

UMA CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DO PROCESSO LICITATÓRIO PARA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – UM ESTUDO DE CASO DOS AUTOS N. 100/2009 – ALI/DTP, EDITAL N. 005/2009 – URBS CURITIBA-PR

Andreia Azevedo de Lima Wada¹

Vera Lelis Calil²

RESUMO

A concessão dos serviços públicos é uma forma de a administração pública, com o intuito de melhor prestar o serviço à coletividade, delega a outro a prestação do serviço, sendo necessário que seja pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstrem capacidade para o desempenho da prestação. Dada a importância das políticas públicas, cabe ao ente da Federação o devido processo legal para a delegação de competência de suas responsabilidades e a adequada fiscalização desses serviços. O presente trabalho tem como escopo o estudo do edital do processo licitatório realizado pela URBS S.A. para concessão do serviço público de transporte coletivo da cidade de Curitiba-PR. Os objetivos específicos são: estudar e identificar as possíveis irregularidades existentes no Edital n. 005/2009 – ALI/DTP, publicado pela URBS S.A; analisar os documentos, e anexos deste disponíveis no site da URBS, consoante ao Edital apontado. Utilizou-se como metodologia um estudo descritivo analítico do caso concreto, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, mediante explicações embasadas em trabalhos publicados em livros, artigos e leis. Este estudo é de grande relevância para o mundo jurídico para compreensão do processo licitatório objeto do Edital em comento, pois afeta diretamente o bem público e os preceitos constitucionais, bem como os princípios que regem o direito.

Palavras-chave: Concessão. Licitação. Transporte Coletivo. Serviço Público.

1 Aluna do 10º período do curso de Direito da Fae Centro Universitário. Bolsista do Programa de Apoio à Iniciação Científica (PAIC 2015-2016). *E-mail*: andreiaalw@gmail.com

2 Doutora em Engenharia de Produção pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora do curso de Direito da FAE Centro Universitário. *E-mail*: vera.calil@fae.edu

INTRODUÇÃO

O Estado tem como objetivo o atendimento ao interesse público. Para que esse objetivo seja alcançado, muitas vezes é necessária a contratação de terceiros que realizem obras, serviços e aquisição de bens. No entanto, o agente público, no exercício da função administrativa, não é livre para contratar, pois depende de procedimento licitatório.

A Administração Pública quando da aquisição de bens, serviços ou realização de obras, deve respeitar dispositivo constitucional consubstanciado no art. 37, inciso XXI da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, procedimento adotado também nos serviços públicos, preconizado na Lei n. 8.987/1995, que dispõe sobre a concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

Sendo assim, fez-se importante uma análise histórica do processo licitatório no Brasil, sua institucionalização e inserção no texto constitucional, até o atual estatuto de licitações e seus princípios.

No Brasil ocorreram grandes conquistas do ponto de vista da ampliação de direitos sociais anteriormente ao processo de ampliação de direitos civis e políticos. Isto aconteceu durante o período ditatorial, (Era Vargas 1930-1945), quando a população teve seus direitos civis fortemente tolhidos. Esse percurso histórico, segundo Carvalho (2001, p. 236) “é importante para a compreensão das razões que postergaram a consolidação dos direitos de cidadania no país” (WADA; SCREMIN, 2015, p. 505).

Registram os etimologistas que o vocábulo **licitação** é originário do latim *licitatio*, isto é, a “venda por lances”, atividade desenvolvida na formulação de lances. Trata-se do ato de licitar, na arrematação, hasta pública, visando à concessão da posse.

Segundo Meirelles (2002, p. 264), licitação é:

o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

O inciso XXI do art. 37 da CRFB/1988 determina que a Administração Pública, aqui em sentido lato, somente poderá contratar obras e serviços, bem como efetuar compras e alienações, por meio de procedimento licitatório com vistas a obter a proposta mais vantajosa e proporcionar tratamento igualitário entre aqueles interessados em contratar com a Administração.

A licitação pública foi concebida como procedimento prévio à celebração dos contratos feitos pela Administração, proporcionando a aquisição, venda ou prestação

de serviços da forma mais vantajosa, respeitando-se os Princípios Constitucionais Da Legalidade, Isonomia, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade. Proporcionando além disso a valorização da livre iniciativa pela igualdade no oferecimento da oportunidade de prestar serviços, bem como de comprar ou vender ao Poder Público.

Assim, o ente público no exercício da sua função administrativa para contratar, deve convocar chamar, como regra geral, e a fim de se obter uma maior vantagem, seja técnica ou econômica, a maior quantidade possível de interessados, que atendendo tal chamamento estarão aceitando previamente as condições do contrato estabelecido pelo ente (REGO, 2003, p. 77-78).

