2012	Menor valor da tarifa combinado com melhor técnica	Técnica e preço	Decisão nº 0731/2013	Licitação Sustada – Processo ELC 12/00460917 em reanálise

Fonte: Dados disponíveis em: [www.tce.sc.gov.br](http://www.tce.sc.gov.br). Acessado no período de maio a julho/2013.

Antes de iniciar a análise dos dados, convém lembrar que os editais de concorrência, nos termos dos arts. 15, §2º e 18, IX, da Lei nº 8.987/95 e art. 12, § 2º da Lei nº 11.079/04, deverão conter, respectivamente, parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas; critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta; e exigências, parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto, definidos com clareza e objetividade.

Tolosa Filho (1995) destaca que o edital é, sem dúvida, a parte mais importante do procedimento licitatório, uma vez que estabelece a ligação entre Administração Pública e os licitantes, reflete as disposições legais pertinentes, define o objeto e as condições pelas quais o poder concedente pretende delegar a concessão do serviço público.

Nos termos da Instrução Normativa nº TC 05/2008 (art. 3º, §4º), o órgão de controle competente procederá ao exame do edital, elaborará relatório técnico e encaminhará os autos ao Relator para apreciação, ouvido o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

Constatada ilegalidade grave no edital, o relator encaminhará o processo ao Tribunal Pleno antes de concluir a análise de mérito e em decisão preliminar, conforme consta do art. 6º da referida Instrução Normativa:

- I - conhecerá do edital;
- II - argüirá as ilegalidades nele contidas, indicando os dispositivos legais violados e fixará prazo de 15 (quinze) dias para que o titular da unidade gestora adote as medidas corretivas necessárias ao exato cumprimento da lei ou promova a anulação da licitação, se for o caso;
- III – [...]
- IV - determinará a sustação do procedimento licitatório quando inexistente medida cautelar neste sentido adotada pelo Relator, uma vez verificada ameaça de grave lesão ao erário ou a direito dos licitantes, bem como para assegurar a eficácia da decisão de mérito.

Não adotadas as medidas corretivas propostas na decisão tratada no inciso II ou o §2º do art. 6º, da Instrução Normativa nº TC 05/2008, ou não sendo acolhidas as justificativas, o Tribunal Pleno, em decisão definitiva:

- I - declarará a ilegalidade do ato, indicando os dispositivos legais violados;
- II - determinará ao titular da unidade gestora que promova a anulação da licitação, com fundamento no art. 49, caput, da Lei nº 8.666/93, e observe o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º, daquele dispositivo legal, encaminhando ao

Tribunal de Contas cópia do ato de anulação, no prazo de até 30 (trinta) dias;

III – [...]

§ 1º Transcorrido o prazo do inciso II deste artigo, a Secretaria Geral encaminhará o processo ao órgão de controle, o qual após verificar o cumprimento da Decisão encaminhará ao Relator para arquivamento, ouvido o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

§ 2º Não cumprida à decisão, o Relator determinará ao órgão de controle competente que proceda ao exame do contrato. [...].

Em se tratando de urgência, fundamentada em ameaça de grave lesão ao erário ou a direito dos licitantes ou para assegurar a eficácia da decisão de mérito, mediante requerimento fundamentado do órgão de controle ou por iniciativa própria, o Relator, sem a prévia manifestação do fiscalizado, interessado, ou do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas poderá determinar, por meio de despacho singular, à autoridade competente que promova a sustação da concorrência até manifestação ulterior que revogue a medida *ex officio*, ou até a deliberação pelo Tribunal Pleno (art. 3º, §3º da Instrução Normativa nº 05/2008).

Registre-se que no período do estudo foram apreciados pelo TCE/SC 11 (onze) editais de concorrência para delegação de serviços públicos de transporte coletivo municipal, lançados em 8 (oito) municípios catarinenses.

Os Municípios de Caçador e Brusque tiveram, respectivamente, 3 (três) e 2 (dois) editais analisados e anulados em decorrência de irregularidades constatadas pelo TCE/SC.

Em Brusque foram lançados os Editais nº 001/2008 e nº 002/2011. Em ambos os casos foi previsto o critério de “melhor técnica” para julgamento de propostas.

Em 2008 foi adotado o critério de julgamento de melhor técnica com tarifa fixada pelo Município.

O Tribunal de Contas do Estado, por meio da Decisão nº 0551/2008, ao apreciar o Edital de Concorrência nº 001/2008, com fundamento no relatório técnico, no parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas - MPTC e no voto do relator, decidiu arguir a ilegalidade do edital e determinar, cautelarmente, com fulcro no art. 6º, inciso III, da Instrução Normativa n. TC-01/2002, a sustação do procedimento licitatório até pronunciamento definitivo, pelos seguintes motivos<sup>3</sup>:

---

<sup>3</sup> Foram consideradas neste trabalho, apenas, as irregularidades constatadas no edital que se referem aos critérios de julgamento da licitação.

3.1.1 escolha do tipo de licitação não adequada para o objeto a ser licitado, contrariando o caput do artigo 46 da Lei n.º 8.666/93 [...];

3.1.6 ausência de critérios de julgamento objetivo – Anexo VI do Edital, contrariando o princípio previsto nos artigos 44 e 46, I da Lei n.º 8.666/93 [...].

