

OBRA PÚBLICA A CUSTO ZERO

(Instrumentos jurídicos para realização de obras públicas a custo financeiro zero)

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

Professor titular de direito administrativo da Faculdade de
Direito da Universidade Católica de S. Paulo

1. Obras e serviços públicos tanto podem ser efetuados diretamente pelo Estado quanto por intermédio de terceiros aos quais o Poder Público recorra para tal fim. Nesta segunda hipótese, para obter o concurso de particulares que executem obras ou serviços que lhe interessem, obviamente o Estado deverá proporcionar-lhes a obtenção de contrapartida econômica que os atraia a estes engagements. Múltiplas formas podem ser prestantes para ensejar-lhes dita remuneração.

A mais óbvia delas, evidentemente, será contratá-los, versando-lhes o correspondente, em dinheiro, para pagamento da atividade desempenhada, num simples *contrato administrativo de obra pública ou de prestação de serviços*.

Pode também, o Estado, ao invés de pagá-los por si mesmo, exonerar-se da despesa em que teria de incorrer, convindo em que a remuneração do empreendimento será colhida por seus executores diretamente dos usuários, mediante *tarifas* cobradas a título de exploração da obra ou serviço efetuados. É o que se denomina *concessão de obra ou concessão de serviço público*, conforme o caso, os quais, como é evidente, são cabíveis apenas nas hipóteses em que o bem em causa se destine à *utilização do público* e não da própria Administração.

Estas são as modalidades clássicas de realização dos aludidos cometimentos públicos. Ditas fórmulas não são, entretanto, as únicas possíveis.

2. Com efeito, em períodos nos quais os recursos públicos sejam escassos, insuficientes para cobrir o campo de necessidades, não haveria como atendê-las mediante contratos de obra ou prestação de serviço.

No caso de obras públicas, a concessão de obras também careceria de préstimo, por inexecutável, quando o bem desejado não se destina ao uso do público ou quando, embora destinando-se a isto, o acobertamento de seu custo e da margem remuneratória do empreendedor, em tempo razoável, demandaria tarifas excessivamente elevadas, proibitivas ou, quando menos, alijadoras de parte da comunidade a que devesse servir.

Assim, em épocas de forçada contração de investimentos públicos, não restará ao Estado senão a alternativa de buscar *formas de colaboração com a iniciativa privada*, convocando-a para custear total ou parcialmente a realização destes empreendimentos, mediante contrapartida diversa das tradicionalmente oferecidas. Não há dificuldades de monta para tanto, por ser vasto o repertório de vantagens que o Po-

der
par

Est.
inc
a p
que
con
pod
ca
nela
aliza
o Po

I
emp
imo
da A
cole
conc
real
alier
meio
este

4.
ções
rias
com
gens
ção
los
refor
com
empr
tuá-l
imob
solo,
vel o
ment
ping
lojas
culos
lados
come
se-iar
tar o

dos em custear o empreendimento público ante a espécie de retribuição aludida, que lhes poderia proporcionar proveitos econômicos compensatórios.

Assim também, rodovias poderiam ser construídas total ou parcialmente, ou tão-só conservadas e reparadas, às expensas de empresários privados. Para tanto, ao se efetuarem as desapropriações requeridas, abrangem-se-las também faixas marginais selecionadas em função de conveniências dos usuários, em guisa de infraestrutura de apoio, como postos de gasolina, oficinas de reparo, hotéis, restaurantes, "shopping centers" de pequeno ou médio porte, pronto-socorros etc., a fim de proporcionar, ao empreiteiro da obra para que, comercializando-as ou explorando-as, se ressarcisse das despesas em que teria de incorrer.

Outras áreas seriam igualmente abrangíveis e mobilizáveis para este mesmo suporte financeiro, já agora tomando em conta interesses, igualmente públicos, mas de outra natureza, quais os relativos ao descongestionamento urbano. Na conformidade de empreendimentos com os municípios interessados e entrosadamente com os respectivos planejamentos urbanísticos, poderiam estar inclusos no âmbito da desapropriação espaços destinados a terminais de carga, centros de abastecimento ou até a núcleos industriais ou de serviços, que conviesse manter mais afastados dos centros de população e adjacentes às estradas, com o fim de serem trespassados, por tempo certo ou em definitivo, para a empreza que custeasse a obra (ou que simplesmente fosse encarregada de sua reparação ou manutenção), a fim de que, explorando-os, se ressarcisse das despesas e auferisse a remuneração correspondente.