A partir da década de 1980 surgiu um novo modelo de gestão para substituir o que se baseava no racionalismo administrativo, sendo uma versão atualizada do modelo privatista que havia imperado até fins do séc. XIX. Chamado de **neoprivatismo**, esse modelo significava que os serviços básicos deveriam voltar a ter status de mercadorias de bens privados que devem ser adquiridos no mercado sem mediação do Estado.

Como descreve Nohara (2014, p. 484),

O auge da política de privatizações ocorreu no governo de Fernando Henrique Cardoso, no qual houve muitas reformas administrativas que foram orientadas pelas metas de ajuste fiscal, sugeridas pelos organismos financeiros internacionais. Foi seguida orientações que repercutiu na Europa e principalmente na América Latina, com: restrições fiscais que impediram o aumento do Estado, privatizações, maior utilização das concessões e, por fim, adoção do modelo das parcerias público-privadas para atrair investimentos ao Estado.

Isto posto, passou-se a apresentar a justificativa e importância do estudo em comento.

1 JUSTIFICATIVA E IMPORTÂNCIA DESTE ESTUDO

Este estudo se faz importante para melhor compressão a respeito do processo licitatório³ realizado pela URBS, o qual teve como objetivo a delegação dos serviços de transporte coletivo da cidade de Curitiba no ano de 2009. Esse Edital foi analisado à luz dos dispositivos legais que tratam do tema, cito a CRFB/1988, Lei n. 8.987/1995 e demais normas dispersas na doutrina e no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

A prestação de serviços públicos no sentido estrito, à forma de atividade econômica em regime de privilégio delegável mediante a licitação, só pode ser desempenhada pela iniciativa privada quando esta detiver as prerrogativas necessárias para obter o direito

³ Disponível em: <<http://www.urbs.curitiba.pr.gov.br/institucional/licitacoes/HOMOLOGADAS>>.

a concorrer no processo licitatório, sendo previamente analisada pelo poder público responsável pelo serviço.

Desse modo, a responsabilidade objetiva das empresas privadas quando virem a causar um dano a quem detém o direito de reivindicá-lo, seja usuário ou não do serviço prestado pela detentora da efetivação deste, terá o direito de reclamar perante aquele que seria o responsável diretamente pelo dano, porém o município subsidiariamente seria responsabilizado.

Com essas considerações, esta pesquisa apresentou e analisou uma delimitação, por meio de conceitos acerca da licitação, a fim de esclarecer o processo licitatório e as ferramentas necessárias para entender o Edital licitatório para a delegação da prestação do serviço de transporte coletivo da cidade de Curitiba.

Este estudo é de grande relevância para o mundo jurídico para compreensão do processo licitatório, pois afeta diretamente o bem público e os preceitos constitucionais, bem como os princípios que regem o direito.

2 PROBLEMA

Como estudar o Edital do processo licitatório para concessão de serviço público de transporte coletivo da cidade de Curitiba, de acordo com o Edital n. 005/2009, divulgado pela URBS, dos Autos n. 100/2009 – ALI/DTP?

3 OBJETIVOS

Para Ackoff (1975, p. 27 apud MARCONI; LAKATOS, 2007, p. 159), “o objetivo da ciência não é somente aumentar o conhecimento, mas o de aumentar as nossas possibilidades de continuar aumentando o conhecimento”.

Os objetivos são classificados em geral e específicos.

3.1 OBJETIVO GERAL

Estudar os possíveis equívocos existentes no Edital publicado pela URBS S.A., consoante ao Processo Licitatório para a delegação do serviço público de transporte coletivo da cidade de Curitiba-PR – Edital n. 005/2009 – ALI/DTP.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar os possíveis equívocos existentes no Edital n. 005/2009;
- Analisar os documentos disponíveis no site da URBS, consoante ao Edital n. 005/2009;
- Identificar os pontos controversos do Edital e de seus anexos.

4 METODOLOGIA

A respeito da metodologia ou delineamento da pesquisa, segundo Kerlinger (1979, p. 94), “[...] pode-se definir como sendo o plano e a estrutura da investigação, concebidos de forma a permitir a obtenção de respostas para as perguntas da pesquisa”.

Dessa forma, a palavra **delineamento** focaliza a maneira pelo qual um problema de pesquisa é conceituado e colocado em uma estrutura, de modo a se tornar um guia para a exploração, coleta e análise de dados.

A perspectiva da revisão da literatura, realizada para atender aos objetivos desta pesquisa, mostrou que se trata de um estudo exploratório.

Dentro dos preceitos do estudo exploratório, esta pesquisa foi desenvolvida de forma a permitir a obtenção de resposta para a pergunta problema, tendo como objeto o Edital n. 005/2009.

O caminho percorrido foi por meio de pesquisa e revisão bibliográfica junto às doutrinas, artigos, dissertações e teses, além do contato com o direito positivo e suas normas consubstanciadas no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

A abordagem metodológica é qualitativa. De acordo com Triviños (1987, p. 116-117), “a pesquisa qualitativa parte da descrição que busca captar não só a aparência do fenômeno, como também sua essência, buscando as causas da sua existência, explicar sua origem, suas relações, suas mudanças”.