O Conselheiro Relator Otávio Gilson dos Santos, acompanhando relatório técnico de reinstrução, emitido após análise das razões apresentadas pelo gestor municipal e ouvido o MPTC, manifestou-se, por meio do Voto nº GC-OGS/2008/680, no seguinte sentido:

A partir dos parâmetros estabelecidos no edital e transcritos acima é possível afirmar que o tipo licitatório "melhor proposta técnica, com preço fixado no Edital", ainda que esteja previsto na Lei Federal de Concessões, não é compatível com o objeto do presente Edital, em que é licitada concessão de serviços públicos de transporte coletivo urbano por ônibus, na medida em que o julgamento da avaliação da melhor técnica não está baseado em critérios de natureza predominante intelectual, exigido pelo art. 46, caput, da Lei das licitações.

Em reforço ao entendimento defendido, o Conselheiro Relator trouxe à colação parte do parece, exarado pelo Cons. Rel. Eduardo Bittencourt Carvalho, na Sessão do Tribunal Pleno de 19/10/05 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TC-28264/05), na representação contra o Edital de Concorrência Pública n. 10/2005 da Prefeitura de Atibaia, objetivando a seleção da melhor proposta para a exploração e prestação dos serviços de transporte coletivo urbano e rural, *ipsis litteris*:

O tipo licitatório "melhor proposta técnica, com preço fixado no Edital", ainda que seja previsto na Lei Federal de Concessões, não guarda qualquer compatibilidade com o objeto do presente certame, em que é licitada concessão de serviços públicos de transporte coletivo urbano e rural por ônibus, na medida em que o caso dos autos não se amolda ao princípio delineado pelo "caput" do art. 46, da Lei nº 8666/93, segundo o qual se aplica o julgamento pautado na avaliação da melhor técnica exclusivamente em serviços de natureza predominante intelectual.

Prova maior de tal fato são os próprios parâmetros utilizados para a avaliação da proposta técnica, os quais corrompem o instituto da aferição da melhor técnica, justamente por estarem amparados em especificações do objeto que, em verdade, deveriam estar definidas no projeto básico do empreendimento, consoante os pressupostos do inc. IX, do art. 6º, da Lei nº 8666/93, não apenas para possibilitar uma exata caracterização do objeto pretendido pela Administração, e assim viabilizar uma segura mensuração de custos pelas empresas interessadas na contratação, mas também porque é ao Poder Público que se impõe o poder-dever de estabelecer de que modo a empresa concessionária deverá atender o interesse coletivo.

Enfatizou, ainda, que no caso concreto os critérios de julgamento adotados para avaliação de proposta técnica, prejudicam a identificação da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, prevista no *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93, sendo a escolha do tipo de licitação não adequada para o objeto licitado, por não se tratar de serviço de natureza predominantemente intelectual, contrariando o *caput* do artigo 46 da Lei n.º 8.666/93.

Por fim, considerando que a gravidade das irregularidades constatadas comprometem os princípios da isonomia, da impessoalidade, da economicidade, da razoabilidade e do julgamento objetivo das propostas, diante das razões apresentadas pela Diretoria de Licitações e Contratações - DLC e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, propôs ao Tribunal Pleno: Declarar ilegal o Edital de Concorrência nº 001/2008 da Prefeitura de Brusque e determinar ao Prefeito Municipal a anulação do processo licitatório, considerando seus termos em desconformidade com a legislação vigente.

Em atenção à Decisão nº 1802/2008, a Administração de Brusque comprovou ao TCE/SC a anulação da Concorrência Pública nº 001/2008, sendo o processo arquivado, com fundamento no parágrafo único do art. 7º da Instrução Normativa n. TC-05/2008.

Em 2011, o Município de Brusque adotou no Edital de Concorrência Pública nº 002 o tipo de licitação “técnica e preço”, com julgamento da proposta em razão da “combinação dos critérios de melhor técnica com a maior oferta”.

O Conselheiro Relator, com fulcro na Instrução Normativa TC nº 01/2008, por meio do Despacho Singular nº 007/201, exarado nos autos do Processo REP 11/00378631, determinou a sustação cautelar do Edital de Concorrência Pública nº 002/2011, em razão de irregularidade apontada pela Diretoria de Controle, em face da adoção de critérios inadequados de julgamento das propostas do certame (técnica e preço).

O Município de Brusque, contrapondo os motivos de sustação cautelar da licitação, interpôs Recurso de Agravo, fundamentado no art. 82, LC nº 202/2000, proferido nos autos do Processo REP 11/00378631.

O Tribunal Pleno, com fulcro no art. 59 c/c o art. 113 da Constituição do Estado e no art. 1º da Lei Complementar n. 202/2000, decidiu conhecer do Recurso de Agravo, interposto contra o Despacho Singular nº 007/2011, exarado nos autos

do Processo nº REP-11/00378631, para no mérito negar-lhe provimento, diante das razões apresentadas pelo relator.

O Auditor Substituto de Conselheiro Gerson dos Santos Sicca, relator do processo de representação, no Relatório nº 448/2011, manifestou posicionamento no seguinte sentido “no caso agora em apreço, entendo que não há razões para modificar a decisão agravada, devendo ser mantida a sustação do certame, pois os critérios adotados não traduzem qualquer tipo de avaliação técnica”.

Em seu parecer, ressaltou que questão parecida foi discutida no processo ELC 08/00162439, na análise do Edital de Concorrência Pública nº 01/2008, promovida pela Prefeitura Municipal de Caçador, visando à outorga de concessão para prestação de Serviço Público de Transporte Coletivo de Passageiros urbano e distrital (rural) do município.

