



**CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO
(MODALIDADE À DISTÂNCIA)**

A Aplicação do art. 18-A da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nas Licitações
de Concessões

Universidade Gama Filho
Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Administrativo

RICARDO MARQUES ALVES PEREIRA

A Aplicação do art. 18-A da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nas Licitações
de Concessões

BRASÍLIA, DEZEMBRO DE 2008.

Universidade Gama Filho
Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Administrativo

RICARDO MARQUES ALVES PEREIRA

A Aplicação do art. 18-A da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nas Licitações de Concessões

**TCC apresentado como
requisito final à obtenção do
grau de especialista em
Direito Administrativo**

Professor Orientador: **Juliana
Sebusiani**

BRASÍLIA, DEZEMBRO DE 2008.

Universidade Gama Filho
Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Administrativo

TERMO DE APROVAÇÃO

RICARDO MARQUES ALVES PEREIRA

A Aplicação do art. 18-A da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nas Licitações
de Concessões

**TCC apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista
em Direito Administrativo, Universidade Gama Filho.**

Professor Orientador: **Prof. Msc . Juliana Sebusiani.**

Examinadores:

BRASILIA, DEZEMBRO DE 2008.

Dedico à minha esposa Rebeca pelo apoio incondicional,
pelo carinho nas horas em que mais precisei
e por todo amor que temos.

Dedico aos meus pais Ovídio e Norma
que sempre acreditaram em meus projetos.

AGRADECIMENTOS

A todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização e divulgação deste trabalho.

Meu especial agradecimento ao amigo Marcus Abreu de Magalhães pela presença fundamental em diversas situações acadêmicas profissionais e pessoais. Aos amigos Daniel Sampaio, Gaudio Ribeiro e Rafaelo Abritta que muito colaboraram para o trabalho.

Aos amigos de trabalho, em especial à Cátia Brandão, Humberto Cunha, Priscila Rabelo, Pedro Weber, Alessandro da Silva, Erli de Oliveira, Claudio Ortis e Alberto Rodrigues que ajudaram nos trabalhos e na compreensão do significado de muitos dos conceitos e das teorias que norteiam as concessões, os leilões de concessões e o papel da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

"A mim me parece que mais vale simpatizar com o futuro, sondá-lo e dirigi-lo, do que deixá-lo fazer-se à nossa revelia, para aceitá-lo imposto, capitulando".

Ruy Barbosa

RESUMO

A presente monografia aborda, em linhas gerais, a questão da aplicação da inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento nos processos licitatórios de concessão de serviços públicos, art. 18-A da Lei de Concessões, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Procurando demonstrar a viabilidade e utilidade do mecanismo de inversão de fases com apoio no campo teórico e na prática. Como o tema é novo na literatura jurídica, pois foi introduzido em novembro de 2005 pela Lei nº 11.196, fez-se necessário analisar o mecanismo por etapas e com o auxílio de outras Leis e dos comentários sobre estas. Este trabalho retrata ainda o exemplo da ANEEL, mostrando a aplicação da inversão da ordem das fases na prática de licitações de concessões de serviços públicos. O tema é de uma riqueza incrível por abordar aspectos distintos e pelo seu emprego na Administração Pública, a qual precisa continuamente aperfeiçoar os seus processos e com isso responder aos anseios e necessidades sociais, promovendo o melhor para o interesse público.

SUMÁRIO

RESUMO	viii
INTRODUÇÃO	3
I. Serviço Público	5
1.1 Histórico do Serviço Público	6
1.2 Definição	9
1.3 Classificações Utilizadas	11
1.4 Conclusão Sintética sobre Serviço Público	12
II. O Brasil, a Reforma do Estado e o Serviço Público	13
2.1 Antecedentes	13
2.2 A Reforma o caminho para o Estado Mínimo	14
2.3 As Privatizações e os Serviços Públicos	17
2.4 As Agências Reguladoras e os Serviços Públicos	19
2.4.1 A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL	21
III. A Concessão do Serviço Público	27
3.1 Diferenças entre Concessão Permissão e Autorização	28
3.2 A Legislação das Concessões	30
3.3 O Processo Licitatório das Concessões	35
IV. A Inovação na Lei de Concessões (art. 18-A)	37
4.1 A posição da Doutrina	38
V. Estudo de Caso: A ANEEL	42
5.1 As Licitações com Inversão de Fases	42
5.2 Os Resultados nos Leilões	46
5.2.1 Os Leilões de Geração	46
5.2.2 Os Leilões de Transmissão	47
VI. A Inversão de Fase e a Promoção dos Princípios de Direito	50
6.1 Princípio da Legalidade	51

6.2 Princípio da Impessoalidade	52
6.3 Princípios da Licitação	54
6.4 O Interesse Público	56
VII. Conclusões	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende apresentar a inovação do art. 18-A da Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, no âmbito dos Leilões de Concessão de Serviços Públicos do Setor Elétrico.

A prestação de serviço público pelo Estado Brasileiro é mais que uma necessidade dos dias atuais, trata-se de um imperativo, o qual não deixa ao Estado outra alternativa que não seja a satisfação dos anseios da sociedade e da economia.

Para tanto, há muito o Estado percebeu que esta missão, de prestar um serviço público, enseja um esforço hercúleo e tendente a estar sempre atrasado nas suas respostas.

Diante deste problema o Estado se viu obrigado a repassar parcela das tarefas que lhe cabiam e, também, a entender que nem todos os desejos da sociedade deveriam ser atendidos diretamente pelo Estado.

A concessão de serviço público foi uma das soluções encontradas, mas com o passar do tempo e com a crescente necessidade de mais e melhores serviços a serem prestados, outras soluções se tornaram imprescindíveis, até mesmo para dar celeridade e volume nos processos de atendimento à população.

Especificamente, a criação de leis que regulem a Concessão Pública e os processos de transferência dos serviços do Estado para a iniciativa privada também merecem aperfeiçoamentos e a adoção de inovações para a sua efetividade; ou seja alcançar o objetivo final de prestação as necessidades de toda a sociedade.

A Lei nº 8987/95, principal diploma sobre concessão no país, originariamente previa a adoção de licitação na modalidade que fosse mais adequada ao objeto a ser licitado, com regras gerais, e aplicação da Lei nº 8666/93, Lei de Licitações, para as condições e procedimentos de todo o resto.

Nas regras estabelecidas pelas duas Leis – Concessão e Licitação, o Estado ao licitar uma concessão, primeiramente verificava se todos os interessados em participar do certame estavam em condições de se qualificar para apresentarem propostas econômicas para o objeto da licitação.

Neste caso, o processo tinha um rito que em primeiro lugar se preocupava com o sujeito e sua qualificação e, somente, numa fase posterior com o aspecto econômico, especialmente, no que reflete o preço a ser cobrado pelo serviço prestado.

Há algum tempo, percebeu-se que a dinâmica procedimental focava em um centro que não respondia ao real interesse do processo e da sua conseqüência, um bom serviço a preço justo. Para corrigir este equivoco buscou-se prestigiar a questão econômica, em vantagem para o usuário do serviço, o qual foca na proposta e depois verifica-se a habilitação do vencedor: a este procedimento denominou-se inversão de fase.

A mudança do procedimento foi introduzida pelo art. 18-A na velha Lei de Concessões, assim a Concessão de Serviço Público ganhou mais uma ferramenta na busca pelo aperfeiçoamento do processo e, conseqüentemente, num Estado que atende melhor o seu cidadão.

O trabalho pretende analisar esta passagem de um modelo para o outro, observando diversos aspectos legais e apresentado o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a qual adotou o modelo de inversão de fases nos seus Leilões de Concessão de Serviço Público.

1. SERVIÇO PÚBLICO

O Estado classicamente detém um poder único, divisível na sua atuação, Executiva, Legislativa ou Judiciária. A manifestação dessas tarefas é também viabilizada com a disposição de serviços públicos, ou seja, cada atividade ao se externar, de alguma forma gera um serviço a ser utilizado pela população.

A edição de leis que beneficiam a população, a execução do programa ou a fiscalização do cumprimento da norma e por fim a solução de controvérsias judiciais, tanto no quesito de entendimento que se dá a lei, quanto na imposição de penalidade pelo descumprimento ou agressão ao executado pela administração.

No nosso caso, avaliamos a atividade executiva do Estado, a sua tarefa de implementar as ações determinadas na norma, expedida pelo Legislador. No sentido amplo, significa ainda, a prestação do serviço público que não é abraçado pela atividade legislativa e tampouco a judiciária.

O Serviço Público é uma das atividades inerentes ao Estado, que modernamente se expandiu verticalmente e horizontalmente, isto é, cuida de suprir necessidades da população, em maior número e com diversas outras atividades – crescimento horizontal, e na exigência de uma qualidade maior – crescimento vertical.

O Governo presta o serviço público por meio da sua atividade executiva de administrar o Estado: população, território e com o exercício de soberania sobre estes dois elementos.

Portanto, num primeiro círculo, o serviço público deve ser entendido em sentido lato como qualquer das atividades Estatais com força do seu Poder uno e indivisível; no sentido estrito, como atividade administrativa que disponibiliza a população, num dado território uma gama de serviços imprescindíveis a sua segurança e evolução, em pleno exercício da sua soberania.

1.1. HISTÓRICO

No início o homem com seus agrupamentos, numa fase muito anterior a existência do Estado, não tinha organizado suas demandas, muito além da luta pela comida e espaço territorial, com a premência de resistir cotidianamente. Depois, em tribos organizadas, algumas funções surgiram como de proteção, plantio, habitação, manutenção da prole e continuidade da tribo.

Com o advento das primeiras sociedades organizadas e dos Impérios, como forma de Estado, impôs-se uma estrutura mais diversificada e complexa, como lembrança o Império Romano. Em seu apogeu com diversas cidades, contava não só com um sistema de defesa e exército aprimorado, passou a prestar diversos serviços, com a construção de estradas, aquedutos, correio, coleta de impostos e, também, diversão e cultura.

A expansão romana levou a noção de direito, num modelo avançado para a época, em todos os territórios ocupados e com isso o serviço público reunia uma condição de serviço prestado à população. Podemos perceber uma nítida idéia de Estado presente na sociedade, levando utilidades e não apenas cobrando obrigações dos seus concidadãos.

Durante a Idade Média, como serviço público, por assim dizer, não havia nada além da proteção do território e conquista de novo território, seu modo de produção pouco eficiente e de pouco intercâmbio comercial, nada valeu para o progresso do serviço público. Uma Europa dividida em feudos, mergulhada numa torrente religiosa, preocupada com a manutenção das classes nobiliárquicas e a clerezia, nada restou a população como serviço público. Não conseguimos anotar nenhum destaque para o avanço do serviço público, inclusive no sentido de legislação ou do estudo do direito.

O surgimento do Estado Nacional, com a união dos diversos feudos em torno de um Estado Central, representa um marco na história e no serviço público. Apesar da força do soberano e de concentração dos serviços para atender suas vontades, fez-se necessário a implantação de inúmeras atividades organizadas e controladas pelo Estado ou, em alguns casos, prestadas diretamente por este novo modelo de Estado.

As cidades sofreram uma expansão e receberam uma massa de camponeses que vieram em busca de sustento e trabalho: uma vida melhor. Sem definições do direito, sem estudos aprofundados ou reflexões sobre o papel do Estado como prestador dos serviços, estes se tornaram imprescindíveis.

A segurança não se restringia apenas na guarda do território contra o inimigo estrangeiro, havia a necessidade de organização de uma polícia para a segurança do cidadão e da manutenção do *status quo* do sistema.

Os Príncipes deviam obediência a uma Constituição, deviam manter um sistema jurídico, editar leis e, também, executar atividades administrativas. A construção e manutenção de estradas, portos, cidades – com toda a sua infraestrutura mínima, relações diplomáticas, controle da economia e dos serviços prestados por terceiros.

Obviamente, não igualamos a situação do surgimento dos Estados modernos, com a atual situação. O que se deve entender é a evolução da sociedade e do papel do Estado, principalmente, no que tange à prestação de serviço público, base introdutória ao tema do trabalho.

Na esfera jurídica, as Constituições desta época prendiam-se muito mais nas questões de soberania do Estado e no controle dos atos dos soberanos, limitando sua vontade a controles objetivos e subjetivos, do que em suprir necessidades do povo. Objetivos por regularem fórmulas pré-definidas de expedição de normas e tributação; e subjetivos por serem vigiados por uma assembléia, seja qual for a sua composição – nobres ou plebeus.

Singular e exemplificativo o caso francês, que de uma monarquia absolutista, com o máximo exemplar do Rei Luis XIV, O rei Sol, que disse a famosa frase, “O Estado sou Eu”; com uma revolução que ao final entronizou um outro soberano, Napoleão.

O Estado na França percorreu o caminho assinalado, de uma posição absoluta da vontade do Rei até a participação popular. Para a seara administrativa, interessa a condução do Estado a uma situação de prestador de serviço público. O ideário liberal de liberdade, igualdade e fraternidade, ressoou no Direito em duas vertentes, a primeira na não intromissão do Estado nos negócios particulares, o liberalismo; a segunda, numa visão de maior assistência ao povo, populismo.

Os Estados continuaram a se fortalecer e logo conseguiram as condições para a expansão marítima, em que apareceu uma nova formação dividindo o Estado, em metrópole e colônia. As cidades sofreram um novo ciclo de expansão e com isto a prestação dos serviços para a metrópole aumentou, subsidiada com os ganhos econômicos advindos das colônias.