Destaca-se que a abordagem foi eminentemente qualitativa, no entanto, necessitar-se-á também a análise quantitativa.

Quanto à coleta de dados:

- **Dados Primários** – referentes às fontes primárias, foram coletados por meio da observação do conteúdo obtido dos Autos do processo licitatório.
- **Dados Secundários** – referentes às fontes secundárias, foram coletados por meio da realização da revisão bibliográfica junto às doutrinas, artigos científicos, dissertações e teses, além do contato com o direito positivo e suas normas consubstanciadas no ordenamento jurídico brasileiro.

A natureza do tratamento dos dados que foram coletados é predominantemente qualitativa. Foi necessária, para isso, a utilização de técnicas de análise de conteúdo e documental.

Os dados primários foram extraídos por meio da Técnica de Análise de Conteúdo, conseguidos nos autos do processo licitatório ao qual a empresa URBS figurou como ente delegatário do serviço público referente ao Edital n. 005/2009.

5 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O Estado é o detentor da responsabilidade da prestação direta dos serviços públicos, porém é suscetível de delegação a particulares, nos termos da CRFB/1988, nos arts. 30, V e 175, e da Lei n. 8.987/1995.

Sendo assim, segundo Aguillar (2014, p. 348),

a legislação estabelece uma série de mecanismos de acompanhamento e fiscalização estatal da atividade da concessionária. Em casos extremos o Poder Público tem o direito de retomar o objeto da concessão e de sancionar a concessionária inadimplente de suas obrigações e deveres.

Se o Estado fiscalizar as atividades dos serviços delegados ao ente particular, na forma de concessão ou permissão, ele não se exime de responder por eventuais danos causados a terceiros ou a usuários do serviço, isso porque é o Estado quem deveria manter, por meio de fiscalização e controle, as atividades desempenhadas pelo delegatário. Sendo assim, sua responsabilidade seria objetivamente subsidiária daquele.

Desse modo, cabe ao Estado apurar os possíveis equívocos que foram cometidas, ao ser aprovado e efetivado o Edital de Licitação divulgado pela URBS, bem como aplicar as devidas sanções de acordo com o Estatuto das Licitações.

6 A EVOLUÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO NO BRASIL

O Brasil passou por fases diferentes ao longo das décadas.

Para melhor compreensão, conforme vejamos na sequência.

6.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

A licitação foi introduzida no direito público brasileiro há mais de cento e quarenta anos, pelo Decreto n. 2.926, de 14 de maio de 1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Diversas outras leis trataram do tema, porém o procedimento licitatório veio a ser consolidado, no âmbito federal, pelo Decreto n. 4.536, de 28 de janeiro de 1922, que organizou o Código de Contabilidade da União (arts. 49-53).

Com o objetivo de conferir maior eficiência às contratações públicas, o procedimento licitatório sistematizou-se por meio do Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967 (arts. 125 a 144), que estabeleceu a reforma administrativa federal, e se estendeu, com a edição da Lei n. 5.456, de 20 de junho de 1968, às Administrações dos Estados e Municípios.

O Decreto-Lei n. 2.300, de 21 de novembro de 1986, atualizado em 1987, pelos Decretos-Lei n. 2.348 e n. 2.360, instituiu, pela primeira vez, o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, reunindo normas gerais e especiais relacionadas à matéria. A partir de 1988 a licitação recebeu status de princípio constitucional, de observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo dispensada ou inexigida apenas nos casos expressamente previstos em Lei.

6.2 ATUAL PROCESSO LICITATÓRIO

O poder público hoje, quando necessita adquirir, locar bens ou ainda contratar a execução de determinada obra ou prestação de serviço, estará sujeito à instauração prévia de licitação, por força de dispositivos de lei ordinária e, principalmente, em razão de mandamento constitucional, e dos princípios que norteiam as ações administrativas.

O art. 37, XXI da CRFB/1988, assim dispõe:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

O art. 37, XXI da CRFB de 1988 foi regulamentado pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (alterada pelas Leis n. 8.883/1994, 9.648/1998, 9.854/1999, dentre

outras), em vigor, que disciplina as licitações e contratos da Administração Pública. Devido ao reconhecimento da importância do uso eficiente dos recursos públicos, a CRFB/1988 trouxe nesse artigo a previsão legal que obriga que as obras, serviços, compras e alienações públicas sejam feitas por meio de processo licitatório, assegurando igualdade de condições a todos os concorrentes.

Segundo Justen Filho (2009, p. 374),

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Para Dromi (1975 apud DI PIETRO, 2009, p. 350), trata-se de um

procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.