No que tange ao Município de Caçador, o Tribunal Pleno, mediante Decisão nº 0726/2008, determinou a sustação da Concorrência Pública nº 01/2008, e a abertura de prazo para que o responsável apresentasse justificativas ou procedesse a alterações no edital, em face das irregularidades encontradas, dentre elas:

2.1.4 Adoção de critérios de julgamento subjetivos, contrariando o disposto no Art. 40, inciso VII e Art. 46, §1º, inciso I da Lei 8.666/93 [...];

2.1.6 Escolha do tipo de licitação não adequada para o objeto a ser licitado, contrariando o caput do artigo 46 da Lei nº 8.666/93 [...];

2.1.13 Ausência de critérios de julgamentos da proposta técnica, contrariando o disposto nos arts. 45, §4º, e 46, caput e §3º, da Lei nº 8.666/93 [...];

A Diretoria de Controle, após proceder à análise das justificativas apresentadas pela Prefeitura de Caçador, sugeriu ao relator a anulação do procedimento licitatório, por considerar não sanadas as irregularidades apontadas.

O relator, com fundamento no relatório técnico e no parecer do MPTC, manifestou-se pela ilegalidade do edital, propondo a anulação do processo licitatório.

A respeito dos fundamentos da proposta de anulação, importa transcrever parte do voto apresentado pelo relator, Conselheiro Salomão Ribas Junior, no Relatório nº 478/2008:

## **2. Voto**

[...] A concessão de que tratam os autos realmente configura hipótese em que o tipo de licitação “melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor

técnica”, na forma em que se encontra o Edital, não se afigura o mais adequado, [...].

No caso dos autos em exame, verifica-se que os critérios técnicos a serem avaliados confundem-se com requisitos mínimos de qualidade ou requisitos de habilitação (qualificação técnica dos proponentes), previstos no art. 30 da Lei nº 8.666/93.

Acerca dos requisitos de julgamento das propostas técnicas defendeu o Conselheiro Relator que estando as tarifas mínimas pré-fixadas no Edital, o ideal seria que os requisitos técnicos estivessem direcionados à melhoria de qualidade do serviço, em benefício e conforto dos usuários.

Ressaltou, ainda, na oportunidade que:

A meu ver, experiência prévia do licitante deve ser analisada como requisito de habilitação ao certame; prazo para instalação total das estações de transbordo deve ser fixado pela Administração; idade média da frota também deve ser analisada como requisito de habilitação ao certame, pois diz respeito a parâmetros mínimos de qualidade; disponibilidade/quantidade de mecânicos próprios treinados no fabricante dos veículos que serão utilizados para executar o serviço objeto da concessão também deve ser analisada como requisito de habilitação ao certame e a adequação da proposta técnica aos requisitos do edital, como se verá a seguir, por trazer critérios subjetivos, também fica inviabilizada.

No que concerne à inadequação do tipo de licitação “maior outorga ofertada”, o relator trouxe à colação a manifestação do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em resposta à Consulta formulada pelo Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros do Estado de São Paulo – SETPESP:

[...] em razão do fato de o serviço público não ser exploração estatal de atividade econômica e pelo interesse maior que deve ser buscado, que é a modicidade das tarifas, o critério de julgamento maior oferta de pagamento para obtenção da outorga do serviço, isoladamente ou em conjugação com outros critérios, não pode ser utilizado pela Administração nas licitações promovidas em vista de concessões e permissões a serem exploradas pelo concessionário ou permissionário mediante cobrança de tarifas dos usuários, como ocorre nas concessões ou permissões de transporte coletivo de passageiros.

[...] adotar, isoladamente ou em conjunto com outro fator, o maior pagamento ao Poder Público como critério de julgamento da licitação para a outorga de concessão ou permissão é, à toda evidência, *conspirar contra a modicidade das tarifas*, promover-lhes a elevação, incentivar ofertas em que o valor tarifário inexoravelmente se incrementará para acobertar uma oferta de valor mais alto a fim de irrigar os cofres públicos e não a fim de oferecer o serviço nas condições mais adequadas aos usuários.

Por fim, destacou que o entendimento firmado quanto à inadequação do tipo de licitação analisado, encontra amparo não na necessidade de aplicação do

art. 46 da Lei nº 8.666/93 à Lei nº 8.987/95, como inicialmente defendido pela instrução técnica, mas, pela impossibilidade de adoção da “maior oferta de pagamento para obtenção de outorga do serviço com melhor técnica” para concessão de transporte coletivo urbano.

O município de Caçador procedeu à anulação do Edital, cumprindo determinação prolatada na Decisão Plenária nº 3674/2008 e o processo foi arquivado.

No que pertine à Concorrência Pública nº 003/2009, lançada pela Prefeitura de Caçador, convém destacar, inicialmente, que o edital foi apreciado pelo Tribunal de Contas em processo de Representação interposta, com fulcro na Lei nº 8.666/1993, art. 113, §1º, disciplinada na Resolução nº TC-07/2002 e na Resolução nº TC-11/2002, art. 25, inciso VII, alterado pela Resolução nº TC-10/2007.

O representante insurgiu-se contra o Edital de Concorrência Pública nº 003/2009 alegando irregularidade com potencial ofensa à competição do certame.

Por meio do Despacho GAGSS nº 0036/2009 o relator conheceu da Representação por preencher os requisitos de admissibilidade, constantes do § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/1993, do art. 65 c/c o parágrafo único do art. 66 da Lei Complementar nº 202/2000 (Lei Orgânica deste Tribunal) e do art. 2º da Resolução nº TC-07/2002, e deferiu a medida cautelar para sustar a Concorrência Pública nº 003/2009 até deliberação ulterior do Tribunal.

