

FUNDAÇÃO ESCOLA DE SOCIOLOGIA E POLÍTICA DE  
SÃO PAULO

PAULO SERGIO BELIZARIO

CELERIDADE ADMINISTRATIVA, CONTROLE POPULAR E  
EFICIÊNCIA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: FORMAS DE  
CONTRIBUIR AO ALMEJADO DIREITO À CIDADE

SÃO PAULO

2014

FUNDAÇÃO ESCOLA DE SOCIOLOGIA E POLÍTICA DE  
SÃO PAULO

PAULO SERGIO BELIZARIO

CELERIDADE ADMINISTRATIVA, CONTROLE POPULAR E  
EFICIÊNCIA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: FORMAS DE  
CONTRIBUIR AO ALMEJADO DIREITO À CIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso da Escola  
de Sociologia e Política da Fundação Escola  
de Sociologia e Política de São Paulo para  
obtenção do título de Especialista em Gestão  
e Políticas Públicas.

**Orientador:** \_\_\_\_\_

SÃO PAULO

2014



Autor: Paulo Sergio Belizario

CELERIDADE ADMINISTRATIVA, CONTROLE POPULAR E  
EFICIÊNCIA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: FORMAS DE  
CONTRIBUIR AO ALMEJADO DIREITO À CIDADE

Conceito:

Banca Examinadora:

Professor(a)

Assinatura:

---

Professor(a)

Assinatura:

---

Professor(a)

Assinatura:

---

Data da aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

*"Sem sombra de dúvida, a vontade do capitalista consiste em encher os bolsos, o mais que possa. E o que temos a fazer não é divagar acerca da sua vontade, mas investigar o seu poder, os limites desse poder e o caráter desses limites."*

*Karl Marx*

## **RESUMO**

O objeto deste trabalho é realizar uma análise crítica acerca das contratações de serviços pela Administração Pública e abordar a possibilidade de celeridade de processamento do procedimento licitatório, com participação popular em seu planejamento e até na execução do contrato, esclarecendo sobre como se dá tal planejamento e processamento, que por sua vez só pode ser compreendido dentro do contexto amplo, que não deixa de ser uma das principais maneiras de se implementar políticas públicas.

Palavras-chave: Contratações Públicas; Licitações; Contratos Administrativos; Princípios Constitucionais; Transversalidade; Participação Popular



## SUMÁRIO

<b>Introdução .....</b>	<b>9</b>
<b>1. A Licitação e Contrato Administrativo .....</b>	<b>11</b>
1.1. Contexto em que deve ser compreendido .....	11
1.2. Aspectos Gerais .....	12
1.3. Princípios que regem a matéria .....	13
1.3.1 Princípio da igualdade .....	15
1.3.2 Princípio da legalidade .....	16
1.3.3 Princípio da publicidade .....	17
1.3.4 Princípio da moralidade .....	17
<b>2. Os serviços públicos: esclarecimentos preliminares .....</b>	<b>18</b>
2.1. Fundamento de validade – art. 175 da Constituição Federal de 1988	20
<b>3. Processamento da Licitação e da Contratação (fase interna)</b>	<b>23</b>
<b>4. Possibilidade de Celeridade do processamento da licitação e da Contratação com Participação Popular .....</b>	<b>26</b>
<b>5. Conclusão .....</b>	<b>31</b>
<b>Bibliografia .....</b>	<b>33</b>



## INTRODUÇÃO

Hodiernamente, um dos grandes entraves enfrentados por gestores no âmbito da Administração Pública para a implementação de políticas públicas bem como para a consecução dos seus objetivos, é sem dúvida, a lentidão e a qualidade (ou falta dela) de suas contratações públicas.

Em que pese a crescente utilização de ferramentas de tecnologia da informação e aperfeiçoamento dos órgãos de controle, muitas vezes importantes e almejadas contratações restam infrutíferas ou resultantes de processos licitatórios e contratos eivados de vícios e/ou ilegalidades.

Alternativas para maior agilidade no processamento das contratações públicas existem, seja através da discricionariedade do agente público, seja através da adoção de arranjos conceituais, tais como a interdepartamentalidade, a matricialidade e a participação popular.

Entretanto, não é nosso objetivo aqui adiantar que a utilização de tais mecanismos sejam a salvação da pátria para todos os ramos da administração pública.

Assim, antes de se abordar a possibilidade de celeridade de processamento do procedimento licitatório, com participação popular em seu planejamento e até na execução do contrato, é mister esclarecer sobre como se dá tal planejamento e processamento, que por sua vez só pode ser compreendido dentro do contexto amplo que não deixa de ser maneira de se implementar políticas públicas. Após, trataremos de forma mais detida das do objeto proposto, enfrentando o seu regime jurídico.

Vivemos hoje num mundo extremamente complexo, cujo pronto atendimento às necessidades públicas exige, também, inovações à altura do ordenamento jurídico. Esse processo inicia-se com o devido planejamento da gestão.