A alteração desta situação adveio com a independência das colônias e com uma nova visão das forças econômicas mundiais, passaram a ter força os produtores industrializados e não mais os mercantilistas. A esta conformação, com avanço industrial, houve uma provocação do Estado foi provocado pelos operários, forçando-o a intervir nesta relação trabalhista. Para o serviço público, papel do Estado, não restou alternativa outra do que aumentar a sua participação.

Concomitante, ao cenário acima ou como preferem alguns, como resposta, surge a política ideológica comunista, com um novo padrão de relações de forças entre Estado, trabalhador e detentores do capital. No novo modelo econômico apresentado tudo pertence ao Estado, que administrando os bens e serviços conseguiria ser justo e eficiente.

Desta forma, com o controle do Estado de todo serviço público a sua noção de obrigação estatal atingiria a plenitude. O Estado proviria tudo, das antigas relações de emprego até o serviço público estrito senso.

Em reação ao modelo comunista, principalmente na Europa, duas soluções se apresentaram: o modelo nacional socialista, seguido por alemães, italianos, espanhóis e portugueses, ou os estados assistencialistas. Como se sabe, prevaleceu o segundo modelo e ao final da segunda guerra, intensificou ainda mais a participação do Estado na prestação de serviços públicos.

Após as crises do petróleo, 1973 e 1979, com o advento de novos pensadores liberais, reviu-se a participação do Estado como o grande prestador de serviços públicos; num movimento pendular em sentido contrário, de assistencial para liberal. Ou seja, de participação de todo o Estado em tudo na sociedade para uma participação discreta.

O crescimento do serviço público nesta fase é espetacular, principalmente sobre o aspecto quantitativo. O Estado passou a prover todas as necessidades da

população, pelo menos assim se pensou. O seu papel de suprir as vontades e oferecer serviços ao povo passou do básico para o geral e ilimitado.

Da Educação, segurança, saúde, infra-estrutura básica (saneamento, estradas, energia, portos, aeroportos etc.) passou a atender qualquer serviço ou mesmo a produzir o que não seria prioridade para o Estado. Uma disseminação de serviços diversos que mostrou-se ineficiente.

Tal situação gerou o movimento inverso, pedindo uma atuação estatal muito menor e repassando grande parte dos serviços públicos para a iniciativa privada e deixando ao Estado um papel de fiscalização e regulação desses serviços.

O serviço público atualmente, com a crise que atravessamos em 2008, mostra que a ausência do Estado como prestador de serviço público pode ser novamente revista, já se sabe que a fiscalização e regulação foram insuficientes ou inexistentes, com uma parcela enorme de culpa do Estado.

Vozes começam a exigir uma prestação de serviço do Estado, com certeza numa atuação fiscal e regulatória melhor e mais presente. E, em outra frente, na insatisfação do que o capital privado não conseguiu satisfazer ou exorbitou nos preços praticados, inviabilizando a fruição do serviço público.

1.2. DEFINIÇÃO

Surgem, no decorrer da evolução do Estado definições conforme a época, o modelo de Estado, a consciência política e o grau de organização da sociedade. O Direito reflete o estágio em que se encontra o Estado e a Sociedade, inclusive na criação dos institutos jurídicos e seu respectivo conteúdo.

Corroborando o nosso entendimento, mas com uma clareza maior e didatismo impar, apresentamos o pensamento da professora Dinorá Grotti (2003 apud MELLO, 2007, P 650)¹:

[...] 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

¹ GROTTI, Dinorá. O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 87.

política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em dado momento histórico.

A França sempre apontou como um farol para o Direito Administrativo Brasileiro, tanto que diversas figuras jurídicas tiveram origem no exemplo francês. Como também tivemos grandes estudiosos e mestres brasileiros que estudaram o Direito Francês e, depois, moldaram o pensamento nacional brasileiro.

Vale lembrar o eminente mestre Léon Duguit, que entendia o serviço público como a administração pública em si mesma, o Estado era o serviço aos administrados. O Direito Administrativo era o Direito dos Serviços Públicos, ensinava Jean Rivero (1962 apud MELLO, 2007, P.651)²: “A Escola do serviço público acreditava poder explicar todas as particularidades do Direito Administrativo pelas necessidades do serviço público.”

No Brasil, podemos apontar em primeiro lugar a definição do Prof. Hely Lopes Meirelles³: “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.”

Tal definição não se mostra a mais adequada aos problemas do serviço público na atualidade.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello⁴ 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 de interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Já a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵, ilustre mestra da Velha Academia do Largo São Francisco, define “serviço público como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de

² RIVERO, Jean. Droit Administratif, 2 ed. Paris: Dalloz, 1962.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 33a Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 330.

⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 650.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 21 Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.94.

seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas sob um regime jurídico total ou parcialmente público.”

Como já citamos, a estudiosa Dinorá Grotti, em sua obra, perfilava a idéia de diferenças de conceitos entre países e épocas, não é diferente, no Brasil atual, os Doutrinadores pátrios também apresentam conceitos próprios, todos pertinentes e com abordagens interessantes.

1.3. CLASSIFICAÇÕES UTILIZADAS

No estudo das concessões algumas classificações são utilizadas, com base na obra de Hely Lopes Meirelles⁶, apontamos como relevantes as seguintes:

1) serviços gerais ou *uti universi* e serviços individuais ou *uti singuli*; o primeiro é prestado a coletividade, os serviços indivisíveis, com difícil mensuração sobre o uso por cada cidadão, como exemplo os serviços de iluminação pública; o segundo é prestado ao indivíduo, conseguindo individualizar a utilização tanto para cobrança de tarifas, como para exigir o cumprimento de demais obrigações do concessionário para aquele determinado indivíduo, exemplo fornecimento de energia elétrica residencial.

2) serviços públicos próprios e impróprios; diferenciando o primeiro do segundo quanto ao engajamento do Estado na sua prestação assumindo como dever de prestação da Administração Pública e o segundo caso não são assumidos pelo Estado, há apenas controle do Estado.

3) Quanto ao objeto temos: a) serviços públicos administrativos – visa atender à própria atividade da administração ou serviços auxiliares da atividade final da administração; b) serviços públicos industriais ou comerciais – são os serviços que se revestem de um caráter econômico e coletivo, podendo ser prestado pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, típico caso das empresa de energia elétrica; e c) serviço público social – serviços de atuação essencial do estado, convivendo com a participação das empresa privadas, como escolas, serviço médico e previdência.

⁶ MEIRELLES, op. cit.

4) Serviços públicos ou de relevância pública e contrapartida dos serviços de utilidade pública – diferenciam-se pela essencialidade da sua disponibilidade para a sociedade, os primeiros são de sobrevivência do Estado soberano e da população, como a defesa das fronteiras, a polícia civil e militar e a saúde pública (não se confunde com a oferta concorrente com a iniciativa privada, de opção individual); no outro lado o Estado oferece comodidades a sociedade, assim não se trata de serviço essencial, mas de mera comodidade.

1.4. CONCLUSÃO SINTÉTICA SOBRE SERVIÇO PÚBLICO

Podemos constatar num primeiro momento, de certa obviedade, que apresentam todos os nossos renomados pensadores alguns traços comuns sobre os estudos do que é serviço público, os quais sejam: i) o Estado como prestador de serviço, ii) a necessidade da prestação do serviço, iii) a população como alvo do serviço, iv) normas reguladoras da atividade estatal e da sua possibilidade de exercício.

Assim, com a percepção de que esses elementos são os traços pertinentes para qualquer estudo sobre o serviço público, tomaremos-los como base.

2. O BRASIL, A REFORMA DO ESTADO E O SERVIÇO PÚBLICO

2.1. ANTECEDENTES

No caso brasileiro é de destaque as reformas recentes pelo qual o país passou nas últimas décadas, especialmente a redefinição da atuação do Governo. A situação refletiu uma mudança no serviço público e nas relações do Estado com a sociedade.

A situação do serviço público foi afetada diretamente pelas políticas inadvertidas de expansão ilimitada do Estado. Ao Estado tudo foi permitido como desculpa de atender a sociedade e, por fim, ao cidadão. As autoridades ou governantes fizeram a opção pela intromissão em todos os setores da economia, levando o Estado a assumir prejuízos e financiar o lucro do capital privado.

Não tivemos no Brasil uma correlação proporcional entre sua gana intervencionista e a satisfação da população atendida. Por inúmeros motivos, como a vontade de criar estatais para infinitas atividades, o crescente número de empregos nas referidas estatais, o desperdício de dinheiro e a propaganda enganosa de que estávamos no paraíso.

As estatais foram povoadas de incompetentes administradores, salários inchados, benefícios irrisórios para a população é uma falta de visão estratégica sobre os nossos problemas num contexto mundial, levou a uma crise nos serviços.

Não seria justo creditar a crise só a estes fatores internos, mesmo que o planejamento falho e a cegueira ufanista do Brasil Grande tenham contribuído enormemente. A crise do petróleo, as incertezas da economia mundial e as políticas liberalizantes que tomaram conta da Europa e dos Estados Unidos foram decisivas para a sorte do País.

Dentro deste quadro, diversas previsões catastróficas surgiram, como ilustração, apresentamos um trecho da obra do Prof. Massimo Severo Giannini (1986 apud CARVALHO, 2008).⁷

⁷ GIANNINI, Massimo Severo. Il público potere: stati e amministrazioni pubbliche..1986. p.20.

Nisso consiste a “crise do Estado”, sobre a qual tantos politólogos falam tão mal, quase como que se defrontasse o final da figura “Estado” ou um superamento da realidade Estado com a chegada (advento) de realidades diversas. É evidente que sobre esta temática os futurólogos encontram abundantes temas. Mas é igualmente evidente que mesmo admitindo que se constituirão em organizações superestatais mais compactas e mais resistentes, é dificilmente provável que os Estados possam desaparecer, pois que os acúmulos de história fizeram deles entidades exponenciais de coletividade individual. É inútil dizer que essa perspectiva não é parcial: poderá acontecer que os Estados de nacionalidade homogênea se fundam, assim como, inversamente, que nacionalidades hoje agregadas a outros em um único Estado se separem: o que há relevância, de um ponto de vista jurídico é que a eliminação total dos Estados, ao menos por um longo período, é improvável.

2.2. A REFORMA: O CAMINHO PARA O ESTADO MÍNIMO

A Constituição Federal de 1988 aumentou os serviços e o papel do Estado, recebendo críticas dos pensadores liberais no seu nascedouro e até hoje, erroneamente, atacada como entrave ao desenvolvimento nacional. Aponta o Historiador Boris Fausto⁸:

O monopólio outorgado ao estado nos setores de petróleo, telecomunicações, energia elétrica, portos e transporte rodoviário logo revelou-se um obstáculo ao fornecimento de bens e serviços e uma carga que um Estado em crise não poderia suportar. As várias emendas constitucionais, aprovadas ao longo de poucos anos, são uma clara demonstração disso.

Creditamos ao governo Collor de Mello, que criou o Programa Nacional de Desestatização, Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, o primeiro passo real em

⁸ FAUSTO, Boris. História Concisa do Brasil. 2ª Ed. São Paulo: EDUSP, 2006, p. 289.

direção a uma redefinição do Estado, com a diminuição da sua participação na atividade econômica da vida nacional e, também, com prestador de serviço público.

É consequência da política do ex-Presidente Collor, o Decreto nº 99.179/1990, que tratava do Programa Federal de Desregulamentação. Trazia em seu bojo doutrinário a adoção de regras de mercado, que se compatibilizassem com o respeito ao consumidor, Estado fiscalizador que teria uma descentralização das tarefas administrativas e buscasse a implantação de regras gerais de regulamentação.

Porém, coube ao Governo do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso a tarefa de introduzir na sociedade brasileira, com a alteração da Constituição Federal e a normatização das regras necessárias para a alteração do regime jurídico administrativo que possibilitassem as privatizações e, com isso, a destinação da execução do serviço público pela iniciativa privada.

A estratégia para a alteração do estado, chamada Reforma do Aparelho do Estado, segundo o preconizado pela administração Fernando Henrique, deveria se basear em três dimensões: i) institucional-legal, reforma do sistema jurídico e das relações de propriedade; ii) cultural, na mudança da do modelo de cultura burocrática para uma cultura gerencial do Estado; e iii) “aborda a gestão pública a partir do aperfeiçoamento da administração burocrática vigente e da introdução da administração gerencial, incluindo os aspectos de modernização da estrutura organizacional e dos métodos de gestão.”⁹

O Plano da Reforma do Aparelho do Estado previa uma série articulada de ações nas três dimensões escolhidas pelo Governo como estratégicas, norteando os rumos pretendidos para a recriação de um Estado menos burocrático e eficiente. Estas medidas deveriam tornar os serviços públicos eficientes e menos onerosos aos cofres públicos e, em última análise, ao cidadão que paga impostos.

Na dimensão institucional legal dividia em várias frentes, por questões de método, pois havia uma dependência intrínseca destas frentes, a mais importante pautada nas Emendas Constitucionais, citadas como Emenda da Previdência e

⁹ CARDOSO, Fernando Henrique. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, Documentos da Presidência da República, 1995.

Emendas da Reforma Administrativa (EC n^{os} 8, 9, 13, 18 e 19 de 1998, dentre outras).