É óbvio que em cada caso a entidade governamental interessada teria de estudar a modalidade, extensão da participação e custeio (total ou parcial) da obra pela iniciativa privada, em função da viabilidade econômica, isto é, dos custos envolvidos,

der Público dispõe e pode oferecer aos particulares para atraí-los.

3. Com efeito, desde logo, é certo que o Estado dispõe de seu próprio patrimônio imobiliário (normalmente vasto). O todo ou a parte de cada uma de suas propriedades que não tenha de estar necessariamente comprometida com uma utilização pública podem ser adscritos à *exploração econômica* dos empreendedores particulares que, nelas ou em outro sítio, se dispõem a realizar as obras públicas em cuja realização o Poder Público esteja interessado.

Dependendo do vulto e da natureza do empreendimento, a parte do patrimônio imobiliário estatal alheia ao uso especial da Administração e não votada à utilização coletiva pode ser outorgada a título de concessão de uso, concessão de direito real de uso, aforamento ou simplesmente alienada ao empreendedor particular como meio de pagamento de obras públicas por este custeadas.

4. Figurem-se algumas hipóteses. Estas são ferrovias, metrôvias ou rodovias comuns ou simples terminais, tanto como linhas de "metrô", túneis e passagens subterrâneas de cruzamento ou ligação de vias, para pedestres ou para veículos automotores, podem ser construídas, reformadas, ampliadas ou modernizadas, com recursos privados, outorgando-se aos empreendedores que se dispõem a efetuar os a expensas próprias a exploração imobiliária e ou comercial *de parte do solo, do subsolo ou do super solo edificável onde se implantem os referidos equipamentos urbanos*. Supermercados, "shopping centers", estações de serviço, hotéis, lojas de todo tipo, estacionamento de veículos e serviços variados podem, ser instalados nos espaços de sarte utilizáveis. Sua comercialização ou exploração constituir-se-iam em atrativos suficientes para suscitar o afluxo de capitais privados empenha-

cas de
os pú-
tante,

quais
, insu-
cessi-
medi-
de ser-

cessão
stimo,
sejado
quan-
cober-
remu-
po ra-
unente
nenos,
a que

itração
ará ao
ar for-
a pri-
tal ou
preen-
livera
lao há
por ser
o Po-

da compensação ofertável e do tempo de recuperação do investimento e remuneração correspondente, mas é certo que seriam sempre possíveis.

5. Não há óbice constitucional algum a que o Poder Público, em regime de livre iniciativa, como é o nosso, se relacione com particulares empreendedores e acerte as fórmulas jurídicas idôneas para obter-lhes a colaboração mediante contrapartida econômica conveniente de parte a parte.

Resta ver, pois, quais as trilhas de direito existentes e quais as exigências que o sistema normativo imporia para efetivar operações negociais deste gênero, já que inexistente entre nós uma legislação adrede armada ao propósito de regular vínculos *com a postura aludida*. Embora nela se contemple tanto a possibilidade de alienação de bens, como os institutos da concessão de uso, da concessão de direito real de uso e do aforamento (enfiteuse), não cogitou de empregá-los como contrapartida da realização de obras públicas. Ou seja, não os prefigurou nomeadamente enquanto instrumentos prestantes para tal fim, os quais, então, alojar-se-iam genericamente sob a rubrica de contratos administrativos, sem particularização das formas peculiares que porventura poderão revestir.

6. É certo que mesmo as formas clássicas da concessão de obras e de serviço público sempre dependeram de *autorização legislativa*.¹ Nem por isto tal circunstância representou qualquer óbice à normal utilização delas, tanto que a concessão de serviços públicos sempre teve largo trânsito entre nós.

1. Veja-se Hely Lopes Meirelles, *Dir. Admin. Brasileiro*, Ed. RT, 15ª ed., 1990, p. 334; Diógenes Gasparini, *Dir. Administrativo*, Ed. Saraiva, 1989, pp. 163 e 289 e nosso *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, Ed. RT, 2ª ed., 2ª tiragem, p. 49.