Seguindo tramite processual, o relator proferiu proposta de Voto, acolhida pelo Tribunal Pleno na Decisão nº 3334/2010, no sentido de conhecer da Representação por preencher os requisitos de admissibilidade, arguir as ilegalidades constatadas no Edital de Concorrência n. 03/2009, da Prefeitura Municipal de Caçador e fixar prazo para que o responsável apresentasse suas justificativas ou promovesse a anulação da licitação.

O Egrégio Plenário, diante da proposta de voto apresentada pelo relator, depois de ouvido o representado, a diretoria técnica e o MPTC, exarou a Decisão nº: 5657/2010/2010, com o seguinte teor:

6.1. Declarar ilegal o Edital de Concorrência nº 003/2009, da Prefeitura Municipal de Caçador, [...].

6.1.1. Previsão de critérios de análise da proposta técnica que se confundem com requisitos de habilitação previstos no art. 30 da Lei (federal) nº 8.666/1993;

6.1.2. Ausência de justificativa para a pontuação dos itens 6, 8 e 9 (ausência de progressão aritmética) do Anexo VIII do edital em análise, em afronta aos arts. 15, § 2º, da Lei (federal) nº 8.987/1995, e 3º, caput e §1º, e 46, §1º, I, da Lei (federal) nº 8.666/1993;

6.1.3. Ausência de especificação do ramo de atividade a ser considerado para efeito de pontuação por participação em programa de qualidade e certificação, em contrariedade ao art. 40, VII, da Lei (federal) nº 8.666/1993.

6.2. Determinar ao [...], Prefeito Municipal de Caçador, que promova a anulação do Edital de Concorrência nº 003/2009, com fundamento no art. 49, caput, da Lei (federal) nº 8.666/1993, [...].

A Prefeitura de Caçador, em 2011, lançou novo edital de Concorrência Pública objetivando a outorga de serviço público de transporte urbano.

Após regular instrução do processo, o Tribunal Pleno, na Decisão nº 6102/2012, diante das razões apresentadas pelo Relator, decidiu conhecer do Edital de Concorrência nº 04/2011 do Município de Caçador, arguindo a ilegalidade da licitação pelos seguintes motivos:

6.1.1. Concorrência, combinação de critérios de julgamento da licitação que não encontram amparo na Lei n. 8.987/95, exigência de critérios para julgamento das propostas - "pontuação técnica" – que estão pautados unicamente na comprovação de requisitos mínimos e desejáveis, sem qualquer exigência técnica complexa, de tecnologia sofisticada ou restrita, em desacordo com o disposto no inciso I do art. 46 da Lei n. 8.666/93 [...];

6.1.2. Exigência de pagamento ao Poder Concedente de Obrigação Onerosa, cujo objetivo se destina à reversão ao Município para aplicação em investimento no sistema de transporte, mas com ausência de previsão legal e dos projetos para elaboração das estações e abrigos, o que representa violação ao disposto no art. 15 da Lei n. 8.987/95, em desatenção ao disposto no art. 6º, IX, alínea a c/c a alínea f, da Lei n. 8.666/93 [...]

6.1.6. Adoção de critérios de julgamento irrelevantes para a qualidade do objeto, contrariando o disposto no art. 46, §1º, I, c/c o §2º, da Lei n. 8.666/93 e em prejuízo da seleção da proposta mais vantajosa, prevista no art. 3º, caput, da mesma lei [...];

O relator, por meio de Despacho nº GASNI 11/2013, determinou o arquivamento do processo, após comprovada a anulação da Concorrência nº 04/2011.

O Edital de Concorrência nº 02/2008, de 25/08/2008, da Prefeitura Municipal de Videira, de sua vez, foi analisado pela diretoria de controle competente,

que solicitou ao relator a sustação cautelar do procedimento, em razão da existência de irregularidades graves.

Acolhendo sugestão da área técnica, o relator determinou a sustação do certame, por meio do Despacho Singular nº 25/2008.

O Tribunal Pleno, em sessão ordinária de 17/11/2008, na Decisão nº 3865/2008, acompanhando o voto do relator, decidiu:

6.1 Conhecer do Edital de Concorrência n. 02/2008, de 25/08/2008, da Prefeitura Municipal de Videira, [...]:

6.1.1. Irregularidades que ensejam a sustação do procedimento licitatório:

6.1.1.1. impropriedade da adoção do tipo de licitação "Técnica e Preço" utilizando os critérios de julgamento "menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado combinado com a melhor técnica", com preponderância da técnica em detrimento do preço (80% x 20%), além da fixação de requisitos que não ensejam análise técnica da proposta, prejudicando a busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública prevista no caput do art. 3º da Lei (federal) n. 8.666/93 [...]

O executivo municipal, informado da decisão, encaminhou ao TCE/SC comprovação da anulação da Concorrência Pública nº 02/2008 de Videira, razão pela qual o relator, por meio de despacho singular, determinou o arquivamento do processo.

A respeito do exame do Edital de Concorrência nº 16/2009 do Município de Navegantes, o relator, Conselheiro Adircélio de Moraes Ferreira Junior, por meio da Decisão Singular nº GVAMFJ/2010/002, pronunciou-se no seguinte sentido:

[...] Merece destaque o primeiro item analisado pelo Corpo Técnico, quando constatou não ser o tipo de licitação "melhor preço", com maior oferta de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão, a modalidade mais adequada ao objeto a ser licitado, nos termos em que foi definido no Edital sob análise.