Os dois conceitos apresentam traços semelhantes, ambos demonstram características importantes desse procedimento complexo que é a licitação, desdobrando-se em fases devidamente planejadas e previstas, que antecedem a maioria dos contratos celebrados pelo Poder Público, norteados por diversos princípios que lhes são aplicados.

A própria Lei n. 8.666/1993, em seu art. 3º, caput, tratou de conceituar licitação, em conformidade com os conceitos doutrinários:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada 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 lhes são correlatos.

Pode-se verificar que a Lei n. 8.666/1993 em seu art. 3º, impõe a obrigatoriedade do processo licitatório, visto que este deve estar em conformidade com os princípios básicos, citados no artigo. Tais princípios possuem força normativa, disciplinando, orientando e vinculando o processo aos procedimentos licitacionais.

Com intuito de se fazer esclarecer e dar continuidade ao delineamento de fundamentações, a seguir foi exposta uma breve descrição dos princípios da licitação.

6.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA LICITAÇÃO

O sistema jurídico brasileiro adotou uma série de princípios norteadores da atividade administrativa. Eles são predeterminantes na criação das regras jurídicas e devem ser aplicados a todos que, direta ou indiretamente, são responsáveis pelo dinheiro público. Em caso de inobservância, serão devidamente responsabilizados civil, administrativa e penalmente dependendo do grau de agressão ao patrimônio público.

O art. 3º da Lei n. 8.666/1993 elenca os princípios que regem a licitação sendo eles a isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. A doutrina acrescenta os princípios do procedimento formal, sigilo na apresentação das propostas, adjudicação compulsória ao vencedor, e o da competitividade.

Com as exposições consignadas anteriormente, foi possível obter posicionamento a respeito das licitações. A seguir, foram descritos os resultados obtidos na pesquisa do Edital n. 005/2009.

7 RESULTADOS OBTIDOS DA ANÁLISE DOS AUTOS DO PROCESSO LICITATÓRIO DO EDITAL N. 005/2009

A seguir foram contemplados os resultados obtidos na análise do Edital de Licitação em comento, a respeito da empresa URBS, a qual, na posição de exploradora do serviço público concedeu sua execução a outras empresas caracterizadas como concedentes, utilizando para isso do processo licitatório.

Para a consecução dos resultados da pesquisa, delinear-se considerações a respeito da empresa licitante.

7.1 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA EMPRESA LICITANTE – URBS

Como exploradora de serviço público municipal, a URBS é uma empresa conceituada como uma sociedade de economia mista, sob a forma de sociedade anônima sujeita a regime diferenciado, sob o controle de entidade estatal, cujo objeto é a exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público. Portanto, a sociedade de economia mista sendo também de direito privado, possui a mesma

natureza jurídica da empresa pública. O Decreto-Lei n. 200/1967 conceitua empresa pública, como sendo:

art. 5º para os fins desta lei, considera-se:

[...]

II - Empresa pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito (redação dada pelo Decreto-Lei n. 900, de 1969).

A URBS explora a atividade econômica, pois em seu estatuto no art. 1º, § 3º, está previsto que é concessionária de serviço público, seu objeto é a prestação de serviço público, numa atividade econômica em sentido próprio. A característica do lucro na empresa URBS fica explicitada na redação do art. 41 do estatuto social que prevê a distribuição do lucro líquido, sendo caracterizada a forma societária da qual é formada. Possui como sócio majoritário ente público, sendo esse a Prefeitura de Curitiba com 99,9% das cotas, e o restante é dividida entre bancos, pessoas físicas e empresas, sendo tratada como uma empresa privada.

Seu estatuto, no art. 4º, §3º, prevê que “[...] agirá como concessionária de serviço público, nos termos dos contratos de concessões firmados com o Executivo Municipal”.

No subitem seguinte foi abordado como a descentralização procedeu-se no presente caso.

7.2 A DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA

Frisa-se que a Descentralização é um dos Princípios da Administração Pública, insculpida já no Decreto-Lei n. 200/1967. Trata-se de um ato em que o Estado transfere aos concessionários apenas a execução temporária de determinado serviço.

Ela ocorre de duas maneiras: uma caracterizada como delegação legal, consubstanciando uma forma de descentralização originária que se produz *ope legis*, que, além de delegar o serviço, cria a entidade que vai executá-lo, sendo esse o caso da URBS, a qual recebeu do Poder delegado ao Município. Outra maneira é a delegação negocial, na qual o instrumento é o contrato, sendo o caso das concessões e permissões de serviço público para pessoas já existentes, neste caso se refere à iniciativa privada que recebeu a execução do serviço por meio de atos e contratos administrativos.

A URBS recebeu do poder concedente por ato de descentralização, e, por sua vez terceirizou a concessão a outras empresas as quais tiveram a detenção da execução do serviço de transporte público por meio de licitação que a URBS realizou sem incluir o polo ativo do processo licitatório o Município de Curitiba, cuja ausência pode configurar uma irregularidade no Edital da licitação do ano de 2009.