À luz dos normativos que tratam da matéria, quais sejam, inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 8.666/93, bem como do posicionamento atual da jurisprudência pátria, pretende-se com o presente tema - sem contudo ter a pretensão de se esgotar a matéria - discutir, trazer à baila algumas das dificuldades mais encontradas pelos gestores públicos quando da necessidade de contratação de bens ou serviços de qualidade.

Pretende-se, também, trazer à lume algumas alternativas discricionárias de celeridade quando do planejamento das contratações, tais como a adoção da transversalidade entre os setores da Administração e agentes públicos envolvidos na fase interna das licitações, até culminar com a assinatura e execução dos contratos, para os quais pode-se utilizar de mecanismos de controle e fiscalização popular, com o acompanhamento de representantes da população diretamente afetada e/ou beneficiada pela contratação, seja no tocante a aquisição de bens ou contratações de obras e serviços de engenharia.

## 1. A Licitação e Contrato Administrativo

### 1.1. Contexto em que devem ser compreendidos

A partir final da década de 80 e início da década de 1990, a escassez de recursos do Estado e as restrições enfrentadas pelo Brasil quanto ao acesso a financiamentos internacionais, causou a perda de uma série de obras de infraestrutura e de serviços públicos.

Acompanhado do rótulo de ineficiência do Estado, de este ser menos eficiente que a iniciativa privada para implementá-los, criou-se a idéia de que os serviços públicos poderiam ser perfeitamente prestados à coletividade pela iniciativa privada, constituindo assim, o instituto da desestatização, também conhecida por privatização<sup>1</sup>. Para tais serviços, além de não receber qualquer suporte financeiro do Poder Público, ainda lhe pagava um valor de outorga estabelecido na licitação, remunerando-se exclusivamente por meio das tarifas<sup>2</sup> pagas pelos usuários ao longo da vigência da concessão ou permissão.

Entretanto, mesmo após o grande vulto de *desestatizações* que ocorreram na sua maioria na década de noventa, o Estado, ainda assim, manteve-se em grave crise fiscal, sujeito a uma grande dívida interna e externa, onde, nem os serviços públicos essenciais contavam, e ainda não contam, com verba para serem prestados adequadamente.; agravaram-se os gargalos de infra-estrutura impeditivas do crescimento e, conseqüentemente, a situação fiscal do Estado além do aumento das necessidades coletivas, não auto-sustentáveis financeiramente e sem que o Estado tenha condições de financiá-las sozinho.

---

<sup>1</sup> Grande defensora do instituto da privatização, a professora Maria Silvia Zanella Di Pietro, elenca algumas medidas para diminuir o tamanho do Estado, tais como a desregulação, desmonopolização, venda de ações de empresas estatais ao setor privado, concessão de serviços públicos, etc., ou seja, pela transferência de atribuições ao setor privado, livre de procedimentos como concursos públicos, licitação, controle pelo Tribunal de Contas e outros formalismos que, para ela, emperram a atuação da Administração Pública Direta e Indireta. “Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas”, pág. 44; São Paulo; editora Atlas, 1996.

<sup>2</sup> Excluem-se desta forma de remuneração as concessões rádio e TV, que são remuneradas por meio de anúncios veiculados em sua programação.

Neste contexto, ao invés do mecanismo de processamento tradicional, alguns setores da administração<sup>3</sup>, visando a celeridade de suas contratações lançaram mão de ações discricionárias no planejamento e processamento dos procedimentos de contratação, como poderá ser visto nas próximas linhas.

## **1.2. Aspectos Gerais**

A licitação é o procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública identifica a proposta que, mais vantajosamente, atenda aos seus interesses e, conseqüentemente, de toda a coletividade, e que poderá, após concluídos os trabalhos licitatórios, ser objeto de contratação.

Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem observância dos quais são nulos o procedimento licitatório e o contrato subsequente.

Compete, privativamente, à União legislar sobre normas gerais de licitação para a administração pública, direta e indireta, da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal (art. 22, XXVII), admitindo-se, contudo, que os Estados, Distrito Federal e Municípios possam, suplementarmente, legislar sobre a matéria, segundo suas peculiaridades, e desde que em harmonia com a legislação editada pelo Congresso Nacional.

A Lei 8.666/93, cuida de conferir a concretude e aplicabilidade ao comando constitucional albergado no art. 37, XXI, da Constituição Federal, ou seja, no que diz respeito às contratações de obras, serviços, compras e alienações, por parte da Administração Pública direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal.

---

<sup>3</sup> Exemplo disso é o mecanismo adotado pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, que adotou em seus processos de contratação de serviços, principalmente obras de grande vulto e aquelas ligadas ao PAC do Governo Federal, o instituto da Célula de Aceleração de Processos – CAP, a qual nada mais é que a adoção da interdepartamentalidade e matricialidade em seus processos, como será mais detidamente abordado.

### 1.3. Princípios que regem a matéria

O regramento atinente às compras, contratações de obras e serviços no ordenamento pátrio, regulamentado pela Lei de Licitações estabelece, explícita e implicitamente, a conduta dos agentes públicos quando da contratação de tais serviços, seja por seu conteúdo, seja pelo advento de princípios gerais de direito ou, mais precisamente, aqueles vinculados à Administração Pública.