Ao discorrer sobre o tema, a DLC apontou que as licitações envolvendo o pagamento de outorga, sem a comprovação de que será utilizada no próprio sistema, desatendem ao princípio da modicidade das tarifas. Isso porque, o ônus decorrente do valor da outorga, poderá acabar sendo pago pelo usuário do serviço público no transcorrer do contrato, ou seja, com o repasse do custo para a tarifa.

Vale destacar que a possibilidade do valor de outorga impactar na tarifa a ser cobrada do usuário, ferindo o princípio da modicidade, foi reforçado pelo relator com a transcrição de parte do Acórdão nº 865/2003, proferido pelo Ministro Marcos

Vinícios Vilaça do Tribunal de Contas da União, nos autos do processo n. 002.046/2002-5, citado no parecer técnico de instrução:

13. [...] Porém, vale registrar que o valor de outorga impactará no valor da tarifa a ser cobrada do usuário, comprometendo, em última instância, o critério de modicidade de tarifas, expresso no art. 6º da Lei nº 8.987/95, haja vista que o permissionário, ao efetuar sua proposta na licitação, procede ao ajuste entre o valor de outorga e o preço de tarifa. Desse modo, todo o acréscimo ao valor de outorga oferecido é compensado no valor da tarifa onerando, por conseguinte, o usuário dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. [...]

Neste diapasão, o relator transcreveu, também, posicionamento do Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais Glaydson Santo Soprani Massaria, acerca do pagamento de outorga pelo licitante nas licitações para concessões de serviços públicos de transporte coletivo local:

#### DÚVIDAS MAIS FREQUENTES – SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO: LICITAÇÕES E CONTRATOS

[...]

2- Por que o pagamento da outorga não é compatível com as licitações para concessão de transporte coletivo local?

O pagamento da outorga é um valor entregue pelo licitante vencedor ao poder concedente, como contrapartida ao direito de explorar o serviço. Trata-se de instituto previsto no art. 15, II, VI, VII, da Lei de Concessões. Por se tratar de serviço essencial (art. 30, V, CR/1988), o transporte coletivo deve ser oferecido ao usuário com o menor custo possível, de forma a garantir a máxima efetividade da Constituição. Nesse sentido, o Ministério Público de Contas rejeita a utilização do pagamento da outorga nessas concessões, por consistir tal despesa em custos do operador com impacto direto sobre a tarifa, contrariando o princípio da modicidade tarifária.

Destarte, diante de todo o exposto, acompanhando o entendimento da área técnica, e considerando que da análise da documentação carreada aos autos, não foi possível averiguar a inclusão do valor da outorga no cálculo da tarifa, o que pode resultar em encargo a ser pago pelo cidadão usuário do serviço, contrariando o princípio da modicidade, decidiu:

6.1 Determinar, cautelarmente, em função de fundada ameaça de grave lesão ao interesse público, em razão da relevância social do objeto do presente certame, e aos direitos dos licitantes, com fundamento no § 3º do art. 3º da Instrução Normativa n. TC-05/2008, ao Sr. Roberto Carlos de Souza, Prefeito Municipal de Navegantes, a *sustação* do Edital de Concorrência Pública n. 016/2009, lançado pela Prefeitura Municipal de Navegantes, até manifestação ulterior que revogue a medida *ex officio* ou até a deliberação do Tribunal Pleno desta Corte de Contas.[...]

A Prefeitura de Navegantes promoveu a anulação da Concorrência Pública nº 016/2009, sendo o processo ELC 10/00171695 arquivado.

O Município de Chapecó lançou, em 2011, o Edital de Concorrência nº 419/2011 para outorga de concessão para prestação dos serviços de transporte coletivo na área urbana do município, adotando como critério de julgamento a maior oferta pela outorga.

Autuado no processo ELC 12/00084753, o edital de Chapecó foi apreciado pelo Tribunal Pleno, em sessão ordinária de 29/04/2013 e considerado regular, conforme exarado na Decisão 0919/2013:

O TRIBUNAL PLENO, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro nos arts. 59 da Constituição Estadual e 1º da Lei Complementar (estadual) n. 202/2000, decide:

**6.1. Julgar Regular o Edital de Concorrência n. 419/2011, que tem por objeto a outorga de concessão para prestação do serviço público de transporte coletivo urbano regular do Município de Chapecó, do tipo oferta de maior outorga, com tarifa fixada no instrumento, pelo prazo de 20 anos.**

Neste caso, a decisão plenária, acompanhou manifestação do relator, Conselheiro Wilson Rogério Wan-Dall, no Relatório e Voto GAC/WWD - 268/2013, exarado com fundamentado na análise da Diretoria de Controle competente.

A instrução técnica, registrada no Relatório DLC 464/2012, de sua parte, apontou como regular a utilização do critério de maior oferta, por considerar que o edital previa aplicação integral dos recursos, provenientes da proposta vencedora do certame, no sistema de transporte público municipal, como segue:

[...] Voltando para o caso em apreciação, tem-se que neste procedimento licitatório está presente, de forma inequívoca, a busca de investimentos privados necessários para viabilizar a prestação dos serviços públicos de transporte aos cidadãos usuários, sendo que a contraprestação do investidor privado seria a outorga do direito de exploração dos serviços e investimentos iniciais, por exemplo, em frota, garagens, estacionamentos, por sua conta e risco, segundo o prazo e o regime tarifário prescritos no ato convocatório da licitação. Neste contexto, os principais elementos caracterizadores, são a busca por investimentos privados que serão amortizados e remunerados pela exploração de serviços públicos, por conta e risco, e o dever do Estado em proporcionar serviços públicos adequados e por tarifas módicas [...]