A influência de uma recriação do Estado passa por diversos autores. No Governo Brasileiro merece destaque primordial o trabalho dos autores norte americanos Osborne e Gaebler¹⁰, com a sua obra Reinventando o Governo. Tão boa foi a acolhida, que no Brasil houve uma edição patrocinada pela ENAP- Fundação Escola Nacional da Administração Pública, em parceria com a Editora MH Comunicação.

O Presidente da Fundação ENAP Roberto Dória apresenta a obra dos americanos, descrevendo a importância desta para a reflexão sobre o tema:

[...] a questão, embutida nas linhas gerais da obra, não é mais se precisamos de muito ou pouco governo. Mas deve ser analisada sob o prisma da redefinição que tipo de governo, para atender a que necessidades, em que áreas deve atuar, para quem deve ser dirigido prioritariamente e de que maneira. ¹¹

Em boa síntese, sobre a Reforma do Aparelho do Estado no Brasil, e a sua inspiração, transcrevemos do livro da Professora Raquel Melo Urbano de Carvalho¹²:

A reforma administrativa em curso no Brasil sem aprofundar nas dificuldades já enfrentadas por outros países limitou-se a costurar, em uma mesma colcha de retalhos, o contrato de gestão francês, as agências norte-americanas; o modelo de parceria entre a Sociedade e o Estado da Inglaterra e a lei de responsabilidade neozelandesa. Para tanto, buscou-se a) em Michel Crozier a defesa da privatização e da simplificação de procedimentos, b) em Osborne e Gaebler o entendimento de que é preciso separar decisões políticas (ação de navegar) da prestação de serviços (ação de remar), devendo as políticas públicas ser exercidas por agências com busca no mercado

¹⁰ OSBORNE, David, e GAEBLER, Ted. Trad. De Sérgio Bath e Ewandro Magalhães Júnior. Reinventando o Governo. Brasília: MH Comunicações, 1994.

¹¹ Ibidem.

¹² CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. 1ª Ed. Salvador: Jus Podium, 2008, p.808.

por serviços mais eficientes;c) em Massimo Severo Giannini o entendimento de que, no Estado Pluriclasse, há perda de atribuições de Administração do Estado com ação pública no âmbito do direito privado; e d) em Habermas, a idéia de um Terceiro Setor como estrutura intermediária de mediação entre o setor privado e o sistema político.

2.3 AS PRIVATIZAÇÕES E OS SERVIÇOS PÚBLICOS

O programa de privatizações se intensifica com O Governo Fernando Henrique. Várias empresas controladas pelo Governo são vendidas, em diversos setores há um esvaziamento da atuação do Estado, como por exemplo, nos setores de telecomunicações e energia.

Numa visão da situação pelo olhar distante da OCDE, temos:

Como nas economias desenvolvidas, isso forçava o Brasil a mudar sua abordagem política para amplos setores de infra-estrutura. Isso gerou um novo conjunto de desafios políticos e técnicos para serem atendidos, como parte do modelo governamental do país. No entanto, essas mudanças não alteraram a natureza pública dos serviços pelos quais os estados são responsáveis, conforme estipulado pelo artigo 175 da Constituição. O Estado converteu-se de agente provedor de bens e serviços, para provedor de uma estrutura estratégica, mantendo, sobretudo, as funções de regulação e supervisão, em conformidade com o Artigo 174 da Constituição.¹³

Tumultuado processo de privatização, que num país como o Brasil de inúmeras esferas administrativas, sofreu tentativas de burla aos procedimentos licitatórios para a concessão dos serviços públicos, em alguns casos, o Judiciário

¹³ OCDE, Relatório da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. “OCDE – Relatório sobre a Reforma Regulatória”, 2005, p.19, Disponível em http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/noticias/080604_relatorio.pdf>. Acesso em: 28 de novembro de 2008.

conseguiu retomar o espírito público. Vale ressaltar que a finalidade do procedimento é a satisfação do interesse público, senão vejamos:

A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso - o melhor negócio - e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. [...] Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. **A conversão automática de permissões municipais em permissões intermunicipais afronta a igualdade - artigo 5º -, bem assim o preceito veiculado pelo artigo 175 da Constituição do Brasil. [...]**¹⁴

Internamente os doutrinadores se debruçaram sobre as implicações das privatizações no que concerne a prestação do serviço público. Pois, agora, não só devemos prestar atenção no que o Governo faz no gerenciamento da coisa pública, como na transferência desta coisa pública para o capital privado.

O Professor Marcos Juruena frisa

[...] só podem ser atribuídas a particulares funções que não exijam o emprego de autoridade, as quais só podem ser desempenhadas por órgãos da administração direta ou, se não exigida hierarquia, por

¹⁴ ADI 2.716, STF, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-11-07, *DJE* de 7-3-08

autarquias, dotadas de personalidade jurídica de direito público [...]”¹⁵.

Celso Antonio Bandeira de Mello é um feroz crítico da política adotada na Reforma do Aparelho do Estado, tanto pelo lado da comprovação da eficiência da prestação do serviço público, agora de responsabilidade da iniciativa privada, quanto pela condução dos processos de privatizações.¹⁶

As críticas da doutrina estão espalhadas em diversas obras e inúmeros artigos foram produzidos, basta checar na internet, mas a partir da Reforma do Estado e das Privatizações o modelo de concessões de serviços públicos sofreu um processo de revitalização. Não podemos afirmar qual será o resultado daqui algumas décadas, mas estamos certos de que um novo estágio foi inaugurado e sobre ele nos debruçamos para entender o Estado e o serviço público em suas diversas facetas, inclusive quanto à concessão e a quem se deve atribuir a fiscalização do serviço prestado.

2.4 AS AGÊNCIAS REGULADORAS E OS SERVIÇOS PÚBLICOS

A proposta do Governo ao privatizar os serviços públicos fez se acompanhar do surgimento das Agências Reguladoras, entes com autonomia financeira, administrativa e com poderes de regulação e fiscalização ampliados. Além disso, apresentavam um novo adjetivo à fórmula do já desgastado Decreto- lei 200/67, da Autarquia, o qualificativo dava-se com o acréscimo do Termo “Especial”, Autarquia Especial ou Autarquia em Regime Especial.

A Reforma do Estado previa dentre outros, a privatização de bens e serviços, como o repasse daquele momento em diante dos direitos de exploração de serviços, precedidos de obra pública ou não, para a iniciativa privada. Autorizado pela Constituição e levado aos níveis inferiores – leis, decretos, portarias e resoluções - restava assegurar que tal repasse seria responsável e com garantias para o estado e a sociedade.

¹⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório: 2ª. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p.278.

¹⁶ Cf. MELLO, 2007, nota de rodapé 31 p. 50 e nota de rodapé 1 p. 763.

As Agências Reguladoras seriam responsáveis pela fiscalização de cada setor que fosse transferido para o capital privado, de forma que uma retirada da atuação estatal naquele segmento deveria ser procedido por uma Agência que controlaria o segmento em suas diversas facetas. No setor de telecomunicações pela ANATEL, no setor de petróleo pela ANP, no setor de Energia pela ANEEL e assim por diante.

Cabe esclarecer, que nem todas as Agências criadas tiveram a supressão da atuação estatal, em alguns casos, optou-se pelo modelo por uma medida de modismo ou a atuação estatal já estava diminuta, precisando apenas de maior fiscalização e atuação do poder de polícia, como por exemplo a ANS.

A Jurisprudência do STF já confirmou que é possível a Agência regular e fiscalizar a prestação de serviços públicos. Vejamos:

Artigos 42 e 43 da Lei Complementar n. 94/02, do Estado do Paraná. Delegação da prestação de serviços públicos. Concessão de serviço público. Regulação e fiscalização por agência de 'serviços públicos delegados de infra-estrutura'. Manutenção de 'outorgas vencidas e/ou com caráter precário' ou que estiverem em vigor por prazo indeterminado. Violação do disposto nos artigos 37, inciso XXI; e 175, *caput* e parágrafo único, incisos I e IV, da Constituição do Brasil. **O artigo 42 da lei Complementar estadual afirma a continuidade das delegações de prestação de serviços públicos praticadas ao tempo da instituição da agência, bem assim sua competência para regulá-las e fiscalizá-las. Preservação da continuidade da prestação dos serviços públicos. Hipótese de não violação de preceitos constitucionais.** O artigo 43, acrescentado à LC 94 pela LC 95, autoriza a manutenção, até 2008, de 'outorgas vencidas, com caráter precário' ou que estiverem em vigor com prazo indeterminado. Permite, ainda que essa prestação se dê em condições irregulares, a manutenção do vínculo estabelecido entre as empresas que atualmente a ela prestam serviços públicos e a Administração estadual. Aponta como fundamento das prorrogações o § 2º do artigo 42 da Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Sucede que a reprodução do texto da lei federal, mesmo que

fiel, não afasta a afronta à Constituição do Brasil. O texto do artigo 43 da LC 94 colide com o preceito veiculado pelo artigo 175, *caput*, da CB/88 — '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'. Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito.¹⁷

2.4.1 A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL

A Agência Nacional de Energia Elétrica foi criada no primeiro momento da Reforma do Aparelho do Estado, juntamente com a ANP e ANATEL. Cujo objetivo do Governo era imediatamente impulsionar o projeto de privatização e de saída do Estado destes setores.

Segundo Osborne e Gaebler¹⁸ é necessária a regulamentação governamental, pois “todos os mercados legais são estruturados com regras estabelecidas pelos governos, Só o mercado negro está livre de regulamentação governamental [...]”. No Brasil, parcela desta regulamentação é papel das Agências Reguladoras.

Antes de perpetrar o caminho histórico da criação da Agência, temos a obrigação de mostrar a filosofia que norteia o papel institucional da Agência, a sua base de racionalização e função no escopo geral de atuação Governamental. O Relatório OCDE¹⁹, com base no Plano Plurianual do Governo 2004-2007, mostra claramente o que é o desempenho esperado da Agência:

A missão e estratégia da ANEEL são definidas no contexto mais amplo do Plano Plurianual de Governo 2004-2007 (PPA), que define as diretrizes de implantação das políticas setoriais. Os objetivos estratégicos para o setor de energia são:

¹⁷ ADI 3.521, STF, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 28-9-06, DJ de 16-3-07 (grifos nossos)

¹⁸ OSBORNE e GAEBLERT, op. cit. p. 309.

¹⁹ OCDE, op. cit. p. 262.

- assegurar a expansão do sistema nacional de energia por meio do processo de planejamento coordenado pelo MME, adaptado à orientação do governo e à realidade atual, de modo a sanar as necessidades de energia do Brasil e as expectativas a curto, médio e longo prazo, estimulando a diversificação de fontes de energia, o equilíbrio financeiro/econômico, a justiça social e a sustentabilidade ambiental.
- garantir um equilíbrio entre a oferta e a demanda com a qualidade, continuidade e segurança necessárias em todo o território brasileiro, com preços que atraiam e remunerem o investimento necessário para a expansão, em condições justas.

Iniciado em 1995 com término em 1996 o processo de discussão e implantação da ANEEL teve um caminho relativamente curto, comparado com outros projetos e os padrões nacionais de aprovação de projetos de Leis importantes, os quais tramitam por mais de década no Congresso, podemos até arriscar dizer que foi rápido. A urgência na sua criação e a necessidade do novo modelo do Estado, somados, ainda, ao respaldo do Governo no Congresso estas condições propiciaram a rapidez exibida na marcha da concepção da Agência.

No setor elétrico houve um projeto nominado RESEB – Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro²⁰, obra essencial para compreender todo o caminho percorrido para a criação da Agência. O RESEB em linhas gerais aconselhava o que já se percebia no Governo e pelos agentes do setor, ou seja i) a necessidade de um marco regulatório, ii) uma agência independente, e iii) abertura do mercado de energia.

Após contribuições e da participação da consultoria contratada para a execução do projeto RESEB, o Governo enviou o projeto de Lei nº 1.669/96 que criava a Agência de Energia.

Em intenso debate na Câmara, com a indicação do relator Dep. José Carlos Aleluia (PFL/BA), o projeto tramitou dentro das expectativas do Governo, isto é, sem sobressaltos ou empecilhos da oposição, a qual não teve forças para se fazer ouvir.

²⁰ NUNES, Edson Oliveira. et al. Agências Reguladoras e Reforma do Estado no Brasil: Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

No Senado, com a relatoria do Senador José Fogaça (PMDB- RS), o projeto transcorreu conforme a estratégia do Governo, sem aprovação de nenhuma emenda, o que evitaria o seu retorno a Câmara, o que foi duramente criticada pela oposição, sem nenhum sucesso. No dia 06 de dezembro de 1996 a Mesa Diretora do Senado encaminhou para Casa Civil o texto aprovado. Em 26 de dezembro o Presidente da República sancionou a Lei nº 9.427 de 1996, criando a Agência Nacional de Energia Elétrica.

A Lei apresentava como pontos principais a diretoria colegiada, indicada pelo Presidente da república e sabatinada pelo Senado, com mandato fixo e com restrições quanto à destituição do cargo. Com objetivo de regular, fiscalizar, mediar conflitos e outorgar concessões; de uma cadeia produtiva verticalizada, a qual teria que se desmembrar em Geração, Transmissão, Distribuição e Comercialização.