O art. 3<sup>a</sup> da referida lei 8.666/93 estabelece que a licitação destina-se a garantir a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, dentre outros, cuja leitura far-se-á em conjunto com os demais princípios de direito público, ainda que implícitos ou decorrentes do ordenamento jurídico.

Diante disso, há de se trazer à baila, ilustre posição do pensador Norberto Bobbio quando afirma:

*“Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípio leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras.”<sup>4</sup>*

Celso Antônio Bandeira de Mello, também nos dá preciosa lição ao observar que “princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É do conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Teoria do Ordenamento Jurídico, 10<sup>a</sup> Ed. Universidade Nacional de Brasília, Brasília, 1997, p. 158.

<sup>5</sup> Elementos de Direito Administrativo, 1<sup>a</sup> Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p. 230.

Na conceituação precisa de Humberto Ávila, “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser provido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.<sup>6</sup>

Como percebe-se, os princípios são de fundamental importância não só para delimitar a ação da Administração Pública e de seus Agentes, mas também para se verificar a adequação de seu agir à legalidade e ao Estado Democrático de Direito.

Diante disso o analista, ao tender aplicar o direito, deve conjugar todos os fatos e acontecimentos, para aí sim, tentar entender a Lei.

E nesse ínterim, de suma importância exortar-se os ensinamentos do Professor Carlos Maximiliano, para quem a interpretação jurídica divide-se em: a) literal e/ou gramatical e b) sistemática.<sup>7</sup>

Não há de se ater nesse momento à distinção aprofundada entre tais metodologias de interpretação, de exegese, entretanto, quanto à literal/gramatical, o Ilustre Professor afirma, citando Jhering:

*“123 – O processo gramatical, sobre ser o menos compatível com o progresso, é o mais antigo (único outrora). “O apego às palavras é um desses fenômenos que, no Direito como em tudo o mais, caracterizam a falta de maturidade do desenvolvimento intelectual.”*

Por outro giro, quanto à interpretação sistemática, o Ilustre Ius Filósofo, conclui que:

*“nunca será demais insistir sobre a crescente desvalia do processo filológico [ou literal], incomparavelmente inferior ao sistemático e ao que invoca os fatores sociais”.*

---

<sup>6</sup> Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 3ª Ed. Malheiros Editores, São Paulo, 2004, p. 70.

<sup>7</sup> Hermenêutica e aplicação do direito – Rio de Janeiro: Forense, 2009; pág. 10.

Fica deveras claro que, tal discussão, em matéria de direito, deve levar o aplicador a uma profunda pesquisa e a analisar os fatos detidamente, e não deixar-se levar por “achismos tendenciosos”.

A esse respeito é a magistral aula do já citado e saudoso Ius Filósofo<sup>8</sup>, quando assevera:

*“A própria dogmática exigia no intérprete a posse de três atributos cuja concomitância no mesmo cérebro não é vulgar – probidade, ilustração e critério. O primeiro leva ao esforço tenaz e sincero para achar o sentido e alcance da lei segundo os ditames da verdadeira justiça; o segundo auxilia, com uma grande soma de conhecimentos, a surpreender todas as dúvidas possíveis e a atingir os vários motivos de uma decisão reta; o terceiro conduz “a discernir o certo do provável, o aparente do real, o verdadeiro do falso, o essencial do accidental.”*”

### **1.3.1 Princípio da igualdade**

O princípio da igualdade ganha relevo na Constituição Federal, bem como no teor do art. 3º da Lei em apreço, porquanto visa à livre concorrência entre licitantes em condições iguais.

No que pertine às relações com o Estado, este princípio ganha extraordinário relevo, ao assegurar isonomia a todos aqueles que, acerca de determinado assunto, possam, querendo, pugnar por seus direitos, exatamente o que ocorre num processo administrativo, como o que se instala para a formação da parceria público-privada.

Hely Lopes Meirelles sintetiza:

---

<sup>8</sup> Maximiliano, Carlos; *Hermenêutica e aplicação do direito* – Rio de Janeiro: Forense, 2009; pág. 101.

“O que o da igualdade entre os licitantes veda é a cláusula discriminatória ou o julgamento faccioso que desigual os iguais ou iguala os desiguais, favorecendo a uns e prejudicando a outros, com exigências inúteis para o serviço público, mas com destino certo a determinados candidatos”.<sup>9</sup>

Em suma, o princípio da igualdade, à evidência, no âmbito do procedimento licitatório, encontra-se protuberantemente presente, servindo para assegurar e garantir o direito individual de todos aqueles que desejem participar da licitação, ao mesmo tempo em que coíbe favoritismos e predileções.

### **1.3.2. Princípio da legalidade**

O princípio da legalidade é a pré-condição indispensável do Estado de Direito. Todos os artigos constitucionais, em última análise, velam por este princípio, e especificamente o art. 5º, incisos II e LXIX, e o art. 49, V.

A lei é o veículo introdutor de enunciados no ordenamento jurídico, os quais permitem a construção de normas jurídicas. Seu aspecto essencial é a aptidão de produzir enunciados dotados da característica de a todos obrigar, prescrevendo comportamentos que invariavelmente, possuem a vocação de permitir, proibir e obrigar.