No que diz respeito ao Edital de Concorrência nº 17/2012, de 15/10/2012, da Prefeitura Municipal de Lages, o Tribunal Pleno, na Decisão nº 0731/201, decidiu,

preliminarmente, determinar a sustação do processo licitatório<sup>4</sup> até pronunciamento definitivo, arguindo as seguintes irregularidades relacionadas ao julgamento da licitação:

6.1.8. Inapropriação dos critérios de pontuação técnica da proposta, desvirtuando o que reza o inciso I do § 1º e o caput do art. 46 da Lei n. 8.666/93[...]

6.1.10. Critérios para o valor de outorga, constituindo restrição ao caráter competitivo da licitação, em contrariedade ao art. 3º, caput e § 1º da Lei n. 8.666/93 c/c o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal [...]

6.1.14. Inapropriação do critério adotado quanto à pontuação para fins de avaliação da proposta técnica, considerando o prazo de início dos serviços e informações sobre a frota, desvirtuando o que reza o inciso I do § 1º e o caput do art. 46 da Lei n. 8.666/93, [...].

No que trata dos Editais dos municípios de Penha (Concorrência Pública nº 002/2011) e Itaporá (Concorrência Pública nº 002/2012), pertine ressaltar que consoante o critério de julgamento adotado “menor tarifa ofertada” não houve ilegalidade declarada pelo Tribunal de Contas. A sustação dos processos licitatórios ocorreu em face de outras irregularidades constatadas nos instrumentos convocatórios analisados.

Oliveira (2007, p. 175), em sintonia com as Decisões do TCE/SC, no que se refere ao critério de julgamento baseado na proposta de menor tarifa proposta, ao comentar os critérios estabelecidos na Lei nº 11.079/04, ensina que “O menor valor de tarifa atende ao princípio da modicidade tarifária e toma em primeira conta o interesse do usuário, conforme diretriz contida no art. 4º da Lei nº 11.079”.

Em síntese, constatou-se da análise das Decisões exaradas pelo Tribunal de Contas nos processos licitatórios estudados, que o critério de “melhor técnica”, aplicado aos certames destinados à outorga de serviços de transporte público, não encontram conformidade com os dispositivos legais que regulam a matéria, visto que os parâmetros dotados no julgamento das propostas técnicas se confundem com os requisitos de habilitação, exigidos para qualificação técnica das licitantes, sem apresentar qualquer exigência diferenciada, complexa, de tecnologia sofisticada ou restrita que justifiquem a avaliação técnica das propostas.

---

<sup>4</sup> ELC 12/00460917 – Processo sem decisão definitiva.

Acerca da avaliação das propostas em licitações para delegação de concessões de serviços públicos, vale ressaltar, das palavras de Justen Filho (2003, p. 259 e 271), a importância da escolha adequada dos parâmetros de julgamento:

V. 14.15.9) Natureza essencial da questão (p. 259)

A questão dos critérios de julgamento da licitação apresenta relevância extrema não apenas para o fim da identificação do vencedor da disputa. Trata-se, muito mais do que isso, de configurar a filosofia de outorga. O critério de julgamento indica o ângulo sob o qual as propostas serão examinadas e o prisma de identificação da vantajosidade da oferta. O critério de julgamento traduz a exigência fundamental que será imposta aos particulares, a partir da qual será organizada a concessão. Mais precisamente ainda, o critério de julgamento indica o valor que norteia a atividade administrativa licitatória.

A relevância do tema, em geral, escapa dos estudiosos, que presumem que o critério de julgamento adotado na licitação não tem nenhuma interferência sobre a estruturação da futura outorga. (Justen Filho, 2003).

Nesta direção, defende o doutrinador que o perfil da concessão será diretamente influenciado pelo critério de julgamento do certame. A escolha do critério envolve um poder decisório de grande extensão, apto a propiciar tanto o sucesso como a fracasso da futura contratação.

O julgamento de melhor proposta técnica se aplica quando a avaliação de requisitos técnicos é capaz de satisfazer de modo mais intenso o interesse perseguido pela Administração. Mas a questão somente se justifica quando é cabível uma avaliação da relação custo-benefício entre a elevação da qualidade e o preço a ser pago (Justen Filho, 2005).

No que compete ao critério de julgamento de maior oferta pela outorga do serviço público, extrai-se das Decisões do TCE/SC estudadas que a legalidade do critério somente se justifica pela aplicação integral dos recursos ofertados pelo licitante vencedor no sistema de transporte coletivo municipal.

Defende o TCE/SC que as licitações envolvendo o pagamento de outorga, sem a comprovação de que o recurso ofertado será utilizado no próprio sistema, não atende ao princípio da modicidade das tarifas, por imputar, injustificadamente, ao usuário do serviço público um custo que, inevitavelmente, será repassado ao valor para a tarifa, no decorrer da execução do contrato.

Oliveira (2007, p. 175), no que se refere ao critério de julgamento baseado na proposta de maior lance pela outorga ressalta:

[...] A previsão do menor valor de tarifa como critério de julgamento de propostas corrige a nociva opção do programa brasileiro de privatizações na década de 1990. **O critério de maior lance pelas outorgas de concessão mostrou-se amplamente insatisfatório para a economia popular, pois o ágio pago pelas outorgas foi repassado integralmente – e licitamente – para as tarifas.** (grifo nosso)

Azevedo e Alencar (1998: 57 e 58), especificamente, no que se refere ao critério maior oferta outorga, afirmam:

De certa forma, a exigência de uma tarifa módica contradiz a pretensão da cobrança de um preço pela outorga da concessão. É evidente que, não havendo necessidade de se efetuar pagamento ao poder concedente, o concessionário poderá propor uma tarifa menor.