Assim, o fato das fórmulas não tradicionais alvitradas também demandarem dita autorização — pois envolveriam, no mais das vezes, alienação de bens públicos ou concessão de direito real de uso, ambos dependentes do mesmo requisito (Decreto-lei federal 2.300, de 21.11.86 e Constituição do Estado de São Paulo, art. 19, IV) — nem por isto propõem, no tópico em apreço, exigência normativa diversa daquela que sempre condicionou a utilização de institutos jurídicos clássicos, como os referidos, sem que tal fato lhes haja criado empecos ou diminuído o emprego corrente, tanto alhures como no Brasil.

Isto posto, é bem de ver que a realização de obras públicas pelos meios aduzidos é plenamente factível mediante “contratos administrativos”, obedecido o regime geral deles (Decreto-lei federal 2.300, de 21.11.86, Lei estadual 6.544, de 22.11.89) pactuando-se, entretanto, com *autorização legislativa*, que a retribuição do contratado pelos encargos assumidos não se fará por uma contrapartida em dinheiro versada pelo Poder Público, mas pelo trespasse integral ou parcial da área do imóvel não afetada à utilização pública, mediante *transferência da propriedade, ou enfiteuse, concessão de direito real de uso* ou simplesmente *concessão de uso* — conforme a viabilidade econômica do negócio — a fim de que o empreendedor se remunere através da comercialização ou exploração do imóvel, segundo o que seja estipulado.

Para melhor esclarecer estas alternativas, vale comentar, conquanto de modo singelo, cada uma das hipóteses referidas, apontando as características básicas dos institutos mencionados.

7. *Concessão de uso* é, no dizer de Hely Lopes Meirelles, “o contrato administrativo pelo qual o Poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segun-

do sua dest
racteriza a c
dos demais
torização e p
contratual e
bem público
ze com exclu
vencionadas

Nos caso
relativamente
no porte, a
bem público
pertar intere
hipótese de
para a ligaçã
portante avei
ponto de vi
desta obra p
expensas de
partida, graç
cializaria ou
por determin
anos), os esp
vistos e orgar
da área desti

8. A conc
por oferecer
teria possibil
espectro ben
Está expressa
Decreto-lei 2
acordo com a
les, na esfera
“o contrato
transfere o us
terreno públic
real resolúvel
fins específico
lização, edifi
outra exploraç

Agregue-se
concessão de
outorgada por

2. Op. cit., p.

3. Op. cit., pp

indeterminado, conforme estalou o referido art. 7º. Consoante dispõe o § 4º deste preceptivo, salvo reserva contratual, o direito por ela instaurado é transmissível por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, como os demais direitos reais sobre coisas alheias.

Desde logo diverge da simples concessão de uso pelo fato de que, ao contrário daquela — na qual apenas se compõe um direito de natureza obrigacional (isto é, pessoal) — instaura um direito real. Este, no dizer de Clóvis Bevilacqua, é o "poder jurídico da pessoa sobre uma coisa determinada, aderindo a ela, enquanto perdure e prevalecendo contra todos".⁴

Possui, então, como características inerentes, sua imediata adesão à coisa e o chamado direito de seqüela, que enseja a persecução do bem. É exclusivo, vale dizer, sobre o bem em que recai não incidirá outro direito da mesma espécie e é protegido por ação real, graças ao que "prevalece contra qualquer que detenha a coisa".⁵ É oponível *erga omnes*, ou seja, contra todos, pois confere ao titular a prerrogativa de vê-lo respeitado por quaisquer sujeitos, os quais ficam impedidos de opor-lhe qualquer embaraço. Seu exercício independe da colaboração de terceiro; faz-se de per si, diretamente na relação entre o sujeito e a coisa "ao contrário dos direitos pessoais em que a colaboração do devendor, espontânea ou forçada, é indispensável para o gozo do direito", como bem o expressou Silvio Rodrigues.⁶