A prescrição da conduta, característica essencial deste princípio, também por pertinência do procedimento licitatório, não obriga somente o particular, como igualmente a Administração. Aliás, o constituinte originário, sabendo que a relação Estado-indivíduo é reconhecidamente tensa e às vezes crítica, fez constar no *caput* do art. 37 da Constituição Federal a expressa menção de que, tanto a Administração Pública direta, quanto indireta, nos diferentes planos, devem obedecer, dentre outros, ao princípio da legalidade.

---

<sup>9</sup> Hely Lopes Meireles, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros Editores, 26ª edição, pág. 311.



### 1.3.3. Princípio da publicidade

O princípio da publicidade preconiza a visibilidade dos atos da administração para viabilizar o exercício pleno do controle por parte da sociedade. Insurge-se este princípio contra a concepção “segredista”, instalada na burocracia administrativa, que dificulta o acesso a dados e documentos, proclamando a desnecessidade de motivar os atos.

A publicidade obrigatória, possibilitando a transparência das ações, insere-se em vários artigos da Lei 8.666/93: o art. 21, I (obrigatoriedade da publicação do resumo do edital em datas prefixadas); o art. 43, § 1º (abertura de envelopes de documentação em ato público previamente designado); o art. 61, § único (publicação de extratos de contratos e convênios); o art. 109, § 1º (publicação de intimação para atos decisivos como habilitação, julgamento, anulação, rescisão, revogação...); e outros dispositivos que traduzem o princípio da publicidade como fator indispensável da disputa.

### 1.3.4. Princípio da moralidade

O princípio da moralidade obriga à correta aplicação do dinheiro público. Ou seja, os cidadãos têm o direito a um *governo honesto*. A moralidade pública constitui sem dúvida um das preocupações mais imediatas e cruciais da sociedade brasileira. Mais uma vez, é o Direito que irá fornecer o modelo ético a ser seguido pelos administradores. Representa o conjunto de valores sociais, reconhecidos pelo direito, que estabelece os domínios formais e substanciais do agir e das condutas dos agentes e da Administração Pública.

Um mecanismo muito eficaz disposto ao cidadão para o controle democrático da moralidade pública é a chamada Ação Popular, estabelecida no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, que favorece a vigilância sobre a conduta da Administração.

A obrigatoriedade da licitação como antecedente dos contratos com a administração, explícita no art. 2º da Lei 8.666/93, é expressão do princípio da moralidade.

## 2. Os serviços públicos: esclarecimentos preliminares

O serviço público não deixa de ser uma forma de intervenção do Estado no domínio econômico. Não se trata de atuação porque o Estado intervém na atividade atribuída, em tese ao particular.

Ocorre que a Constituição Federal procurou atribuir a competência de certos serviços às entidades federadas. Note-se bem: não é a Constituição que cria o serviço. O serviço é criado por lei. É portanto uma imposição legal; vale dizer, uma opção política do legislador no sentido de implementar políticas públicas, desde que observadas as regras constitucionais.

O serviço público não deixa de ser uma atividade econômica por dispor de recursos escassos para uma necessidade atender. A empresa privada também realiza atividade econômica. O que as diferencia é a finalidade a ser atingida e a observância ao regime jurídico adequado para a consecução deste fim.

O serviço público tem por finalidade a realização de direitos fundamentais. Não é outra razão que se aplica um regime jurídico de direito público, mais rigoroso do que o regime aplicado a uma empresa privada que vise necessariamente atingir fins egoístas, movidos por uma forte expectativa de lucro.

Realiza direitos fundamentais ao fornecer utilidades materiais ou imateriais para os cidadãos. Isto só é possível de ser levado a efeito sob um regime jurídico-administrativo, observando os princípios da universalidade de atendimento a usuários que se encontrem na mesma situação (incidência da isonomia) e mutabilidade no sentido de que o serviço público deve-se adaptar as alterações econômicas, tecnológicas e jurídicas de modo a atingir a sua finalidade.

A expressão *serviço público* tem sido empregada para designar todo e qualquer tipo de relação entre o Estado e o Cidadão, em que, utilizada de modo *latu*,

são englobadas também as atividades do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Mas um exame mais detido desta questão afasta essa possibilidade.

Como bem explica Odete Medauar: o “Serviço público, como um capítulo do Direito Administrativo, diz respeito a atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se à atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano.” Não é serviço público em sentido estrito os serviços prestados pelo Poder Judiciário, nem os relativos à Segurança Pública.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello: “Serviço Público é toda 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 dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.”<sup>10</sup>

Hely Lopes Meirelles conceitua serviço público como sendo “todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.”<sup>11</sup> Mas assevera. “O conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, que ora nos oferece uma noção orgânica, se considerando como tal o que é prestado por órgãos públicos; ora nos apresenta conceituação formal, tendente a identificá-lo por características extrínsecas; ora nos expõe um conceito material, visando a defini-lo por seu objeto. Realmente o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas.”<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 22ª edição, pág. 650.

<sup>11</sup> Hely Lopes Meireles, Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Malheiros Editores, 26ª edição, pág. 311.