Como curiosidade, apresentamos a ementa da lei criadora da ANEEL, com a seguinte Redação “Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, **disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica** e dá outras providências.” Como nota-se, no texto em negrito, a preocupação com o serviço público a ser concedido é fator marcante na filosofia da Agência e determinante no papel a desempenhar para o modelo de Estado Mínimo.

A Lei nº 9427, de 26 de dezembro de 1997, em seu art. 3º apresenta as atribuições da ANEEL. Tais atribuições sofreram modificações nestes dez anos de existência. Transcrevemos a forma como hoje se apresenta a Lei, em diversos incisos, com destaque para o nosso trabalho, os seguintes:

[...]

II - promover, mediante delegação, com base no plano de outorgas e diretrizes aprovadas pelo Poder Concedente, os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

[...]

IV - gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica; (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

[...]

XIV- aprovar as regras e os procedimentos de comercialização de energia elétrica, contratada de formas regulada e livre; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

XV - promover processos licitatórios para atendimento às necessidades do mercado; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

XVI - homologar as receitas dos agentes de geração na contratação regulada e as tarifas a serem pagas pelas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de distribuição de energia elétrica, observados os resultados dos processos licitatórios referidos no inciso XV do caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004).

A leitura dos incisos, compilados do site da presidência, mostra a inclusão ou modificação de diversos incisos, para o nosso estudo, todos os incisos relevantes foram alterado, adequando a Agência ao novo modelo do Setor Elétrico, promovido pelo Governo do presidente Lula. Não bastando a alterações dos incisos, em comento, fez-se necessário a inclusão de um novo artigo, que trata estritamente da concessão dos serviços públicos de energia, vejamos:

Art. 3º – A Além das competências previstas nos incisos IV, VIII e IX do art. 29 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete ao Poder Concedente: (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

I - elaborar o plano de outorgas, definir as diretrizes para os procedimentos licitatórios e promover as licitações destinadas à contratação de concessionários de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

II - celebrar os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público e expedir atos autorizativos. (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

§ 1º No exercício das competências referidas no inciso IV do art. 29 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e das competências referidas nos incisos I e II do caput deste artigo, o Poder Concedente ouvirá previamente a ANEEL. (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

§ 2º No exercício das competências referidas no inciso I do caput deste artigo, o Poder Concedente delegará à ANEEL a operacionalização dos procedimentos licitatórios. (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

§ 3º A celebração de contratos e a expedição de atos autorizativos de que trata o inciso II do caput deste artigo poderão ser delegadas à ANEEL. (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

§ 4º O exercício pela ANEEL das competências referidas nos incisos VIII e IX do art. 29 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dependerá de delegação expressa do Poder Concedente. (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004).

Como fica óbvio, a atuação da Agência no desempenho da tarefa de Concessão de Serviços Públicos é fundamental para o Estado e, na razão interna de existência da Agência, peça chave. O sentido de necessidade da Agência é a retirada do Estado da economia (oferta de serviço público) com a inserção e participação da iniciativa privada na realização da tarefa primordial de prestação de serviço público, mediante concessão.

O processo de privatização necessitou da reestruturação do arcabouço legal, da criação de um organismo governamental para controle das empresas concessionárias e o compromisso de obediência com os procedimentos a serem utilizados para o sucesso da transferência do Estado para o Privado. Tudo com objetivo de garantir ao mercado sinais de um novo modo de atuação do Estado Brasileiro, notadamente: i) de uma estabilidade regulatória e contratual – necessários para atrair os investimentos privados; ii) garantia de fiscalização eficiente e em consonância com os princípios do Direito – transparência, legalidade, moralidade, impessoalidade e outros, evitando surpresas e perseguições; realização de certames licitatórios para a exploração das concessões – regras claras no

procedimento conhecido por todos, possibilitando a participação geral; e, iv) adequação das tarifas ao lucro, mas com a limitação de não penalizar o consumidor – princípio da modicidade tarifária.

A ANEEL, criada para cumprir um papel definido no modelo de Reestruturação do Estado, por vários aspectos analisados, alguns acima demonstrados, deve contribuir para a realização do serviço público, na medida em que participa como promotor dos processos licitatórios de concessão dos serviços de energia elétrica, sejam de geração, transmissão ou distribuição.

3. A CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

A concessão do serviço público não é figura nova no Direito Administrativo ou na Administração Pública Brasileira. Desde antes, os nossos descobridores portugueses, utilizavam de mecanismos de concessão do serviço público, não com a profundidade de conhecimento que temos hoje, mas com a largueza de resolver problemas do Estado e da Nobreza.

No Brasil o estado já utiliza a figura da concessão há muito tempo, alguns serviços públicos são tradicionalmente prestados pelo particular, tão arraigados na nossa cultura que nunca paramos para perguntar sobre sua natureza ou, infelizmente, pelo lobby eficaz destes setores tradicionais, que não permitem o debate e patrocinam o pensamento alinhado com os seus interesses patrimoniais. Exemplo típico são os cartórios, que são serviços públicos privatizados e, até pouco tempo, verdadeiros feudos, com direito a transmissão hereditária, não por força de lei, mas por força dos interessados.

O Professor Marcos Juruena²¹ nos ensina que

[...] a concessão foi o instrumento que deu origem a regulação; isto porque o Estado, não tendo condições materiais, técnicas e financeiras de implementar as atividades julgadas relevantes pela coletividade, admitiu que particulares a executassem, mas sob sua disciplina jurídica.

Temos casos distintos, citamos alguns casos, como a exploração de serviços de transporte (rodoviário, ferroviário, hidroviário e aeroviário), fornecimento de “luz” (caso da antiga light no Rio de Janeiro e São Paulo), mineração e fornecimento de água e esgoto.

²¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório: 2ª. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

3.1. DIFERENÇAS ENTRE CONCESSÃO, PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Há uma certeza sobre o assunto, compartilhada por todos os autores de Direito Administrativo Pátrio, o Constituinte de 1988 confundiu o sistema ao exigir que a tanto a Concessão quanto a permissão sejam precedidas de licitação, em seu art. 175.

Intui-se que a intenção do legislador Constituinte fosse acabar com a farra dos Prefeitos e Governadores que nominavam e caracterizavam os serviços públicos a serem repassados por meio de Concessão como serviços transferíveis por Permissão. A questão é clara, antes da CF de 1998, o serviço tratado por Permissão não precisava de licitação, favorecendo apadrinhados e desvios outros, contrários ao interesse público.

O art. 175 da CF tentou acabar com a farra criando a licitação como imprescindível ao serviço público transmitido ao permissionário. Com isso, dois fatores se tornaram conhecidos dos estudiosos, um que o problema com a terminologia – perdeu-se um elemento diferenciador elementar; o segundo que não se resolveu o problema da má utilização dos administradores públicos que passaram ou a desrespeitar a norma constitucional ou simplificaram a idéia dos serviços de permissão para tentar enquadrá-los como autorizações, deslocando o problema.

A parte a explicação dos fatos, vamos apresentar um quadro das diferenças entre as três figuras:

1) concessão – é um contrato com as características de um contrato com a administração, título oneroso, com direitos e deveres, por pessoa jurídica ou consórcio de empresas, com cláusulas determinadas que tratam da remuneração, reequilíbrio, revisão e reajuste; com o prazo determinado, que pode gerar direito de indenização se o Estado resolver revogar a concessão; com a realização de certame licitatório para a escolha do melhor proponente e, por fim, penalidades contratuais.

Celso Antonio Bandeira de Mello apresenta a sua conceituação:

[...] concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições

fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico–financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.²²

2) permissão – é um contrato (não há outra forma de qualificar em face da redação normativa), mas estranhamente com características de um ato administrativo unilateral, discricionário e precário, em que o particular pode ser pessoa jurídica ou física. Apesar da exigência de licitação, é efetivada a contratação com um título mais simples, alguns autores, admitem o uso de contrato de adesão, opinião baseada na redação dada pelo art 40, Lei 8987/95.

O brilhante Mestre Celso Antonio assinala os seguintes comentários sobre as permissões:

[...] segundo o conceito tradicional acolhido pela doutrina, é o ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários. Dita outorga se faz por licitação (art. 175 da Constituição Federal) e pode ser gratuita ou onerosa, isto é, exigindo-se do permissionário pagamento(s) como contraprestação.²³

Vale destacar outra passagem esclarecedora do Prof. Celso Antônio sobre o tema: “estamos em que a solução há de ser a que deriva da natureza do instituto; aquela que lhe é tradicionalmente reconhecida, isto é, a de ato unilateral e precário[...]”²⁴; a inovação do Constituinte encontra na realidade do Serviço Público uma nota que ou inutiliza a distinção ou, como a solução aqui apontada, opta-se pela adoção do signo reconhecido por todos.

²² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

²³ Idem.

²⁴ Ibidem.

3) autorização – ato administrativo unilateral, precário e discricionário. A administração em situações mais simples e com objetos econômicos reduzidos, no qual prevalece o interesse do particular poderá autorizar a exploração do serviço público, sem a necessidade de licitação ou contratação.

É uma característica discutível na Doutrina a predominância do interesse do particular, posto que o interesse público e a supremacia da vontade não devem ser relegados em hipótese de exploração de serviço público. É necessária uma atuação de fiscalização e controle sobre serviços autorizados, como vimos no País, em recente proliferação de serviços de transporte pelas chamadas “vans”, numa situação que beirou o caos, tanto na desordem do trânsito quanto no desrespeito ao usuário.

É de suma importância entender que apesar da confusão terminológica e do descompasso entre a doutrina e a legislação, devemos perceber: i) a necessidade de repasse de parte do serviço público, posto não haver condições materiais do Estado atender a todas as demandas; ii) que o instrumento de concessão ou permissão são meios úteis, qualquer seja o adotado; iii) que a atividade privada deve ser fiscalizada e controlada; iv) que o processo de concessão ou permissão devem oferecer oportunidades aos interessados, obedecendo aos cânones principiológicos do Direito Público; e v) o interesse público deve prevalecer.

3.2. A LEGISLAÇÃO DAS CONCESSÕES

A Legislação sobre as concessões tem como primeiro fundamento a Constituição Federal, que em seus artigos norteia princípios aplicáveis ao Direito Administrativo, que são comuns as concessões e regras específicas para as concessões, como o art. 175.

Lembrando ainda, que no TÍTULO III - Da Organização do Estado, em diversos artigos, como o 20 e 21(bens e serviços da União), 23 (É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com XII incisos) percebemos a quantidade de obrigações estatais que possivelmente deverão ser realizadas por meio de serviços públicos e, por conseqüência, também por delegação ou concessão.

Na Constituição encontramos no TÍTULO VII - Da Ordem Econômica e Financeira - CAPÍTULO I - DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA, tópico de suma importância para as concessões, onde se localiza o art. 175 e seus incisos²⁵. Vale notar ainda os arts.: 176 – com disposições sobre as jazidas minerais e potenciais hidráulicos; 177, que trata dos monopólios da União²⁶; e 178 sobre a organização dos transportes.

Diversos artigos da CF, que mesmo não tratando de concessões e serviços públicos diretamente, são aplicáveis as concessões, por exemplo: toda a matéria tributária ou previdenciária, que impõem regras de arrecadação por todos os prestadores de serviços, que independente do serviço prestado pagam impostos e contribuem para a seguridade.

Na Legislação, o marco regulatório essencial é a Lei nº 8.987 de 1995, que apresenta regras gerais para a Concessão. A Lei das Concessões surgiu como o instrumento normativo necessário para transpor à iniciativa privada a execução de serviços públicos, de maneira ordenada, como um projeto de Estado, pois sempre foi possível a transferência de alguns serviços públicos por meio de concessão ou permissão. A regulamentação foi imprescindível para manter a ordem jurídica em consonância com a nova Constituição, inclusive com as reformas constitucionais.

²⁵ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

²⁶ Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal. § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

No que se refere à Lei nº 8.987/95, em primeiro lugar observamos que é a norma regulamentadora do art. 175 da CF, depois podemos destacar: i) política tarifária; ii) direitos e deveres dos usuários, dos concessionários e do poder concedente; iii) da licitação das concessões; iv) dos contratos de concessão; e v) da extinção das concessões. Além disso, devemos destacar o art. 2, que apresenta as definições de poder concedente e de concessões e permissões, embora a doutrina faça críticas a confusão e falta de técnica nas definições²⁷.

Vale destacar o art. 6º da Lei, pois esse apresenta quais as características deve ter um serviço adequado e introduz princípios para serem observados na exploração e prestação de serviços públicos de concessões e dos respectivos processos licitatórios (os quais sempre devem anteceder ao contrato de concessão). São os princípios: condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. A modicidade tarifária é a busca pelo menor preço, mas sem esquecer da qualidade do serviço, soma dos outros princípios.²⁸

As concessões devem ser regidas pela Lei de Licitações quando se fizer o Edital e durante toda a condução do processo, basta observar a regra do art. 14 da Lei nº 8.987/95, “[...] será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria[...]”. A legislação própria em referência é a Lei nº 8.666/93. A condução do

²⁷

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

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

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

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

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

²⁸

Art. 6º 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.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

certame, disposições sobre procedimentos e quaisquer outras regras na ausência de comando da Lei de Concessões aplicam-se os dispositivos das Licitações.