7.3.1 Do Poder de Fiscalizar

Consta no Estatuto de criação da URBS no art. 4º §5º:

§5º consoante lhe faculta o artigo 9º, da lei 4.369/72, a sociedade exercerá também as atividades explicitadas no decreto nº 1.070, de 10 de outubro de 1973; no decreto nº 18, de 31 de janeiro de 1990; na lei nº 7556, de 17 de outubro de 1990 e na lei nº 9136, de 23 de dezembro de 1997, bem como exercerá os poderes que lhe forem delegados pelo executivo municipal para gerenciar, administrar, planejar, disciplinar, **fiscalizar e delegar a operação de serviços públicos e de utilidade pública municipais** [...] (grifo nosso).

Mesmo com essa autorização estatutária, não pode esse Estatuto alterar a legislação que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviço público, nem alterar a Lei Máxima que rege o ordenamento Jurídico Brasileiro, ou seja, a CRFB/1988 e a Lei n. 8.987/1995, que prevê no art. 2º,

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

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

O instituto da delegação de competência descrito na Lei do Processo Administrativo Federal n. 9.784/1999, em seu art. 12, é clara:

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Ainda o mesmo código, art. 13 salienta que:

Art. 13. não podem ser objeto de delegação:

I - a edição de atos de caráter normativo;

II - a decisão de recursos administrativos;

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade (grifo nosso).

Quando se aborda a respeito da competência exclusiva, vale esclarecer que essa competência é aquela que não pode ser delegada, pois é exercida em exclusão das demais. Isso significa dizer que essa competência somente poderá ser exercida pelo ente a quem foi atribuída, sendo ela indelegável e irrenunciável, elencada no art. 21 da CRFB/1988. Já a competência privativa é aquela específica de um ente, mas admite a delegação para outro ente, ou ainda o exercício da possibilidade de exercício da competência suplementar para outro ente, disposta no art. 22 da CRFB/1988.

A Sociedade Anônima não pode ser detentora de poderes de fiscalização, sendo esta uma atribuição própria do poder concedente, isso porque nesse tipo de sociedade há a finalidade de obtenção de lucros. A natureza jurídica da URBS não lhe permite fazer a regulação nos termos do art. 29, inciso I, da Lei n. 8.987/1995, *in verbis*:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - **regulamentar** o serviço concedido e **fiscalizar** permanentemente a sua prestação; [...] (grifo nosso).

Pelo fato de o município de Curitiba não ter figurado no polo ativo do Edital como sendo o poder concedente do serviço, acarretou-se a ilegalidade da URBS ao fazer frente do serviço, que é próprio do poder concedente, de fiscalizar e regular.

A descentralização seria na execução do serviço público de transporte coletivo, e não na possibilidade de novamente delegar a terceiros, como ocorreu na licitação realizada segundo o Edital n. 005/2009.

A licitação realizada consoante ao Edital tinha como finalidade a concessão de serviço público municipal, porém a contratação se dá pela URBS, porque, de acordo com a Lei Municipal n. 12.597/2008, art. 2º, esta sociedade é a que detém a competência para a “regulamentação, o gerenciamento, a operação, o planejamento e a fiscalização do sistema de transporte coletivo de passageiros de Curitiba”.

7.4 IRREGULARIDADES DO PROCESSO LICITATÓRIO

O processo licitatório foi autorizado pelo presidente da URBS e homologado com a adjudicação do serviço com a seguinte distribuição dos lotes objeto do certame, de acordo com a Ata n. 5 de 20/10/2010 do Edital n. 005/2009: Lote 1 – Consórcio Pontual; Lote 2 – Consórcio Transbus; Lote 3 – Consórcio Pioneiro.

O Edital previa que o pagamento da outorga deveria ser à vista, em que pese ser admitida pela legislação ao poder concedente ter a possibilidade de exigir o pagamento pela outorga da concessão, sendo inclusive um dos critérios possíveis a ser considerado no julgamento da licitação (art. 15, inc. II e VI da Lei n. 8.987/1995). No entanto, o que foi apurado foi à ocorrência de um desvirtuamento, pois houve o aceite da compensação de haveres aos operadores no sistema, isso beneficiou quem já estava na operação do transporte público, impedindo o ingresso de novos interessados.

A lei não obriga e nem determina que no momento da contratação a compensação de débito seria a maneira legítima para se concretizar a outorga, especialmente se considerar o constante no subitem 2.3 do Edital o qual destaca a condição “à vista”, e, na seção 2.3.4, que determina o pagamento “em parcela única”, já nas seções 2.3.4.1 e 2.3.4.2, estabelecem claramente a autorização da compensação.