Justen Filho (2003, p. 252) no que tange ao tipo de licitação de maior outorga alerta:

Na licitação de maior oferta, o poder público pretende arrecadar recursos, produzindo-se uma espécie de alienação onerosa do poder-dever de exploração do serviço, O Estado não apenas transfere aos particulares o serviço como também obtém um enriquecimento por meio desse processo.

Nesse tipo de licitação, é imperioso que o Estado tenha definido no edital o valor das futuras tarifas. A ausência de tarifas predeterminadas impossibilitará economicamente qualquer oferta dos particulares. Sem conhecimento do montante da futura arrecadação, os interessados não podem estimar resultados nem definir o valor da oferta. Registre-se que, quanto menor for o valor da tarifa fixada, tanto menor poderá ser o montante ofertado pelos interessados (Justen Filho, 2003).

Assim, o edital deve conter regras precisas e específicas a respeito das condições de pagamento em favor do poder concedente. A inexistência de tais regras, capazes de orientar objetivamente os particulares na formulação da oferta, deve ser motivo de invalidação do edital (Justen Filho, 2003).

Destaca, ainda, o renomado doutrinador que a escolha do critério de julgamento da licitação não pode ser considerada como de simples conveniência administrativa.

A decisão sobre o tipo de licitação apresenta relevância tão significativa quanto à própria opção pela outorga do serviço à iniciativa privada, sendo imprescindível que o tema seja objeto de avaliação por parte da comunidade, em especial dos usuários do serviço público (Justen Filho, 2003).

Ressalte-se que são direitos dos usuários do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana estabelecidos no art. 14 da Lei nº 12.587/12, entre outros, receber o serviço adequado, participar do planejamento, da fiscalização e da avaliação da política local de mobilidade urbana.

Importante destacar, por fim, que este estudo teve por objetivo analisar unicamente os critérios de julgamento adotados nos editais de concorrência analisados, excluindo do estudo as demais irregularidades/ilegalidades apontadas pela Diretoria de Controle do Tribunal de Contas, competente para análise dos editais e levadas à apreciação do Tribunal Pleno pelos relatores dos processos.

## 5 CONCLUSÃO

Este trabalho se propôs a estudar os critérios de julgamentos adotados nos processos licitatórios destinados à delegação de serviços públicos de transporte coletivo, lançados por municípios catarinenses, no período de 2008 a 2012.

Caracteriza-se como uma pesquisa exploratória, com abordagem qualitativa que tem por objetivo analisar e relatar o posicionamento do Tribunal de Contas acerca da legalidade dos critérios de julgamento adotados, registrado nas decisões plenárias estudadas. Foram estudados onze casos (editais de concorrência), sendo que os dados referentes a esses editais foram obtidos na página do Tribunal de Contas do Estado, disponível na rede mundial de computadores – *Internet*, no período de maio a julho de 2013.

Para atingir o objetivo buscou-se identificar todos os editais de concorrência para outorga de serviços públicos de transporte coletivo municipal, lançados no período do estudo e analisados pelo Tribunal de Contas do Estado.

O trabalho foi estruturado de forma a situar a matéria estudada no contexto jurídico ao qual está inserida e, na sequência apresentar e analisar as informações constantes dos editais dos processos licitatórios selecionados e das Decisões do Tribunal de Conta do Estado.

Os dados referentes aos editais de concorrência analisados foram acessados na página do Tribunal de Contas do Estado, disponível na rede mundial de computadores – *Internet*, no período de maio a julho de 2013.

Ao final, procurou-se apresentar o posicionamento doutrinário atinente aos riscos inerentes à adoção inadequada de critérios de julgamento de propostas de concessões de serviços públicos.

Em primeiro plano foram apresentados os conceitos, os princípios e as formas de prestação dos serviços públicos e caracterizadas as modalidades de concessão, denominadas tradicional ou comum, administrativa e patrocinada, aceitas no Brasil.

Em seguida, foram trazidos a colação os critérios de julgamento estabelecidos nas Leis nº 8.987/95 e nº 11.079/04 e os tipos de licitação previstos na

Lei nº 8.666/93, e destacada a possibilidade de aplicação, subsidiária, da Lei nº 8.666/93, no julgamento das concorrências para delegação de concessões de serviços públicos.

Em razão das disposições legais previstas nas Leis nº 8.987/95 e nº 11.079/04, constatou-se neste estudo que o poder discricionário do concedente para escolher os parâmetros de julgamento das concorrência para concessão de serviços públicos foi ampliado em razão da possibilidade de combinação dos diferentes critérios de julgamento admitidos.

Esta discricionariedade, entretanto, conforme posicionamento doutrinário consultado, encontra limites nas características do serviço público a ser prestado, na política tarifária adotada, no nível de qualidade que se pretende alcançar e, principalmente, na capacidade de pagamento do usuário (modicidade tarifária).

No que tange às concessões de serviços de transporte público estudadas, verificou-se que uma parcela dos municípios catarinenses buscou estabelecer em seus editais, sem sucesso, critérios de julgamento alicerçados em requisitos e parâmetros de avaliação técnica.