No tocante ao Serviço Público de Energia, não podemos esquecer a Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, complementar a Lei nº 8.987/95, numa intrincada relação, pois regula a lei explicando artigos da outra Lei. A Lei nº 9.074/95 é específica para o deslinde das questões do setor elétrico não reguladas pela Lei nº 8.987/95, como por exemplo: como as concessões vigentes, algumas com a expiração dos seus direitos de exploração bem próximos do fim, resolveram pela prorrogação.²⁹

No caso específico do Setor Elétrico devemos citar ainda a Lei de criação da ANEEL, Lei nº 9.427/96, complementar a Lei nº 8.987/95, principalmente em seu art. 14, o qual regrou o regime econômico-financeiro das concessões de energia elétrica e, também, os arts. 23 e 24, os quais tratam da licitação das referidas concessões de serviço público de energia elétrica³⁰. Notadamente, remetendo a aplicação das

²⁹

Art. 19. A União poderá, visando garantir a qualidade do atendimento aos consumidores a custos adequados, prorrogar, pelo prazo de até vinte anos, as concessões de geração de energia elétrica, alcançadas pelo art. 42 da Lei no 8.987, de 1995, desde que requerida a prorrogação, pelo concessionário, permissionário ou titular de manifesto ou de declaração de usina termelétrica, observado o disposto no art. 25 desta Lei.

§ 1º Os pedidos de prorrogação deverão ser apresentados, em até um ano, contado da data da publicação desta Lei.

§ 2º Nos casos em que o prazo remanescente da concessão for superior a um ano, o pedido de prorrogação deverá ser apresentado em até seis meses do advento do termo final respectivo.

§ 3º Ao requerimento de prorrogação deverão ser anexados os elementos comprobatórios de qualificação jurídica, técnica, financeira e administrativa do interessado, bem como comprovação de regularidade e adimplemento de seus encargos junto a órgãos públicos, obrigações fiscais e previdenciárias e compromissos contratuais, firmados junto a órgãos e entidades da Administração Pública Federal, referentes aos serviços de energia elétrica, inclusive ao pagamento de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal.

§ 4º Em caso de não apresentação do requerimento, no prazo fixado nos §§ 1º e 2º deste artigo, ou havendo pronunciamento do poder concedente contrário ao pleito, as concessões, manifestos ou declarações de usina termelétrica serão revertidas para a União, no vencimento do prazo da concessão, e licitadas.

Art. 20. As concessões e autorizações de geração de energia elétrica alcançadas pelo parágrafo único do art. 43 e pelo art. 44 da Lei no 8.987, de 1995, exceto aquelas cujos empreendimentos não tenham sido iniciados até a edição dessa mesma Lei, poderão ser prorrogadas pelo prazo necessário à amortização do investimento, limitado a trinta e cinco anos, observado o disposto no art. 24 desta Lei e desde que apresentado pelo interessado:

I - plano de conclusão aprovado pelo poder concedente;

II - compromisso de participação superior a um terço de investimentos privados nos recursos necessários à conclusão da obra e à colocação das unidades em operação.

Parágrafo único. Os titulares de concessão que não procederem de conformidade com os termos deste artigo terão suas concessões declaradas extintas, por ato do poder concedente, de acordo com o autorizado no parágrafo único do art. 44 da Lei no 8.987, de 1995.

³⁰ Art. 14. O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende:

I - a contraprestação pela execução do serviço, paga pelo consumidor final com tarifas baseadas no serviço pelo preço, nos termos da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

II - a responsabilidade da concessionária em realizar investimentos em obras e instalações que reverterão à União na extinção do contrato, garantida a indenização nos casos e condições previstos na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nesta Lei, de modo a assegurar a qualidade do serviço de energia elétrica;

III - a participação do consumidor no capital da concessionária, mediante contribuição financeira para execução de obras de interesse mútuo, conforme definido em regulamento;

Leis nºs 8.987/95, 9.074/95 e 8.666/93, para demonstrar claramente a intenção do legislador de evitar qualquer desvio na observância de regras e na imprescindível necessidade de se utilizar da licitação para a concessão.

A Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, estabeleceu regras para a comercialização de energia, no ambiente regulado, onde os agentes interessados em vender seu produto (ficção normativa, que criou o conceito de blocos de energia com 1 *Megawatt*) participam de certame licitatório ofertando eletricidade para os compradores, em regra distribuidores, com a interveniência do Poder Concedente³¹.

A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, Lei das Parcerias Público-Privadas - PPP's, possibilitou a inversão de fases na concessão de serviços públicos conforme as disposições atinentes as modalidades da nova lei. A Lei nº 11.196 de 21 de novembro de 2005, Conversão da MPv no 255, de 2005, aproveitou a idéia lançada na Lei das PPP's e acresceu o art. 18-A na Lei nº 8.987/95, possibilitando

IV - apropriação de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade;

V - indisponibilidade, pela concessionária, salvo disposição contratual, dos bens considerados reversíveis.

Art. 23. As licitações realizadas para outorga de concessões devem observar o disposto nesta Lei, nas Leis nºs 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 9.074, de 7 de julho de 1995, e, como norma geral, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º Nas licitações destinadas a contratar concessões e permissões de serviço público e uso de bem público é vedada a declaração de inexigibilidade prevista no art. 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

§ 2º Nas licitações mencionadas no parágrafo anterior, a declaração de dispensa de licitação só será admitida quando não acudirem interessados à primeira licitação e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a administração, mantidas, neste caso, todas as condições estabelecidas no edital, ainda que modifiquem condições vigentes de concessão, permissão ou uso de bem público cujos contratos estejam por expirar.

Art. 24. As licitações para exploração de potenciais hidráulicos serão processadas nas modalidades de concorrência ou de leilão e as concessões serão outorgadas a título oneroso.

Parágrafo único. No caso de leilão, somente poderão oferecer proposta os interessados pré-qualificados, conforme definido no procedimento correspondente.

³¹ **Art. 2º.** As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional - SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação, conforme regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, disporá sobre:
[...]

§ 5º Os processos licitatórios necessários para o atendimento ao disposto neste artigo deverão contemplar, dentre outros, tratamento para: I - energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes; II - energia proveniente de novos empreendimentos de geração; e III - fontes alternativas.

[...]

§ 7º A licitação para a expansão da oferta de energia prevista no inciso II do § 5º deste artigo deverá ser específica para novos empreendimentos ou ampliações, sendo vedada a participação de empreendimentos de geração existentes, ressalvado o disposto no art. 17 desta Lei.

[...]

Art. 20. As pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias e autorizadas de distribuição e de geração de energia elétrica deverão adaptar-se às disposições contidas nos §§ 5º, 6º e 7º do art. 4º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, com a redação dada por esta Lei, no prazo de 18 (dezoito) meses a contar de sua entrada em vigor.

finalmente a inversão de fases em todo o sistema de concessão de serviço público no Brasil³².

3.3. O PROCESSO LICITATÓRIO DAS CONCESSÕES

As licitações de concessões de serviços públicos devem obrigatoriamente responder ao quadro legal demonstrado acima, com a obediência no que diz respeito ao processo licitatório das concessões da Lei nº 8.666/93, Lei de Licitações. As demais regras delineiam o que tem de específico às concessões e no caso específico do setor Elétrico, mais alguns diplomas ajudam nessa tarefa árdua.

Assim, utilizamos da Lei nº 8.666 toda a instrumentalização necessária para a verificação das condições de habilitação dos interessados em participar do certame, dividida em: i) habilitação jurídica, fiscal, técnica e econômico –financeira.

Também é da Lei de Licitações as regras atinentes ao que se deve constar no Edital, como as condições de participação, objeto, procedimentos, prazos, penalidades e outras mais.

No processo licitatório das Concessões, como no processo licitatório comum, observamos duas fases, uma Interna, que vai do início do processo com a escolha do objeto, modalidade de licitação, projetos, definição de preços ou tarifas, até a redação final do Edital. Posteriormente, quando o extrato ou aviso do edital é publicado no Diário Oficial e em jornais de grande circulação, quando todos os interessados poderão conhecer as regras e decidir sobre a participação, temos a segunda fase, chamada Fase Externa.

As diferenças quanto às licitações comuns, como as de aquisição de bens para a administração antes do pregão, são as seguintes: i) projetos básicos diferenciados, com mais ou diversas exigências legais (projeto ambiental); ii) não há

³² Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

I - encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

II - verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

III - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

IV - proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

previsão de se utilizar as modalidades de licitação como convite, tomada de preço ou pregão; iii) o melhor preço pode ser a menor tarifa ao consumidor (não há pagamento para o Tesouro Nacional); iv) não há possibilidade de dispensa de garantia financeira, inclusive pela necessidade da continuidade do serviço; e v) deveres e direitos de usuários, concessionários e do Estado.

Não obstante as regras diferenciadas, devemos ressaltar que a Jurisprudência já entendeu que é indispensável a obediência aos princípios licitatórios, vejamos:

Os princípios constitucionais que regem a administração pública exigem que a concessão de serviços públicos seja precedida de licitação pública. Contraria os arts. 37 e 175 da Constituição Federal decisão judicial que, fundada em conceito genérico de interesse público, sequer fundamentada em fatos e a pretexto de suprir omissão do órgão administrativo competente, reconhece ao particular o direito de exploração de serviço público sem a observância do procedimento de licitação³³.

Também no mesmo sentido: "A licitação, no processo de privatização, há de fazer-se com observância dos princípios maiores consignados no art. 37, XXI, da Lei Maior." ³⁴

Desta forma, temos que a regras comuns e outras específicas da Licitação no caso de concessão de serviço público, mas que quanto aos princípios, estes prevalecem indiferentemente da especialidade da concessão.

³³ RE 264.621, STF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 1º-2-05, DJ de 8-4-05.

³⁴ ADI 1.824-MC, STF, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 10-6-98, DJ de 29-11-02.

4. A INOVAÇÃO NA LEI DE CONCESSÕES (art. 18-A)

A inovação do art. 18-A na Lei de Concessões, inversão de fases, é a consagração do espírito da eficiência que se busca na administração pública brasileira. Primeiramente utilizado no pregão presencial (Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, conversão da MP nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001), que foi uma inovação importante para a gestão pública, trazendo benefícios incomparáveis e que impedem o retorno ao sistema antigo.

No caso do pregão, um passo a mais foi dado, permitindo a realização pela rede mundial de computadores, conhecida como *internet* (Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005). O pregão eletrônico também utiliza a inversão de fases. O licitante vencedor, após o término da sessão virtual, envia por fax os documentos comprobatórios para sua habilitação.

Eduardo Amin Menezes Hassan, em artigo publicado na internet³⁵, defendendo que não há inconstitucionalidade da Lei Baiana, demonstra que o

³⁵ [..] A inversão do procedimento foi a mais ousada das inovações trazidas pela Lei baiana, no inciso I do artigo 78. Foi uma inovação à Lei 8.666/93, mediante a qual a abertura dos envelopes da proposta de preços precede à dos documentos relativos à habilitação da empresa. O inciso V do artigo 78 prevê que depois do julgamento e classificação das propostas será envidada a análise da habilitação dos três primeiros colocados. Essa modificação possibilita à Administração conhecer os preços praticados no mercado, porque não se limitará à abertura dos preços dos proponentes habilitados, evitando a interposição de recursos meramente protelatórios, à vista da própria redução do número de licitantes diretamente interessados. Essa inversão das fases reduz, significativamente, o tempo do procedimento licitatório e já é largamente utilizada nas licitações realizadas com produto de financiamento ou doações de entidades internacionais, como o BID e o BIRD, com a nova modalidade de licitação denominada de pregão, bem como está prevista no artigo 13 da Lei Federal n.º 11.079/04, que dispõe sobre normas de licitação e contratação de Parcerias Público-Privada. [...] A diminuição de recursos administrativos ocorre devido à inibição dos participantes, devido ao aumento da rigorosidade e da transparência. Na Bahia essa queda foi de 90%, demonstrando o quanto se desburocratizou com a nova lei de licitações. Se este procedimento traz um desestímulo a interposição de recursos por muitos licitantes, os quais, se não estão classificados nos três primeiros lugares não têm interesse em procrastinar o procedimento, por outro lado estimula a fiscalização da habilitação do primeiro colocado pelos licitantes classificados em segundo e terceiro lugar, diretamente interessados na contratação (HUPSEL; COSTA, 2006, p. 221). Essas vantagens já são visíveis nos números do Estado da Bahia. Segundo a SAEB é de 50% a redução no tempo gasto para a realização de uma compra com esse novo procedimento. Essa agilidade proporcionou um aumento de 36,6% na quantidade de licitações previstas, isto ocorreu a partir de junho de 2005, quando passou vigorar a Lei Estadual 9.433, até outubro de 2006. Nesse período foram realizadas 4.600 licitações. Esses dados fazem com que se repense o procedimento adotado pela Lei Federal 8.666/93, inclusive, sendo um dos aspectos que deve ser alterado pelo projeto de lei que deverá substituí-la.[..] Antes da nova lei baiana o tempo gasto numa concorrência, modalidade utilizada para contratos de valor elevado, era de 90 dias, atualmente se gasta 40 dias. A tomada de preço, modalidade para contratos de valor médio, que precisava de 30 dias para encerrar o procedimento, hoje não se precisa de mais de 20 dias. O mesmo vale para a carta convite, modalidade utilizada para contratos de menor valor, que precisava de 20 dias, tem sido feita em 10 dias (DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO DA BAHIA, 2006, p. 01).