<sup>12</sup> Obra cit.

Não obstante, Dinorá Grotti, em sua monografia “O serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988”, citada por Celso Antonio Bandeira de Mello, averba: “Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico.”

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

Tal *delegação* em se tratando de concessões públicas dá-se quando:

a) o particular (pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho) executa o serviço, em seu próprio nome e por sua conta e risco e por prazo determinado, mas mediante fiscalização e controle da Administração Pública, inclusive sob o aspecto da remuneração cobrada ao usuário (tarifa)<sup>13</sup> – remuneração essa, podendo, inclusive, ser parcialmente subsidiada - que é fixada pelo poder concedente; ou b) é precedida da execução de obra pública, ou seja, a construção total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, *delegada* pelo poder concedente, também mediante licitação, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que os investimentos da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

## **2.1. Fundamento de validade – art. 175 da Constituição Federal de 1988**

Como já dito, serviço público é ato de ofício do Poder Executivo e sempre se entendeu que a concessão dependia de lei autorizadora. Não podia o Executivo por

---

<sup>13</sup> Um dos fatores determinantes para caracterização da Concessão e de diferenciação desta para outras formas de delegação de serviço público ( Permissão e Autorização) é justamente a forma de remuneração, que na Concessão se dará na forma de tarifa, cobrada diretamente do usuário pelo concessionário.

ato próprio transferir a terceiro a execução de uma atividade que lhe é peculiar. Somente a lei poderia autorizar a delegação de serviços públicos a terceiros interessados em prestá-los, lei esta, que fixava o objeto da contratação, sua amplitude e prazo, deixando os demais aspectos para a sua regulamentação e contrato.

A Constituição Federal de 1988 determina que o *serviço público* - art. 175 – “incumbe ao Poder Público, *na forma da lei*, prestá-lo, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação (caput), prevendo ainda (§ único) que a lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter o serviço adequado.”

Entretanto, quanto ao art. 175, cabe observar que, não obstante a abrangência do preceito nele contido, dando a impressão de que qualquer serviço público pode ser objeto de concessão, na realidade isso não ocorre. Isto porque, sendo a concessão, por sua própria natureza, uma forma de gestão do serviço público remunerada pelo próprio usuário ou com receitas decorrentes da exploração do próprio serviço, só é possível cogitar de sua utilização quando se tratar de serviço prestado a terceiros (usuários) e que admita uma exploração comercial, ou seja, a possibilidade de produção de renda (ou lucro, propriamente dito) em favor do concessionário. Faltando um desses elementos, não se poderá falar em concessão de serviço público.

Só se cogita a concessão de serviços públicos em se tratando de serviços tidos por não essenciais, vale dizer, aqueles serviços que embora úteis não estejam diretamente relacionados à sobrevivência da comunidade.

No âmbito da legislação ordinária, a concessão de serviço público está disciplinada pelas Leis 8.987, de 13.02.95 e 9.074, de 07.07.95 (concessões de energia

elétrica)<sup>14</sup>. Além disso, aplica-se subsidiariamente, desde que não conflite com as já citadas, a Lei 8.666/93, lei de licitações, por força do que dispõem seu art. 124.

É importante frisar que não há propriamente um regime jurídico de direito público único a ser aplicado às concessões. Na verdade, há uma multiplicidade de regimes jurídicos dependendo de qual seja o objeto da concessão. Se for de geração de energia elétrica, o seu contorno jurídico é totalmente diferente do aplicado à distribuição. Da mesma forma que há um regime jurídico próprio para as telecomunicações, concessões de TV a cabo etc.

---

<sup>14</sup> Tal lei, que resultou da aprovação, pelo Congresso Nacional, da Medida Provisória 890 e que, até hoje, é fonte de críticas por diversos doutrinadores, é talvez a única lei da história do Brasil a sofrer alterações e acréscimos no mesmo dia de sua concepção. O professor Celso Antonio chega a classificar essa MP como “inconstitucionalíssima”, para “qualificar a ostensividade da afronta à Constituição...” por parte do Poder Executivo.

### 3. Processamento da Licitação e da Contratação (fase interna)

A fase preparatória da licitação, revela-se bastante complexa, considerando a aplicação das normas gerais da Lei 8.666/93.

O conteúdo das providências exigidas para a abertura e o processamento do procedimento licitatório está regrado no art. 38 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