2.3 Pela outorga da concessão, as futuras Concessionárias deverão pagar à URBS os seguintes valores, **à vista**:

2.3.4 O pagamento pela outorga deverá ser feito **em parcela única**, [...].

2.3.4.1 Para fins de adimplimento dos valores referentes à outorga, o vencedor do certame poderá **compensar créditos** decorrentes das indenizações [...]

2.3.4.2 **Serão aceitos**, para fins do estabelecido no item anterior, **créditos de terceiros** oriundos das [...] (grifo nosso).

Frisa-se que a compensação de débitos possibilitada como vantagem aos competidores do certame, criou dificuldades para a entrada de novos concorrentes, e com isso facilitou para aqueles que tivessem créditos com a fazenda municipal.

Esta diferenciação de condições competitivas resultou em concorrência desleal, configurando possível direcionamento, pois os vencedores da licitação utilizaram os referidos créditos para adimplir a outorga. As empresas que formaram os consórcios vencedores se utilizaram do precedente aberto pelo Edital para não terem que arcar com o valor da outorga à vista. Sendo um dos indícios fortes que consagram tal ato, o fato de ter sido assinado no mesmo dia pelo presidente da URBS, num modelo igual para todas as empresas envolvidas, onde possivelmente a seção 2.3.4.1 foi feita para o benefício das empresas que já atuavam no sistema de transporte coletivo.

Analisando o Edital quanto às exigências de comprovantes para a habilitação, observou-se que as seções 6.1.4 e 6.1.7 descrevem que:

6.1.4 Capacidade técnica operacional

a) A licitante deverá apresentar, para cada lote, atestado(s) emitido(s) em nome da empresa participante ou da empresa componente do consórcio licitante, fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado prestadora de serviço público, apto a comprovar desempenho na prestação de serviço público de transporte coletivo urbano de passageiros, com veículo do tipo ônibus, pertinente e compatível com o objeto da presente licitação, com frota operante mínima de 125 (cento e vinte e cinco) ônibus, operados por um período igual ou superior a 24 (vinte e quatro) meses.

a.1) o atestado deverá informar o local, a natureza e o quantitativo da frota operante na prestação do serviço, bem como assinalar o prazo pelo qual a licitante presta o serviço;

a.2) caso a prestação de serviço tenha sido realizada por subcontratação, o atestado fornecido pela subcontratante deverá ser previamente homologado pela concedente;

a.3) no caso de consórcio, para a comprovação da qualificação técnica exigida na alínea 'a', pelo menos uma das empresas componentes do consórcio deverá atender às exigências de quantitativos mínimos ali previstos;

a.3.1) **A não comprovação de experiência técnica na forma prevista na alínea a.3, levará à inabilitação do consórcio**; [...]

6.1.7 Em se tratando de consórcio, **salvo as exceções expressamente previstas nos dispositivos constantes do item 6 – Documentação de Habilitação –**, os documentos exigidos deverão ser apresentados por todas as empresas que o integram (grifo nosso e do autor).

Da análise desses itens do Edital percebe-se que há exigências especiais de habilitação, restringindo a competitividade e privilegiando empresas que já prestavam o serviço à URBS.

No que se refere à capacidade técnica operacional que trata a seção 6.1.4 do Edital, estabelece que “pelo menos uma das empresas componente do consórcio deverá atender às exigências de quantitativos mínimos”, isso quer dizer que se essa comprovação técnica não for preenchida por uma das empresas, poderia levar à inabilitação. Entretanto não é o que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União entende, pois se admite o somatório dos quantitativos de cada consorciado para compor a totalidade, cumprindo assim o estabelecido para essa modalidade de exigência. O acórdão proferido em 2006 é claro quanto à vedação dessa restrição:

É vedada a inclusão de cláusula restritiva ao somatório de atestados de capacidade técnica de empresas consorciadas, nos casos em que a responsabilidade pela execução dos serviços contratados possa ser distribuída entre os membros do consórcio (BRASIL, 2006).

A seção 6.1.5 do Edital prevê que é possível a apresentação da comprovação da capacidade técnico-profissional por responsável técnico da própria empresa, o que não aconteceu no presente caso, pois criou-se uma exceção para a soma dos quantitativos neste requisito. Isso ocorreu porque os atestados técnicos usados pelos consórcios vencedores foram emitidos pela própria contratante. Sendo assim, há caracterização de grandes indícios de direcionamento e privilégio no Edital licitatório.

Cabe ressaltar que as empresas consorciadas que fizeram parte do certame e venceram a licitação, têm em sua formação empresas que já prestavam serviço à URBS, e somente as três se apresentaram para a concorrência, segundo consta na sessão pública realizada na data de 25 de fevereiro de 2009.

A análise realizada no item 7 do Edital, quanto à Proposta Técnica – Envelope n. 2, denota que o favorecimento da outorga consiste no ato descrito em relação à experiência na operação do transporte coletivo, bem como na operação do trajeto nas canaletas, ainda na proposta de antecipação do prazo de início de operação. É claro e evidente que esses requisitos só seriam possíveis pelas empresas já operantes no sistema de transporte, visto que, como já atuavam no serviço, bastava a continuidade do que estava sendo feito para se implementar em concreto tal exigência editalícia.