Constatou-se do entendimento do Tribunal de Contas, registrado nas Decisões pesquisadas, que o critério de “melhor técnica”, aplicado aos certames apreciados, fere os dispositivos legais que regulam a matéria.

Os requisitos e parâmetros de julgamento de propostas estabelecidos nos editais foram considerados ilegais e anulados por determinação do TCE/SC por se confundirem com os requisitos mínimos que devem ser exigidos para qualificação técnica dos licitantes na fase de habilitação, pela ausência de objetividade, por inadequação ao objeto licitado e por prejudicar a identificação da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Da doutrina consultada se extraiu que o critério de melhor de técnica somente é cabível quando a relação qualidade e preço a ser pago pelo serviço puder ser avaliada por critérios objetivos e tecnicamente definidos.

Nas licitações envolvendo o pagamento de outorga, defende o TCE/SC que a ausência de comprovação de que o recurso ofertado na proposta vencedora será utilizado, integralmente, no próprio sistema de transporte público, atenta contra o princípio da modicidade das tarifas. Considera, assim, ilegal o critério de julgamento de maior oferta pela outorga quando o custo decorrente do valor ofertado

na proposta vencedora, que será repassado ao preço da tarifa no decorrer do prazo da concessão, não for revertido na melhoria da qualidade dos serviços prestados.

Contatou-se, ainda, que a escolha do tipo de licitação e critérios de julgamento de concorrências para outorga de serviços públicos apresenta importância vital para o sucesso da concessão, sendo indispensável que o tema seja avaliado pela comunidade, em especial pelos usuários do serviço público licitado.

Consoante o critério de julgamento de menor tarifa, adotado nos editais de dois dos municípios analisados, não houve ilegalidade declarada pelo Tribunal de Contas.

Entendeu a Corte de Contas Catarinense, em sintonia com a doutrina corrente, que o menor valor de tarifa atende ao interesse público, primando pelo princípio da modicidade tarifária.

Por fim, conclui-se, diante da complexidade da matéria, que a aplicação dos tipos de licitação e dos critérios mais adequados ao julgamento das licitações para delegação de serviços públicos de transporte coletivo carece de aprofundamento acerca do posicionamento doutrinário e jurisprudencial e de ampliação das discussões entre gestores públicos, Tribunal de Contas e sociedade que precisa ter suas necessidades essenciais atendidas com serviços públicos de maior qualidade e no menor custo possível.

Neste sentido, recomenda-se que em futura pesquisa o estudo seja ampliado com a análise dos posicionamentos do Tribunal de Contas da União e de outros Tribunais de Contas Estaduais a respeito dos critérios e julgamento “melhor técnica” e “maior oferta” adotados em processos licitatórios destinados à outorga de serviços de transporte coletivo estadual e municipal.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO. Alexandre dos Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. 2º ed. Rio de Janeiro: Florense, 2008.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. **Concessões de Serviços Públicos**: Comentários às Leis 8.987/95 e 9.074 (parte geral) com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98. São Paulo: Malheiros, 1998.

BASTOS. Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BLANCHET. Luiz Alberto. **Parcerias Público-Privadas**: Comentários à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.>> Acesso em: 04.mar. 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitação e contratos administrativos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.>> Acesso em: 04. mar. 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessões de permissões de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.>> Acesso em: 04.mar.2013.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.>> Acesso em: 04. mar. 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012**. Institui diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nºs 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.>> Acesso em: 04. mar. 2013.

CRETELLA NETO. **Comentários à Lei de Parcerias Público-Privadas – PPPs**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na Administração Pública: Concessões, Permissões, Franquia, Terceirização e outras formas**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de Pesquisa Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 5ª ed. Revisada, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andradi. **Técnicas de Pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Licitação e Contratos Administrativos**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 10ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MUKAI, Toshio. **Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 7º ed. São Paulo: Dialética, 2006.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria Público-Privada: Aspectos de Direito Público Econômico (Lei nº 11.079/2004)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 6º ed. São Paulo: Renovar, 2003.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. Disponível em: <[www.feevale.br/editora](http://www.feevale.br/editora)> Acesso em: 10.ago.2013

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTA CATARINA. **Constituição (1989)**. Disponível em: <<http://www.alesc.sc.gov.br>>. Acesso em: 05 jun. 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. **Processo ELC 08/00085183**. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br>>. Acesso em: 04. mai. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas. **Processo ELC 08/00162439**. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br>>. Acesso em: 04. mai. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas. **Processo ELC 08/00524799**. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br>>. Acesso em: 04. Mai. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas. **Processo REP09/00623020**. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br>>. Acesso em: 04. mai. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas. **Processo ELC 10/00171695**. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas. **Processo REP11/00378631**. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas. **Processo ELC 11/00543934**. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas. **Processo ELC 12/00055907**. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas. **Processo ELC 12/00084753**. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas. **Processo ELC 12/00383408**. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas. **Processo ELC 12/00460917**. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas. **Decisão nº 4193, de 26 de fev. 2007**. Relator Gerson dos Santos Sicca. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas. **Instrução Normativa nº TC-05/2008**. Estabelece procedimentos para exame de editais de concorrência e de pregão realizados pelos Poderes, órgãos e entidades da Administração Pública do Estado e dos Municípios. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

TOLOSA FILHO, **Benedicto de. Lei da concessões e permissões de serviços públicos: comentada e anotada**. Rio de Janeiro: AIDE, 1995.

ZYMLER, Benjamin. **O Controle Externo das Concessões de Serviços Públicos e das Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.