*“Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:*

*I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;*

*II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite;*

*III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;*

*(...)*

*VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;*

*(...)*

*X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;*

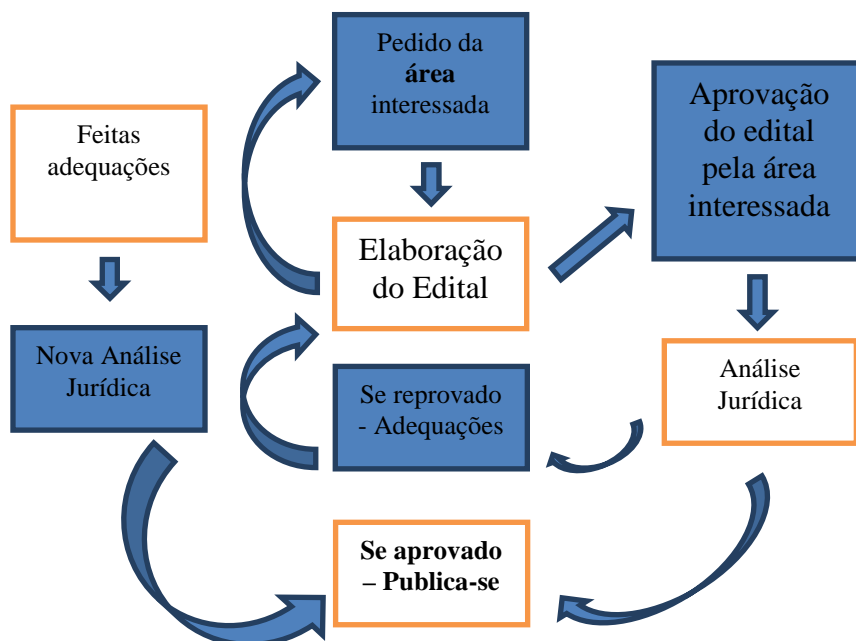
*XI - outros comprovantes de publicações;*

*XII - demais documentos relativos à licitação.*

*Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.”*

Embora o dispositivo legal não detalhe o trâmite interno do procedimento licitatório, este se dá, em síntese, da seguinte forma, onde são atores: i) Área Cliente ou Solicitante; ii) Setor de Licitações, responsável pela elaboração do edital e iii) a Área Jurídica, responsável pela análise e legalidade dos atos da administração:

**Quadro 1: Processamento Interno da licitação usualmente adotado: sem adoção da matricialidade**



Em suma, a depender do ente da administração, o processamento interno do procedimento licitatório pode levar alguns meses, haja vista a tramitação entre áreas, de forma processual, através de despachos ou memorandos, num vai e vem impessoal e lento, demorado, o qual resulta na pecha de ineficiência do Estado quando da sua atuação.

As contratações de serviços públicos, sejam devem ser compreendidas enquanto um modo de prestação indireta do serviço a ser desempenhado pelo particular. Vale dizer, o Poder contratante transfere competências - que a princípio seriam executadas pelo Poder Público e que se são transferidas para o particular pois se encontra em melhores condições de satisfazê-la do que o Estado.

Aqui é usual a alteração e rescisão unilateral por parte do Poder contratante toda vez que estiver presente o interesse público entre outras situações que



denotam o poder de autoridade em face do contratado, inimagináveis nos demais contratos de direito privado.

É no século XX que surge um regime jurídico próprio, mais consentâneo com a sua natureza, vale dizer, o regime jurídico de direito Administrativo que sofre a incidência de dois princípios fundamentais: supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.

O primeiro princípio apresenta dois significados: posição de autoridade da Administração Pública em relação ao particular e a posição de prerrogativas das quais se reveste o Poder Público de modo a atingir sua finalidade institucional, tal como o processo de execução especial, principalmente contra a Fazenda Pública, que em virtude de sentença, far-se-á exclusivamente na ordem cronológica de apresentação de precatórios, nos termos do art. 100 da Constituição Federal de 1988.

O segundo significa que não é dado ao gestor da coisa pública dispor sobre o interesse público. Não pode o detentor de função administrativa – inclusive concessionárias de serviços públicos – transigir ou negociar o interesse público.

É dentro desta base jurídica que se justificam as cláusulas exorbitantes presentes nos contratos administrativos.

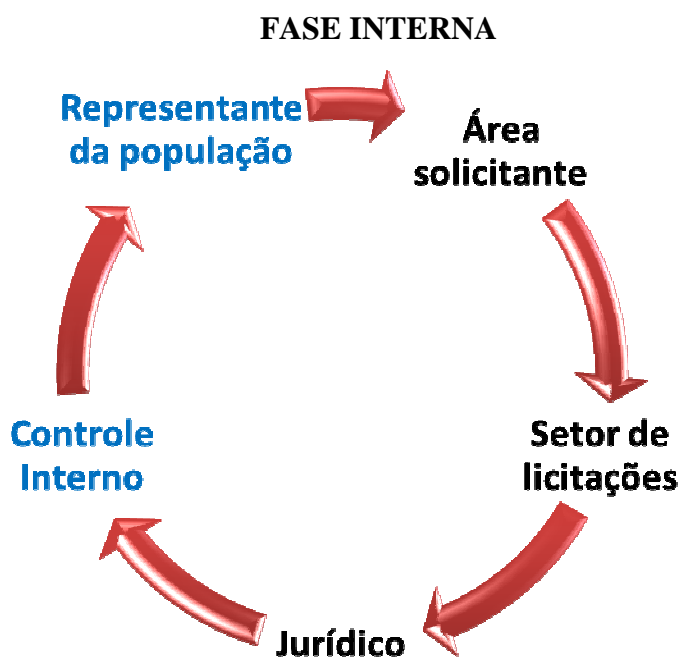
Mas o que justifica a incidência deste regime jurídico especial é a natureza da atividade realizada – a prestação do serviço – e a finalidade de sua atividade econômica – a realização de direitos fundamentais.