Foram observados nos itens 7 e seguintes, que a pontuação determinada para os “critérios de somatória”, estão interligados entre as seções 7.1.1 com o 7.1.1.3 e 6.1.4, que, quando somados, já partem de uma impossibilidade de outros concorrentes cumprirem, pois são seções que presumem atos próprios daquelas empresas já atuantes no sistema de transporte.

Diante de todo o exposto foi apurada por meio da análise do Edital a existência de favorecimento e direcionamento da licitação por parte da URBS às empresas escolhidas para o serviço de transporte coletivo de Curitiba, pois essas empresas estavam prestando o serviço anteriormente. Restando, desse modo, a conclusão de que todo o procedimento de licitação foi uma busca de legitimidade da situação já existente, conforme trataremos na sequência.

Mesmo com a aplicação da Lei de Licitações, o quadro que se observa é de extremo desrespeito à norma, pois foram subjugadas tais regras em detrimento de interesses particulares das prestadoras de serviço que já estavam atuando no serviço de transporte público.

7.5 DAS REONSABILIDADES DO PODER CONCEDENTE

Como foi descrito ao longo deste estudo, o Município de Curitiba, figura como poder concedente, cabendo a ele zelar pelo cumprimento das normas. A culpa que recai ao poder público é no sentido de ter sido omissivo, quando deveria ter agido, resolvendo o conflito e a disparidade no tratamento das empresas concorrentes do certame, quando da aprovação do Edital sendo possivelmente direcionado às empresas já atuantes no serviço.

O processo licitatório, vale lembrar, é destinado a garantir a observância do Princípio Constitucional da Isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração, que será processada e julgada 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 lhes são correlatos. E conforme se mostrou na análise do Edital em comento, possivelmente foram lesados tais princípios.

O poder concedente, quando foi omissivo aos equívocos do Edital, trouxe não só prejuízo ao processo licitatório, mas também um reflexo diretamente nas tarifas praticadas pelas empresas prestadoras do serviço, pois ocorreram alterações posteriores nos contratos, que oneraram tal serviço. Sendo observadas nos aditivos contratuais, e em suas alterações quanto ao tipo de tecnologia a ser utilizada, trazendo um custo ao usuário do serviço, o que não seria correto, pois cabe a todos os envolvidos, seja usuário ou prestador do serviço, arcar com tais ônus.

Marçal Justen Filho (2014, p. 770) aponta que

as opções realizadas pelo poder concedente não serão economicamente neutras, mas afetarão diretamente os usuários e indiretamente inúmeras outras atividades. Tudo isso deverá ser ponderado pelo poder concedente, sob pena de resultados desastrosos.

Consignamos ainda que no Edital em comento há ausência de cláusula que estabeleça multas no eventual descumprimento dos projetos de melhorias, bem como a outras condições a serem implementadas pelas empresas prestadoras do serviço. Tampouco há fiscalização por parte da URBS se estas não forem cumpridas, demonstrando uma conduta desidiosa quanto a controles que são fundamentais para o correto acompanhamento do sistema, cuja obrigação é do ente concedente do serviço público.

O Ato Licitatório possivelmente encontra-se com irregularidade, bem como o Edital que o autorizou, devendo ser considerado nulo e invalidado por ofensa expressa ao art. 38 da Lei n. 8.666/1993.

Cabe responsabilizar também os dirigentes da URBS à época da licitação, e de toda a comissão nomeada para realização do certame sendo-lhe imputadas as penalidades descritas no art. 90 da Lei mencionada, por restarem suspeitas ao direcionamento e favorecimento na licitação. Quanto aos advogados da URBS, esses também devem ser responsabilizados, pois caberia a eles dar respaldo para que houvesse um processo amparado dentro dos preceitos legais.

Mesmo com a determinação descrita na Lei n. 8.987/1995 a qual determina no parágrafo único do art. 39, que “os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado”. E acrescenta Celso Antonio Bandeira de Mello (2013, p. 696) que “a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido”. Faz-se necessário que seja restabelecida a ordem e respeito aos princípios que norteiam o ato licitatório, trazendo ao usuário o menor custo e prejuízo nos serviços de transporte coletivo.

CONCLUSÃO

Preliminarmente destaca-se que, para a consecução deste estudo, foi analisado o Edital do processo licitatório para a delegação da prestação do serviço público de transporte coletivo da cidade de Curitiba, destacando-se que o objetivo deste estudo não foi o de exaurir o tema proposto.

Diante do exposto, foram encontradas algumas limitações ao escopo do estudo como: a ausência de toda documentação que instruiu o processo licitatório do Edital 005/2009, conforme preceituam as Leis n. 8.666/1993 e 8.987/1995; a impossibilidade da realização de diligências na URBS; e ausência de acesso a alguns arquivos anexos ao Edital.