Estado da Bahia seguiu o exemplo Federal e previu a inversão de fases nos seus procedimentos licitatórios, art. 78, inciso I da Lei Estadual nº 9.433, de 1º de março de 2005. Apontando as nuances que diferenciam as leis e as diversas vantagens na inversão de fase.

Com a inovação da inversão de fases no pregão que passou a ser utilizado em larga escala, constatou-se a sua utilidade para a rapidez e eficiência do sistema de licitações. A licitação sempre foi um problema para qualquer Governo, pois é um ponto crucial e, ao mesmo tempo de fragilidade, com uma maior possibilidade de sofrer o assedio ou corrupção. Exige-se uma pronta resposta da administração e dos concorrentes uma vigilância. A inversão de fases foi fundamental para movimentar a dinâmica da licitação.

O sucesso da inversão de fases foi incorporada ao projeto de Parcerias Público-Privadas do Governo no final de 2004, Lei nº 11.074, com nenhuma utilização concreta pelo Governo Federal, o qual não conseguiu implementar nenhuma obra ou serviço com esse mecanismo. Sua importância prática foi atuar como a semente que foi lançada e os administradores públicos pensaram nas demais concessões de serviço público, com a inovação do art. 18-A na Lei de Concessões.

4.1. A POSIÇÃO DA DOUTRINA

Lauro Celidonio Gomes dos Reis Neto, que é sócio do Mattos Filho Advogados e vice-presidente da Associação Brasileira da Infra-Estrutura e Indústrias de Base (Abdib), em artigo do jornal Valor Econômico de 20 março de 2007, expressa a seguinte crítica:

Os números apresentados demonstram que a Lei do Estado da Bahia n.º 9.433/05 superou a legislação anterior estadual e a federal em vigor em termos de economia e eficiência.

[...] Ademais, verifica-se que a Lei estadual n.º 9.433/05 enaltece os princípios constitucionais. E com a inversão das fases tem-se aumentando a quantidade de licitações, devido à diminuição de tempo na realização dos certames.

HASSAN, Eduardo Amin Menezes, A CONSTITUCIONALIDADE DA INVERSÃO DAS FASES PROCEDIMENTAIS DA LEI DE LICITAÇÕES DO ESTADO DA BAHIA, site da Jus Podium Editora, publicado em 18.07.07. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_cat_1.html>. Acesso em 05 de dezembro de 2006.

Em uma licitação de fases invertidas, dificilmente a administração pública simplesmente desclassificará o licitante que apresentou o menor preço, ainda que haja falhas na sua habilitação técnica ou econômica. O administrador público será compelido a contratar a empresa que apresentar preço mais baixo, sem levar em consideração outros aspectos primordiais, como a qualidade do trabalho a ser desempenhado, ou as garantias exigidas no edital.³⁶

Contudo, a sua nota dissonante é minoria ou de posição isolada, os grandes pensadores do Direito Administrativo ou se silenciam ou opinam pela validade do instituto da inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento.

José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar das concessões por meio das Parcerias Público-Privadas, defende que não deveria ser opcional, mas sim obrigatório o uso do sistema de inversão de fases.

Contempla, ainda, a lei a possibilidade de se adotar o regime de inversão das fases de habilitação e julgamento (art. 130), este sendo precedente àquela, tal como também sucede na modalidade pregão. Em nosso entender, a lei não deveria ter previsto a faculdade, mas sim a obrigatoriedade da inversão. É muito mais lógico julgar primeiramente as propostas, para só depois verificar a documentação exclusivamente do vencedor. Se o vencedor for inabilitado, examinar-se-ão os documentos do licitante que ficou em segundo lugar, e assim sucessivamente. No sistema clássico, perdem-se horas examinando os documentos de habilitação para, ao final, ser escolhido apenas um vencedor; tal sistema contraria a modernidade e refoge a qualquer padrão de razoabilidade.³⁷

³⁶ REIS NETO, Lauro Celidonio Gomes, O risco da inversão de fases na licitação, artigo do jornal Valor Econômico de 20 de março de 2007.

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos: Manual de Direito Administrativo; 17ª. ed. Rio De Janeiro:Lúmen Júris, 2006, p.379/380.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar também da PPP's, ensina:

Ainda com relação ao edital, o art. 13 permite (não obriga) a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento. Sabe-se que, no procedimento estabelecido pela Lei nº 8.666/93, a habilitação precede necessariamente o julgamento, o que tem sido objeto de críticas por parte da doutrina, pelos conflitos comuns na fase de habilitação, em que já se estabelece competição entre os licitantes; esses conflitos normalmente não são resolvidos na via administrativa, levando as partes a litigarem no Poder Judiciário, atrasando o término do procedimento, em prejuízo do interesse público. [...] Do mesmo modo, essa inversão é prevista na Lei nº 8.987/95, em decorrência de alteração nela introduzida pela Lei nº 11.196/05 ³⁸.

A atualização do Livro do Prof. Hely Lopes Meirelles não traz nenhum juízo de valor, apenas explicita a necessidade de referência no edital da inversão de fase, “outra característica desta concorrência é a possibilidade da inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento – o que o edital deverá prever expressamente” ³⁹.

Celso Antonio Bandeira de Mello nada analisa quanto ao uso do artigo que permite a inversão de fases nas PPP's, e escreve: “as fases de habilitação e julgamento poderão ser invertidas, de modo que, se o primeiro colocado vier a ser desclassificado, só então se examinará a habilitação do segundo classificado, assim sucessivamente” ⁴⁰.

O Tribunal de Contas da União – TCU não se preocupou com a inversão de fases nas licitações de concessões regidas pela Lei nº 8.987/95, mas tratou de incluir na resolução que trata do acompanhamento dos processos de licitação e

³⁸ CARVALHO FILHO, op. cit. p. 303

³⁹ Ibidem, p. 403.

⁴⁰ Ibidem, p. 753.

contratação das Parcerias Público-Privadas a possibilidade do uso da inversão de fases, INSTRUÇÃO NORMATIVA TCU Nº 52, DE 4 DE JULHO DE 2007.⁴¹

Como podemos perceber a Doutrina mais tradicional não se interessou com a inversão de fases, ao contrário, ou nada comentou ou considerou um avanço. A atenção se voltou para a sua utilização nas PPP's, mas não pela inversão de fases, a preocupação se centra nas outras novidades da Lei das Parcerias.

Importa, ainda, dizer que a crítica sobre a dificuldade da inabilitação após ter um vencedor para a licitação, não é suficiente para abalar ou desacreditar o sistema de inversão, vejamos: i) há sempre a possibilidade do reexame pelo judiciário, quando se sentir lesado o licitante participante; ii) o próprio TCU pode ser acionado por uma denúncia; iii) o servidor público teme cometer um ato ilegal, não é universal a má-fé ou ilegalidade (a quantidade de licitações que ocorrem no país em relação aos casos de desvio de conduta, tem um percentual mínimo); iv) há possibilidade de impugnação do edital caso se encontre motivo para que não se faça a inversão de fases; e v) o competidor que tem preço e condição de concorrência é vigilante e toma todas as providências apontadas nos itens anteriores.

⁴¹ Art. 4º O acompanhamento dos processos de licitação e contratação de Parceria Público-Privada (PPP) será concomitante e realizado em cinco estágios, mediante a análise dos documentos a seguir relacionados:

Terceiro Estágio:
questionamentos, comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados aos licitantes sobre a fase de habilitação;

atas de abertura e de encerramento da fase de habilitação;

relatório de julgamento da fase de habilitação, em que sejam abordados os aspectos relativos a:

habilitação jurídica;

regularidade fiscal;

qualificação técnica;

qualificação econômico-financeira;

IV - Quarto Estágio:

a) na fase de julgamento das propostas técnicas, quando houver:

§ 1º Caso ocorra a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, prevista no art. 13 da Lei nº 11.079/2004, ficam também invertidos o terceiro e o quarto estágios previstos neste artigo.

5. ESTUDO DE CASO: A ANEEL

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, tem no seu escopo de atribuições a função de promover os processos licitatórios das concessões de exploração dos bens e serviços de energia elétrica, com delegação do poder concedente, o Ministério de Minas e Energia⁴².

A escolha da ANEEL como estudo de caso se deve a determinados fatores, são eles: i) realiza licitações com inversão de fases; ii) tem um número razoável de licitações com o sistema de inversão no universo administrativo brasileiro; iii) as licitações são de objetos diversos, com níveis de intervenção diferentes (concessão de transmissão e de geração); e iv) facilidade de acesso aos dados que estão ao alcance na *Internet* ou por meio de pedido dirigido à ANEEL.

Portanto, o estudo sobre a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento nas licitações de concessões de bens e serviços públicos praticados pela ANEEL possibilita uma visão do que ocorre no campo prático do instituto novel.

5.1 AS LICITAÇÕES COM INVERSÃO DE FASES

A ANEEL já conhecia a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento quando realizava os seus pregões presenciais e, posteriormente, os pregões eletrônicos. Sem grandes sobressaltos, como toda a administração pública federal.

⁴² A segunda é a transferência do Poder de Outorga novamente aos ministérios, para dá-los o poder de definir e implantar políticas públicas para o setor. A justificativa oferecida para restituir o poder de outorga, das agências para os ministérios, é principalmente político, afirmando que a formulação de políticas públicas deveria ser exercida pela administração direta, dando aos ministérios a autoridade de formular políticas setoriais e outorgar a exploração de serviços de utilidade pública.

Porém, isso tem implicações importantes. Se o mero exercício de dar autorizações não será afetado, o que o sofrerá mudanças será o Poder de Outorga referente às concessões, que envolvem as concessões de ferrovias, rodovias e energia.

OCDE, Relatório da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. "OCDE – Relatório sobre a Reforma Regulatória", 2005, p. 305. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/noticias/080604_relatorio.pdf>. Acesso em: 28 de novembro de 2008.

Cumpra esclarecer, que as licitações de concessões da ANEEL são realizadas por meio de Leilões, conforme o permissivo legal da Lei nº 9,427/96, em seu art. 24. Modalidade escolhida pela possibilidade de se obterem preços tarifários mais baixos, seguindo o princípio da modicidade tarifária.

Após a edição da Lei nº 1.196/05, que introduziu o art. 18-A na Lei de Concessões, um primeiro Leilão de Geração, com a comercialização de energia, em que o Estado é interveniente, foi concebido com a inversão da ordem das fases, prevendo uma pós-qualificação dos vencedores. O Edital nº 002/2006-ANEEL assim dispunha:⁴³

- 5.5 Até o dia 06 de julho de 2006 os Compradores devem encaminhar a documentação de Pós-Qualificação para a ANEEL, conforme descrito no Capítulo 9.
- 5.5.1 As concessionárias, permissionárias ou autorizadas do serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional - SIN, que não se submeterem à Pós-Qualificação ou não forem pós-qualificados nos prazos e nas condições previstas no Edital, estarão sujeitas à penalidade prevista no inciso II do art. 13 da Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004.
- 5.6 Da mesma forma os Vendedores Preliminares encaminharão a documentação de Pós-Qualificação para a ANEEL, conforme descrito nos Capítulos 7 e 8, conforme o Caso.
- 5.6.1 Os Vendedores que não se submeterem à Pós-Qualificação ou não forem pós-qualificados nos prazos e nas condições previstas no Edital terão executadas as Garantias Financeiras ou da Proposta, conforme o caso, e estarão sujeitos às penalidades previstas na Resolução Normativa nº 63, de 2004, além das estabelecidas no Edital.
[...]
- 5.8 No caso de desqualificação de alguma Vendedora Preliminar, a ANEEL poderá, a seu critério, convocar outras Vendedoras, conforme ordem de mérito.

No decorrer dos anos seguintes todos os Leilões de Geração, inclusive com a outorga de concessão de uso de potencial hidráulico (bem da União, art. 176 da CF), foram realizados com a regra do art. 18-A.

A Procuradoria Federal na ANEEL entendeu ser possível a utilização da ordem da inversão de fases. Transcrevemos o parecer da lavra do Procurador CLAUDIO SANTOS ORTIS, no processo nº 48500.003686/2008-41, como se segue:

⁴³ ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. Editais e documentos de Transmissão e Geração. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/>>. Acessado em 04 de dezembro de 2008.

II.9 – Da inversão de fases no certame licitatório (julgamento de proposta – habilitação)

39.A possibilidade de utilização da licitação com fase invertidas, ou seja, com habilitação posterior a análise da proposta de preço foi expressamente autorizada pela combinação dos art. 14 e 18-A da Lei nº 8.987/95, verbis:

“Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.”

“Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que: (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

IV - proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)”

40.É de se considerar que a inversão de fases do certame tem previsão legislativa no art. 18-A da Lei nº 8.987/95, com a redação da Lei nº 11.196/2005. Neste caso, o vencedor somente será

conhecido após o juízo de habilitação. Findo o Leilão teremos a classificação das propostas. Somente então será aberto o invólucro com os documentos de habilitação e realizada a verificação dos mesmos. Caso o licitante classificado em primeiro lugar atenda todas as exigências do Edital, ele será declarado vencedor. Caso seja inabilitado o melhor classificado, será analisada a habilitação do segundo colocado, assim sucessivamente.