#### 4. Possibilidade de Celeridade do processamento da licitação e da Contratação com Participação Popular

Adotando-se a transversalidade entre os setores da Administração e agentes públicos envolvidos na fase interna das licitações, reduz-se o tempo empenhado em até 10 dias, inclusive, com participação popular, através dos respectivos conselhos, que aliás, deverão ser incentivados a participarem do acompanhamento, tanto da licitação quanto da execução do contrato.

No quadro 2, em contraponto com o quadro 1 supra, pode-se perceber que a adoção da transversalidade torna parte do planejamento bem como o processamento da licitação muito menos obscura.

**Quadro 2: Adoção da matricialidade**



É que nessa forma proposta, todos os atores envolvidos, reunidos num só dia, são capazes de, de posse de todos os elementos técnicos indispensáveis para a

concretização da contratação, ter um edital pronto para publicação da licitação, que em tese teria a seguinte interação:

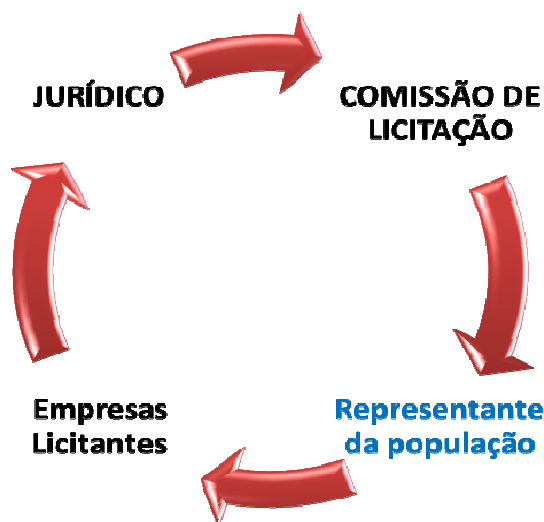
- i) Área solicitante da contratação disponibiliza ao setor de licitações, todos os elementos técnicos e orçamentários indispensáveis à correta aferição do objeto a ser contratado;
- ii) O setor de licitações, de posse de todos os elementos, convoca uma reunião em que serão atores obrigatórios: Área solicitante, setor de licitações, setor jurídico do órgão e, facultativamente, representante da população, o qual poderá ser um representante de conselho de área diretamente afeta ou beneficiada pela contratação;
- iii) Será nesta reunião, que serão discutidos todos os documentos previamente disponibilizados, a possibilidade e a conveniência da contratação e sua legalidade, e por fim, a elaboração do edital;
- iv) Elaboração de ata que conterà, pormenorizadamente, tudo o que foi discutido na reunião, a qual será assinada por todos os presentes,;
- v) A depender da complexidade da contratação, abre-se prazo adicional de 24 horas para que cada um dos envolvidos manifestem-se por escrito, fundamentadamente, ressaltando que o representante da população, figura como fiscal dos atos da administração, figurando de forma consultiva e não vinculado como agente público.

O mesmo raciocínio adotado para a fase interna da licitação, será perfeitamente possível na fase externa – após a publicação do edital, bem como na execução do contrato propriamente dito, sendo em todos os casos, disponibilizado espaço para que um

ou mais representantes da população façam às vezes de “fiscais”<sup>15</sup> e difusores de informação dos atos da administração, como pode-se perceber dos quadros abaixo:

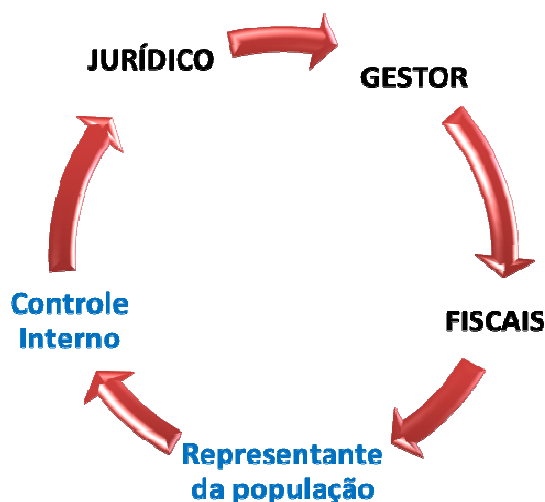
### Quadro 3: Adoção da matricialidade

#### FASE EXTERNA DA LICITAÇÃO



### Quadro 4: Adoção da matricialidade

#### EXECUÇÃO DO CONTRATO



<sup>15</sup> Lembrando que na execução do contrato, o art. 67 da Lei 8.666/93 traz a necessidade da figura do fiscal do contrato, agente público formalmente designado: “A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição”. Em se tratando de “fiscal da população”, este até poderá ser formalmente designado em ato emanado pela autoridade competente, contudo, não vinculado à Administração, e seus atos adstritos à fiscalização dos atos dos agentes públicos e do contratado, bem como dar publicidade dos andamento da contratação.

A eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade é, sobretudo, um dever que se impõe a todos, Administração e sociedade. Trata-se de princípio constitucional, estatuído no art. 37 da Constituição Federal.

Quanto ao respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução, sabe-se que o destinatário do serviço público é o povo e, respeitar seus direitos e ponto fundamental para a existência de um Estado Democrático de Direito. De um lado, destaca-se a importância, cada vez maior, conferida aos destinatários dos serviços públicos e de outro, no tocante aos parceiros privados, significa estabelecer uma relação não conflituosa quanto aos interesses dicotômicos, pois os riscos do sucesso ou insucesso do empreendimento, serão, direta ou indiretamente, compartilhados.

No tocante à indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado, o Poder Público reservou-se o direito de manter sob seu controle tais prerrogativas, que detalhamos:

a) Antes extremamente intervencionista, hoje o Estado, decorrente de uma mudança de concepção do conceito de atividade administrativa, em face da dificuldade do oferecimento de serviços públicos de qualidade à sociedade, dispôs-se a ser regulador, descentralizando, dessa forma, as atividades públicas para particulares;

b) A função jurisdicional é um dos fins primários do Estado. Desde que se privou o cidadão de fazer valer seus direitos subjetivos pelas próprias mãos, a ordem jurídica teve que criar para o particular um direito de tutela jurídica do Estado que, através do Poder Judiciário tem o dever de solucionar os conflitos individuais de maneira definitiva;

c) Com o objetivo de preservar a ordem pública, o Estado possui, entre outros mecanismos, o denominado poder de polícia, que trata-se de ato próprio da Administração, para estabelecer e fazer valer medidas restritivas do direito individual em

benefício da coletividade. A competência legislativa em poder de polícia não pode ser delegada a particulares ou a entidades integrantes da Administração Pública.

d) A transparência dos procedimentos e decisões está diretamente ligada ao Princípio da Moralidade, o qual exige do Agente Público não só comportamento correto e lícito, mas também total atendimento à ética e à moral.

## 5. Conclusão

Ante o exposto, restou claro que, em que pese a criação de novas modalidades de licitação, como o pregão para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns e o Regime Diferenciado de Contratações, instituídos como solução para proporcionar mais celeridade nas contratações públicas, deve haver um maior comprometimento por parte dos gestores públicos para sua consecução, bem como uma maior efetividade ao princípio da publicidade, fazendo com que a celeridade e a participação popular realmente aconteçam nas contratações públicas.

A finalidade da adoção dessa proposição é reduzir ao máximo, tanto o tempo decorrido para a consecução da contratação bem como os riscos provenientes de empreitadas complexas, exigindo uma maior participação a fim do Poder Público direcionar recursos públicos.

Esperamos ter atingido o nosso escopo que foi o de levantar algumas alternativas para a celeridade nas contratações públicas com participação popular, a qual, nos dias de hoje, é praticamente inexistente.

Enfatizamos sobretudo o seu procedimento licitatório, objeto de tópico específico do qual se sobressai a celeridade na busca da proposta a ser contratada, vale dizer, aquele que representa uma relação de menor custo e maior qualidade possível.

Longe de esgotar a matéria, até porque não há na literatura tópico específico como o aventado no presente trabalho, acreditamos ter atingido o objetivo, que em momento algum perdeu a sua característica fundamental – tentar explicar de forma acessível o novo contexto em que devem ser compreendidas as contratações públicas com participação e fiscalização popular.

Mas também não podemos tratar esta questão de forma ingênua, esquecendo os interesses pessoais que estão por trás de cada contratação. Como bem disse Karl Marx, que muita embora não havia cogitado deste tipo de relação jurídica -, conhecia muito bem o que se passa dentro do espírito das empresas, “encher os bolsos, o mais que possa”. E como ensinou o notável filósofo, não há meios de limitar a ambição humana, o máximo que se pode fazer é frear este impulso no sentido de coibir qualquer prática lesiva, nociva que possa comprometer o interesse público. Este é o dever do Estado e a que também a sociedade não deve se furtar, sob pena de não dar cumprimento aos ditames constitucionais consagradores da dignidade da pessoa humana.



## **Bibliografia**

**Azevedo, Eurico de Miranda; de Alencar, Maria Lucia Mazzei.** Concessão de Serviços Públicos – Comentários às Leis 8.987 e 9.074 (Parte Geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.05.98. São Paulo: Malheiros, 1998.

**Bittencourt, Sidney.** Parceria Público-Privada Passo a Passo. Comentários à Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu a PPP no Brasil. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2007.

**Da Silva, José Afonso.** Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2007.

**De Mello, Celso Antônio Bandeira.** Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007.

**Di Pietro, Maria Sylvia Zanella.** Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras Formas. São Paulo: Atlas, 1996.

**Filho, Marçal Justen.** Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. São Paulo: Dialética, 2005.

**Motta, Carlos Pinto Coelho.** Eficácia nas Licitações e Contratos. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

**Pestana, Marcio.** A Concorrência Pública na Parceria Público-Privada (PPP). São Paulo: Atlas, 2006.

**Meireles, Hely Lopes.** Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2002.

**Mukai, Toshio.** Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2002.