Tem-se entendido amplamente, na doutrina e na legislação vigente em nosso ordenamento jurídico, que cabe ao Estado zelar e aplicar de maneira responsável sua autoridade de forma a atender as necessidades da população, procurando exercer sua função de administrador dos recursos de maneira proba.

Sendo assim, quando os princípios e normas são infringidos, deverá responder objetivamente perante seus erros ou perante a falta de fiscalizar aqueles que por ato descentralizador do poder agem em seu nome e, a despeito de sua conduta, causam dano ao usuário do sistema público de transporte, seja de forma direta ou indireta.

Frisa-se que, como bem coloca a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n. 104/XII, que versa sobre o regime jurídico das Autarquias locais aprovado pela Lei n. 75/2013, de 12 de setembro:

É consabido que a administração local é tributária e expressiva de uma efetiva vivência e maturidade democráticas, reconhecendo o governo, de forma veemente, que as autarquias locais têm constituído um veículo essencial no domínio da descentralização de políticas e do desenvolvimento econômico e social das populações, à luz dos **princípios da subsidiariedade e da correspondente intangibilidade das atribuições** (grifo nosso).

Esta subsidiariedade está para a concedente em relação à concessionária, isto é, a URBS, como concessionária do serviço público de transporte coletivo, deve ser fiscalizada pelo poder concedente, sendo esse o Município de Curitiba. Cabe a ele a efetiva atuação quando se trata de poder indelegável, que no presente caso foi o fato de não constar como delegatária do serviço de transporte coletivo, bem como ter se mantido silente quanto às irregularidades do Edital licitatório.

Concluem-se assim os objetivos específicos do presente estudo, dos quais foram abordadas as possíveis irregularidades existentes no Edital n. 005/2009 por meio da análise dos documentos disponíveis no *site* da URBS, consoante ao Edital n. 005/2009 e, além disso, identificados os pontos controversos do Edital e de seus anexos.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, F. H. **Direito econômico**. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 8 out. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 mar. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Lei n. 8.883, de 8 de junho de 1994. Altera dispositivos da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 jun. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8883.htm>. Acesso em: 7 out. 2016.

_____. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 17 abr. 2016.

_____. Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998. Altera dispositivos das Leis n. 3.890-A, de 25 de abril de 1961, n. 8.666, de 21 de junho de 1993, n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, n. 9.074, de 7 de julho de 1995, n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras – Eletrobrás e de suas subsidiárias e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 maio 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9648cons.htm>. Acesso em: 7 out. 2016.

_____. Lei n. 9.784 de 29 de janeiro 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 jan. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

_____. Lei n. 9.854, de 27 de outubro de 1999. Altera dispositivos da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, que regula o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 out. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9854.htm>. Acesso em: 7 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.597 de 24 de março de 2008. Dispõe sobre a prestação de auxílio financeiro pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no exercício de 2011, com o objetivo de fomentar as exportações do País; altera o art. 4º da Lei n. 12.409, de 25 de maio de 2011; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 mar. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 1890/2006 – Plenário** – 11 de outubro de 2006. Relator: Ubiratan Aguiar. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces;jsessionid=S2d4IGAgS0gat9BUyZJcl4bX.host1a20;juris>> Acesso em: 5 out. 2015.

CARVALHO, J. M. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

KERLING, F. N. **Metodologia da pesquisa em ciências sociais: um tratamento conceitual**. São Paulo: EDUSP, 1979.

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica**. 6. ed., 5. reim. São Paulo: Atlas, 2007.

MEIRELLES, H. L. **Licitação e contrato administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NOHARA, I. P. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2014.

PORTUGAL. **Lei n. 75 de 12 de setembro de 2013**. Estabelece o regime jurídico das autarquias locais, aprova o estatuto das entidades intermunicipais, estabelece o regime jurídico da transferência de competências do Estado para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais e aprova o regime jurídico do associativismo autárquico. A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161 da Constituição. Disponível em: <http://www.uf-lpbc.pt/downloads/43001459_ddea.pdf>. Acesso em: 24 abr. d 2016.

REGO, S. R. S. **Processo licitatório: contraditório e ampla defesa – doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Edipro, 2003.

RICHARDSON, R. J. **Pesquisa social: métodos e técnicas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

TRIVIÑOS, A. N. S. **Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualificativa em educação**. São Paulo: Atlas, 1987.

WADA, A. A. L. A fiscalização dos contratos de concessão dos serviços públicos de saneamento. **Caderno de Iniciação Científica (PAIC)**, Curitiba, v. 1, n. 16, p. 503-521, 2014/2015. Disponível em: <<http://cadernopaic.fae.edu/cadernopaic/issue/view/3>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