41. Cabe ressaltar que verificada a inabilitação do primeiro colocado pode ser chamado o segundo colocado que terá o objeto adjudicado “nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

Os Editais que foram lançados com base nesta tese jurídica, como o Edital 001/2007-ANEEL, apresentam a seguinte redação⁴⁴:

Este LEILÃO será realizado no dia 26 de junho de 2007, em plataforma operacional a ser disponibilizada na Rede Mundial de Computadores – Internet de acordo com a Portaria nº 305, de 2006, alterada pela Portaria MME nº 77, de 2007, e **será adotada a inversão de fases**, da seguinte forma: (grifos nossos)

No Edital do Leilão de Transmissão nº 006/2208- ANEEL, em 2008 a redação foi mais direta⁴⁵: “1.3. Nos termos do art. 18-A, da Lei nº 8.987, de 1995, este LEILÃO será realizado com inversão da ordem de fases.”

A inversão de fases adotadas em todos os Leilões de Concessões de Serviços Públicos realizados pela ANEEL conseguiu tornar-se a regra e não a exceção.

⁴⁴ ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. Editais e documentos de Transmissão e Geração. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/>>. Acessado em 04 de dezembro de 2008.

⁴⁵ ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. Editais e documentos de Transmissão e Geração. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/>>. Acessado em 04 de dezembro de 2008.

5.2. OS RESULTADOS NOS LEILÕES

Por certo não se pode pretender que o assunto se esgote com a análise do Estudo de caso da ANEEL, porém é um instrumento que pode auxiliar na compreensão do que é a inversão de fases e nas suas possibilidades para a Administração Pública.

Assim, se faz útil apresentar os resultados encontrados nos leilões para que possamos analisar e entender todas as suas implicações.

5.2.1. Os Leilões de Geração

Os leilões de Geração transferem para o capital privado a tarefa da produção de energia, por tipos diferentes de empreendimentos, basicamente a exploração de potencial hidráulico, bem da União; ou mediante a produção de energia por outra fonte (eólica, térmica à queima de biomassa, à gás, à óleo ou à combinação das duas últimas, com a possibilidade de queima de gás ou óleo).

No modelo implementado pela Lei nº 10.848/04, o Estado regula o mercado de energia, permitindo a coexistência de um mercado livre e um regulado. No mercado regulado a ANEEL realiza Leilões de compra e venda de energia, com a participação dos vendedores (produtores de energia em qualquer das fontes acima mencionadas), dos compradores (empresas concessionárias de distribuição de energia elétrica) e, como terceiro vértice, o Estado, intervindo no mercado para garantia do suprimento de energia ao consumidor cativo com preço módico (princípio da modicidade tarifária).

O Governo (como poder concedente) define a realização do leilão com datas e diretrizes gerais; a Agência, segundo as diretrizes, elabora o Edital, executa o processo licitatório e, ao final, adjudica o objeto do leilão aos vencedores da licitação. Aos compradores rateiam-se as quantidades de energia ofertadas e vendidas. São assinados contratos de compra e venda de energia elétrica entre todos os geradores e distribuidoras que negociaram energia no leilão, com a fiscalização do Governo.

A inversão de fases foi adotada prontamente nos leilões de Geração uma vez que a um procedimento célere e com um menor grau de burocracia é uma necessidade do mercado e dos participantes desse tipo de leilão.

A ANEEL, ao confeccionar o Edital, escolhe qual o processo deve adotar, dentre as opções possíveis figura-se a inversão da ordem das fases da habilitação e julgamento, por todos os motivos acima, com a segurança do permissivo legal do art. 18-A da Lei de Concessões.

Na inscrição dos possíveis vendedores, que passam pelo crivo da Empresa de Pesquisa Energética – EPE, pois há intervenção do Estado, é exigência legal assegurar um mínimo de informações técnicas e comprometimento desses empreendedores vendedores. Tal exigência é precedente ao processo licitatório, tanto que a EPE habilita tecnicamente o empreendimento, mas não obriga a participação no leilão.

Relativamente à quantidade de empreendimentos habilitados pela EPE, o número de vendedoras é de uma proporção muito reduzida, de forma que há uma centena de habilitados tecnicamente, para pouco mais de uma ou duas dezenas de vencedores dos leilões. Caso não houvesse a inversão da ordem das fases, a Comissão de Licitação verificaria a habilitação de uma centena de proponentes para haver uma ou duas dezenas de vencedores.

Não há dúvida, que a inversão de fases trouxe ganho para o processo de licitação das concessões e autorizações para geração de energia.

5.2.2. Os Leilões de Transmissão

Os Leilões de transmissão têm por objeto a concessão de linhas de transmissão e subestações para o Sistema Interligado Nacional – SIN. Aqui o Conselho Nacional de Desestatização inclui no Programa Nacional de Desestatização - PND as linhas e subestações que devem ser licitados e, assim, as concessões de serviço público a serem transferidas para a iniciativa privada.

Os empreendimentos autorizados são estudados quanto a sua viabilidade econômico-financeira, ambiental, técnica e social. Após a análise, com base em um projeto básico, as linhas e subestações são organizadas em blocos, conforme a

localização ou outro elemento justificador. Podendo ser divididos ou agrupados, em nome de uma maior concorrência, pois podem oferecer preços mais atrativos e/ou viabilizar os recursos necessários para a construção dos empreendimentos (os investimentos podem ser vultuosos).

A ANEEL em obediência as determinações do CND e do Poder Concedente, confecciona o Edital com as escolhas que entende razoáveis para a realização do certame, como prazos (obedecendo no mínimo ao prazo legal), receitas máximas, habilitação técnica mínima em função do objeto e, agora, se aplica ou não a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento.

Os Leilões de transmissão tiveram um ganho muito grande na aplicação da inversão da ordem das fases da habilitação e julgamento. A comparação é visível, basta olhar os dois Leilões realizados e encerrados em 2008:

i) sem inversão das fases - leilão 004/2008 (processo nº 48500.000660/2008-41), 12 lotes; 40 habilitados/inscritos; somente 06 venceram; dois relatórios da Comissão (pré-qualificação e análise de recursos); 16.242 páginas(54 volumes) até a adjudicação; e

ii) com inversão das fases - leilão 006/2008 (processo nº 48500.003686/2008-41), 07 lotes (um lote não teve ofertas), 17 inscritos/habilitados, somente 05 venceram; um relatório de habilitação; 2471 páginas (10 volumes) até a adjudicação.⁴⁶

No Leilão 004/2008, sem a inversão, a Comissão analisou a documentação de quarenta participantes, concorrendo em diversos lotes (não em todos os lotes), para ao final serem vencedores 06 participantes (alguns ganharam mais de um lote). Caso a inversão de fases fosse adotada, já esta época, o trabalho seria da análise de apenas 06 (seis) participantes.

No Leilão 006/2008, com a inversão de fases, a análise dos vencedores ganhou em tempo e qualidade para a administração. A concentração na análise de um número menor de participantes, 05 (cinco) vencedores ao invés dos 17 (dezesete) inscritos, propiciou a Comissão mais dedicação na análise.

⁴⁶ ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. Editais e documentos de Transmissão e Geração. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/>>. Acessado em 04 de dezembro de 2008.

Ressaltamos que a análise dos leilões, não os compara diretamente, pelo possível erro que poderíamos cometer em confrontar situações semelhantes, mas não iguais. Por exemplo, o número de lotes diferentes e a atratividade pela receita anual permitida de cada lote leva a uma desproporção entre os Leilões. Contudo, analisar o número de cada Leilão em relação ao próprio Leilão pode nos fornecer uma idéia bem real da vantagem da inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento.

Portanto, os números ajudam muito a explicar a vantagem do Leilão com inversão da ordem das fases. Mas como na Administração Pública nem tudo se explica por um “superavite” de números, mencionamos os ganhos para a rapidez no processo, na simplificação do procedimento e na enormidade de custos poupados para os participantes, os quais não tiveram a responsabilidade de juntar inúmeros documentos autenticados, sem percorrer uma série de entidades para obtenção de certidões de regularidade e, ainda, a economia de tempo para quem não conseguiu se sagrar vencedor.

6. A INVERSÃO DE FASE E A PROMOÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO

Os Princípios no Direito Moderno têm um papel de importância extremamente relevante. Não há dúvidas do quanto se faz necessário sua utilização como norte para a confecção como para a aplicação da regra normativa. O conteúdo da norma deve ser aplicado de acordo com os princípios de direito.

São diversos os princípios jurídicos em voga, encontram-se espalhados por todo o sistema jurídico, estão explícitos ou implícitos na Constituição e na Legislação. A inestimável contribuição dos princípios para o Direito na atualidade é perceptível para qualquer iniciante nos estudos do Direito. Não cabe nesse trabalho um aprofundamento no tema, contudo destacamos alguns destes princípios que são pilares e ao mesmo tempo instrumentos de efetivação do direito para analisarmos a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento nas licitações de concessões de serviços públicos.

Destacamos em primeiro plano, como passo primordial, os princípios constitucionais contidos no art. 37: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A moralidade, publicidade e impessoalidade são observados indistintamente, mesmo que não se faça a inversão da ordem das fases. Porque a inversão da ordem das fases não altera a aplicação destes, a moralidade é requisito de natureza intrínseca ou se tem ou não se tem, em todo o processo administrativo. Assim como a publicidade e a impessoalidade não é a inversão da ordem de fases que leva a uma aplicação maior ou menor desses princípios.

Não queremos dizer que não são princípios importantes ou que não tem reflexo num procedimento licitatório com o uso do art. 18-A da Lei de Concessões. Esclarecemos a sua indiscriminada obediência, com efeito para todos os atos administrativos.

Por certo, o processo licitatório com a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento só será lícito, legítimo, regular, ético, legal e constitucional se houver respeito aos princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade.

Quanto aos princípios da legalidade e eficiência podemos utilizá-los para uma análise da aplicação do art. 18-A da Lei nº 8.987/95.

6.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Para Marcos Juruena, o princípio da Legalidade no aspecto geral, que vale para todos cidadãos ou agentes públicos, apresenta-se como “força do qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Note-se que “em virtude de lei” não significa que apenas a lei é fonte de obrigações”⁴⁷.

Interessante, notar ainda do mesmo autor um esmiuçar sobre a legalidade na esfera administrativa:

[...] a Administração só pode agir quando autorizada por lei; difere, portanto, do princípio da legalidade visto como princípio geral; isto porque o particular pode tudo, até que, em virtude da lei, se lhe imponha a vedação; ao contrário, a Administração não é livre para agir, até a lei a autorize.⁴⁸

Continuando os seus ensinamentos⁴⁹, afirma que o princípio da legalidade tem atuação sobre dois aspectos:

[...] i) princípio da reserva legal – somente por lei pode-se inovar em obrigações e direitos, e ii) princípio da preferência legal – quando há uma situação de conflito na aplicação da lei ou de outro ato normativo qualquer, “a preferência é em favor do comando contido na lei [...].

No caso concreto, com a aplicação do comando contido no art. 18-A, podemos observar o que segue:

- a ordem está contida numa lei, cuja inserção foi feita por outra lei. Não se deve duvidar dessa afirmação, mesmo que se lembre o seu nascedouro como Medida Provisória, posteriormente convertida em Lei. A Constituição Federal prevê a modalidade e exige a sua conversão, num processo legislativo e sobre o possível

⁴⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório: 2ª. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p.184.

⁴⁸ Ibidem, p.192.

⁴⁹ Ibidem, loc. cit.

crivo do Judiciário. A Lei está no sistema jurídico e nada impede a sua aplicação; tem força para constituir direitos e obrigações, inovando na ordem jurídica;

- embora se possa levantar a não obrigatoriedade do instituto da inversão, mas apenas a possibilidade do seu uso pela Administração Pública Brasileira, conforme o comando do artigo – “art 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:...”; à Administração já pode agir. Há a Lei com o permissivo legal exigido para o respeito ao princípio da legalidade;

- não há, inclusive, um aparente conflito entre a Lei de Licitações e a Lei de Concessões. As leis coexistem sem conflito, a regra permite para o caso específico das concessões uma aplicação de procedimento em uso por outras Leis (Pregão e PPP's). Tanto é possível, que a Leis mais antigas continuam com a inversão de fases;

- no caso de existir algum conflito entre um ato normativo sem força de lei (em sentido estrito), e uma lei, prevalece a lei.

Portanto, como visto, a inversão da ordem das fases da habilitação e julgamento pelo prisma da legalidade e do princípio da legalidade está perfeitamente correto. Sua aplicação encontra-se respaldada na Lei e, conforme acima, não há maiores críticas na doutrina predominante.

6.2. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Princípio que foi inserido posteriormente, não constava do texto original do art. 37 da CF, introduzido pela Reforma Administrativa do Governo Fernando Henrique Cardoso. Tinha um forte conteúdo ideológico, pois transmitia a vontade do Governo em reformular o Estado, tornado sua atuação mais eficiente.

Raquel Melo Urbano de Carvalho leciona: “assim, ao escolher os meios através dos quais o Estado buscará satisfazer as necessidades coletivas, é imperioso considerar ser obrigatória a eficiência em atingir os objetivos públicos”⁵⁰.

Emprestando da ilustre Professora Raquel, citação feita em sua obra do Mestre Egon Bockmann Moreira (2000 apud CARVALHO, 2008, P.198) :

⁵⁰ Ibidem, p.182.

[...] no ordenamento constitucional brasileiro a eficiência não pode ser vislumbrada como “dever irrestrito de reduzir custos e produzir superávites” ou “aumentar a lucratividade estatal”, nem tampouco na condição de “diretriz primeira da administração do Estado”. Não se trata de princípio que autorize a supervalorização, no plano jurídico, dos chamados “interesses públicos secundários”⁵¹.

E a Prof. Raquel arremata:

Sem extrapolar os limites do texto constitucional e da própria realidade administrativa, o que dela decorre é a rejeição de quaisquer normas ou condutas que resultem no comprometimento dos resultados perseguidos pela boa administração (atuação negativa) e a obrigatoriedade de que a atuação do estado torne concreta na realidade social a realização otimizada, célere e responsável da função administrativa (atuação positiva)⁵².

O princípio da eficiência não se faz por uma noção contábil, mas sim do alcance da norma na realidade jurídica e social, produzindo ganhos nem sempre quantificáveis ou de aferição numérica.

No caso da regra do art. 18-A salientamos:

- é uma regra que já foi testada e aprovada no uso administrativo nas licitações realizadas por pregão presencial e eletrônico;

- otimiza a atuação estatal, com a análise dos documentos dos licitantes vencedores, com mais velocidade e mais atenção no que é analisado. Com um número menor de documentos para analisar, em função do menor número de licitantes – só o vencedor tem seus documentos verificados. Na cadeia processual tudo é mais dinâmico, com números mais baixos, menos papel gasto, tempo dos

⁵¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.143 e 261.

⁵² CARVALHO, op. cit. p.201.

servidores alocados para análise e outros ganhos gerais, como uma imagem de eficiência;

- o licitante participante também ganha com a nova modalidade, que é mais prática, pois somente o vencedor é obrigado a apresentar uma série de documentos, os quais como é de conhecimento de todos, são numerosos e de um trabalho monumental para se conseguir. Algumas empresas possuem empregados especializados nessa tarefa, até “departamentos” voltados para atender ao exigido na burocracia estatal;

- o cidadão também ganha pois pode acompanhar o procedimento, fiscalizar a documentação apresentada e o trabalho da Comissão de licitação, com mais facilidade – número menor de documentos apresentados, pois só o vencedor apresenta.

Portanto, não é só matemática, financeira ou contábil, a economia alcançada com a inversão da ordem das fases; é um ganho para a sociedade ou, melhor ainda, para o interesse público que sai resguardado e com vantagens substanciais. O processo licitatório fica mais dinâmico, promovendo o interesse público de maneira mais próxima e clara para a sociedade, evitando-se uma avalanche de papéis que não significam um sistema melhor.

Não há ingenuidade em promover a melhoria e saber que o sistema poderá sofrer avarias se não for monitorado e, ainda, receber as adaptações necessárias ao correr do tempo. Sabemos das possibilidades de se tentar burlar o sistema, seja qual for, principalmente pelos interessados em ganhar de forma desonesta uma concessão, mas quanto a este problema a única solução é a prática da lei e a aplicação das penalidades previstas na norma.

6.3. PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

O sistema das licitações, com base na Lei nº 8.666/93, art. 3º, também prevê princípios, os quais são: i) legalidade, ii) impessoalidade, iii) moralidade, iv) da igualdade, v) da publicidade, vi) da probidade administrativa, vii) da vinculação ao instrumento convocatório, e viii) do julgamento objetivo.

Dos dois últimos princípios, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, que são de aplicação ímpar na Licitação devemos destacar que

a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento é fielmente aplicável e não há qualquer conflito na aplicação dos princípios na inversão.

Vale lembrar, a ordem expressa de que o Edital deve prever a inversão da ordem das fases expressamente para ter eficácia.

No que tange ao julgamento objetivo é mais lógica a sua constatação, pois a proposta é o referencial para se declarar a vencedora. Os documentos do vencedor também são analisados com base na Lei e no Edital, as habilitações jurídicas, técnicas, econômico-financeira e fiscal são verificadas e a falta de qualquer uma dessas é motivo de desclassificação e convocação do segundo colocado. Sempre respeitando a ampla defesa e o contraditório.

A Lei nº 9.784/99, de aplicação subsidiária para qualquer processo administrativo, inclusive os licitatórios de concessões de serviços públicos, destaca os princípios paradigmáticos: i) da ampla defesa e contraditório, ii) motivação das decisões, iii) informalidade, iv) da verdade real, v) da razoabilidade, vi) da proporcionalidade, vii) da oficialidade, viii) da segurança jurídica, e ix) da gratuidade⁵³.

Todos são de aplicação no processo licitatório com inversão da ordem das fases da habilitação e julgamento, de acordo com a necessidade processual e da falta de regra na Lei específica. Assim, é aberto ao cidadão a participação e possibilidade de impugnar o Edital, por exemplo: i) o cidadão tem acesso gratuito, com a menor formalidade possível, ii) caso presente uma petição, questionando algum licitante, iii) cita-se ou intima-se (oficialidade), iv) abre-se a oportunidade de defesa ampla (contraditório), v) o julgamento deve ser razoável, proporcional, motivado e na busca da verdade real, vi) esgotadas as instâncias recursais na esfera administrativa chega a segurança jurídica administrativa, certo que há a possibilidade de se recorrer ao judiciário.

Ao se escrever um Edital os princípios acima mencionados, do processo administrativo, são balizas que o administrador deve perseguir e garantir aos envolvidos, sem pairar dúvida na aplicação.

⁵³ Cf. SOUTO, 2005.

6.4. O INTERESSE PÚBLICO

Inspiração para a Legislação e a Doutrina, devemos ressaltar os princípios da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular e o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.

Qualquer ato ou atividade estatal deve sempre procurar a realização destes princípios, os dois princípios são ideais da perfeita atuação estatal, mas funcionam como limites aos agentes públicos.

Na inversão da ordem das fases da habilitação e julgamento há a correlata sobreposição do instituto sobre os princípios, pois o interesse público é resguardado e promovido. No novel instituto a Supremacia do Interesse Público sobressalta quando percebemos a dinâmica processual atendendo a uma melhoria do sistema e possibilitando um ganho real no processo licitatório.

No caso apresentado pela ANEEL percebemos a escolha pela Supremacia do Interesse Público quando se define a escolha pela inversão da ordem das fases, visto que não é obrigatório e nem opção do administrado. Assim, prestigia-se a competição em detrimento do formalismo exacerbado, vale o conteúdo (proposta) não a forma (documentos).

A Indisponibilidade do interesse público se manifesta em várias formas, vejamos: i) na necessidade da licitação para a concessão de serviços públicos; ii) na formação do processo e do livre acesso a todos os interessados; iii) na busca pela eficiência com a inversão da ordem das fases. Não pode o licitante impedir a sua utilização por conveniência própria; e iv) na busca pela menor tarifa, em regra é o critério para as concessões.

A aplicação conjunta dos princípios da supremacia do Interesse público e da indisponibilidade do interesse público é de facilíma observação na aplicação da inversão da ordem das fases da habilitação e julgamento. Não bastasse as demonstrações acima, mencionamos a busca constante e ideal pela desburocratização de qualquer processo do Estado, no caso da inversão da ordem das fases é plenamente atingida esta busca.

7. CONCLUSÕES

A inovação pretendida pelo art. 18-A da lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95), introduzido pelo art. 120 da Lei nº 11.940, conseguiu alcançar o seu objetivo de melhorar o processo licitatório das concessões de serviço público.

A inversão da ordem das fases da habilitação e julgamento promove uma melhoria no processo seja pela racionalização ou pela desburocratização. Como demonstramos no presente trabalho a concessão do serviço público é uma necessidade do Estado, na fase atual com a promoção de licitações dirigidas pelas Agências de Regulação, em nome do poder concedente, e com a busca de melhores resultados, em especial possibilitando a inversão da ordem das fases.

A regra do art. 18-A é uma tentativa de tornar o processo mais célere e com resultados para a Administração. A experiência anterior, nos pregões, avalizou a sua introdução na Lei das PPP's e depois na Lei das Concessões. A norma ainda está como inovação, pois não foi aplicada em toda a sua potencialidade na esfera Federal. O receio da mudança e o exercício lento da atividade de concessão de serviços públicos levam a pouca aplicação e, conseqüentemente, uma falta de literatura especializada e manifestação jurisprudencial.

Uma das exceções dentro do Estado na sua atividade de promoção da concessão do serviço público é o setor elétrico. A necessidade de vultuosos investimentos e pela tradição em participação de outras empresas que não as estatais federais, levou nos últimos anos a ANEEL a licitar de concessões de serviços públicos e, principalmente, aplicar o mecanismo da inversão da ordem das fases com grande sucesso.

Ponto de vital importância na análise do mecanismo estudado é a sua conformidade com o sistema jurídico, incluindo a constitucionalidade, legalidade e respeito e promoção dos princípios jurídicos, gerais ou de localização específica. Como demonstramos acima, tudo está em perfeita harmonia com o sistema jurídico e, desse modo, podemos afirmar que a regra da inversão da ordem das fases da habilitação e julgamento encontra respaldo constitucional e legal.

O Administrador Público também tem a tranquilidade de que ao utilizar o referido mecanismo de inversão no processo licitatório das concessões de serviço público respeita e promove os princípios constitucionais, do direito administrativo, da legislação de licitação e do processo administrativo, como apresentamos.

A inversão da ordem das fases da habilitação e julgamento não é a salvação final, também não é necessário ter clarividência para saber que a evolução é contínua e o Estado deve buscar atender aos anseios da sociedade e prover as necessidades básicas, seja por qual mecanismo escolha para tanto. Há certeza na evolução da sociedade e do Estado, porém o esforço é que seja sempre pautada no respeito aos princípios constitucionais, administrativos e os das legislações aplicáveis.

Por fim, a inversão da ordem das fases da habilitação e julgamento, do art. 18-A da Lei nº 8.987/95, é uma inovação bem-vinda ao sistema seja pela comprovação prática da sua utilização, pregões do Governo Federal ou Leilões da ANEEL, como pela recepção do sistema jurídico-legal e principiológico brasileiro.

O Estado, a sociedade, o cidadão e os participantes de uma licitação de concessão de serviço público, todos, podem ganhar muito com a mudança no processo licitatório, desde que a sua utilização seja feita de forma responsável e atenta para qualquer tentativa de desvirtuação do instituto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica. Editais e documentos de Transmissão e Geração. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/>>. Acessado em 04 de dezembro de 2008.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: Planalto. Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em 06 de dezembro de 2008.

_____. Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993. Estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. In: Planalto. Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> Acessado em 06 de dezembro de 2008.

_____. Lei no 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. In: Planalto. Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm> Acessado em 06 de dezembro de 2008.

_____. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. In: Planalto. Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9427cons.htm> Acessado em 06 de dezembro de 2008.

BRASIL. Procuradoria Federal na Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Procurador Claudio Ortis. Brasília, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI. 2716. Min. Eros Grau. 29.11.2007. DJE de

07 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acessado em 06 de dezembro de 2008.

_____ Supremo Tribunal Federal. ADI. 3.521. Min. Eros Grau. 28.09..2006. DJE de 16 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acessado em 06 de dezembro de 2008.

_____ Supremo Tribunal Federal. RE 264.621. Min. Joaquim Barbosa. 1.02..2005. D.J. de 08 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acessado em 06 de dezembro de 2008.

_____ Supremo Tribunal Federal. ADI. 1.824-MC. Min. Neri da Silveira. 10.06.1998. DJE de 19 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/>>. Acessado em 06 de dezembro de 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Documentos da Presidência da República, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos: **Manual de Direito Administrativo**. 17ª. ed. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2006.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 1ª Ed. Salvador: Jus Podium, 2008.

Da CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Ed. Salvador: Jus Podium, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. 2ª Ed. São Paulo: EDUSP, 2006.

GIANNINI, Massimo Severo. **Il público potere: stati e amministrazioni pubbliche**. 1986. p.20.

GROTTI, Dinorá. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 87.

GOMES, Laurentino. **1808**. 7ª Ed. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

HASSAN, Eduardo Amin Menezes, **A CONSTITUCIONALIDADE DA INVERSÃO DAS FASES PROCEDIMENTAIS DA LEI DE LICITAÇÕES DO ESTADO DA BAHIA**, site da Jus Podium Editora, publicado em 18.07.07. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_cat_1.html>. Acesso em 05 de dezembro de 2006.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26 a Ed. São Paulo: Companhia das letras, 1995 (2006) 25ª reimpressão.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33a Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000, p.143 e 261.

_____ **O Processo de Licitação, a Lei 9784/99 e o Princípio da Legalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 3, junho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 de novembro de 2008.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras**. 1ª Ed. Barueri: Manole, 2003.

NUNES, Edson Oliveira. et al. **Agências Reguladoras e Reforma do Estado no Brasil**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007 .

OCDE, Relatório da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **“OCDE – Relatório sobre a Reforma Regulatória”**, 2005, Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/noticias/080604_relatorio.pdf>. Acesso em: 28 de novembro de 2008.

OSBORNE, David, e GAEBLERT, Ted. Trad. De Sérgio Bath e Ewandro Magalhães Júnior. **Reinventando o Governo**. Brasília: MH Comunicações, 1994.

REIS NETO, Lauro Celidonio Gomes, O risco da inversão de fases na licitação. **Valor Econômico** , São Paulo, 20 de março de 2007.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**: 11a Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIVERO, Jean. **Droit Administratif**, 2 ed. Paris Dalloz, 1962

SILVA, José Afonso da . **Comentário Contextual à Constituição**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____ **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

_____, **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.