A concessão do direito real de uso é, quando menos, um instituto apartado com o velho "direito de superfície". Com efeito, José Afonso da Silva nele reconhece "os elementos essenciais do direito de superfície".⁷ Nelson de Figueiredo Cerqueira

do sua destinação específica. O que caracteriza a concessão de uso e a distingue dos demais institutos assemelhados — autorização e permissão de uso — é o caráter contratual e estável da outorga do uso do bem público ao particular, para que o utilize com exclusividade e nas condições convenionadas com a Administração".²

Nos casos em que o investimento seja relativamente modesto e a obra de pequena porte, a simples concessão de uso de bem público, por prazo certo, poderia despertar interesse empresarial. Figure-se a hipótese de uma passagem subterrânea para a ligação dos dois lados de uma importante avenida sita em local valioso do ponto de vista comercial. A realização desta obra pública poderia efetivar-se às expensas de empresário o qual, em contrapartida, graças à concessão de uso, comercializaria ou exploraria economicamente, por determinado lapso de tempo (10, 15 anos), os espaços subterrâneos adrede previstos e organizados para tal fim à margem da área destinada à passagem.

8. A concessão de *direito real de uso*, por oferecer garantias muito mais sólidas, teria possibilidades de utilização em um espectro bem mais amplo de hipóteses. Esta expressamente prevista no art. 7º do Decreto-lei 271, de 28.2.67 e, ainda de acordo com a lição de Hely Lopes Meirelles, na esfera pública configura-se como "o contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular como direito real resolúvel, para que dele se utilize com fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social".³

Agrege-se o esclarecimento de que a concessão de direito real de uso poderá ser outorgada por tempo certo ou por tempo

2. Op. cit., p. 431.
3. Op. cit., pp. 432-433.

4. *Direito das Coisas*, 5ª ed. atualizada por José Aguiar Dias, Ed. Forense, vol. I, p. 261.
5. Clóvis, op. cit., pp. 262-263.
6. *Direito Civil*, Ed. Max Limonad, 1964, *Direito das Coisas*, vol. V, pp. 16-17.
7. *Direito Urbanístico Brasileiro*, Ed. Rev. dos Trib., 1981, p. 535.

não tradicionais, no mandarem, no s públicos, so, ambos (Decreto-Constitui- r. 19, IV) cópico em versa da-utilização como os aja criado io corrente a realização os aduzi- ne "con- lo o registro 2.300, de 544, de nfo, com tribuição ssunidos la em dilico, mas l da área pública, idade, ou por oferecer garantias muito mais sólidas, teria possibilidades de utilização em um espectro bem mais amplo de hipóteses. Esta expressamente prevista no art. 7º do Decreto-lei 271, de 28.2.67 e, ainda de acordo com a lição de Hely Lopes Meirelles, na esfera pública configura-se como "o contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular como direito real resolúvel, para que dele se utilize com fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social".³

Agrege-se o esclarecimento de que a concessão de direito real de uso poderá ser outorgada por tempo certo ou por tempo

assinala que "desde a edição do Decreto-lei 271, de 28.2.67, o direito de superfície voltou a integrar o nosso ordenamento jurídico".⁸ José Osório Azevedo, em excelente artigo, observa que a concessão de direito real de uso "é o direito de superfície apenas modernizado" e que não se confunde integralmente com o vetusto instituto já que, tal como composto pelo Decreto-lei 271, "é por sua própria natureza resolúvel enquanto o direito de superfície é, em geral perpétuo e ou, pelo menos, de prazo longo e não se extingue pelo não uso".⁹

9. Sem embargo da parentela com o direito de superfície, o certo é que com as características atribuídas pelo Decreto-lei 271 ganhou fisionomia específica, em que sobressai seu caráter *conaturalmente resolúvel*, conforme consta do próprio art. 7º, precitado, se (a) o concessionário distrair o bem da destinação contratualmente estabelecida ou (b) descumprir cláusula resolutória do ajuste, consoante dispõe o § 3º do mesmo preceptivo.

Mas não só isto. Ao contrário do direito de superfície que, como o próprio nome indica, respeita à "superfície" de um imóvel, a concessão do direito real de uso *não tem seu âmbito de aplicação circunscrito ao nível do solo*.

Com efeito, o instituto não se restringe à transferência do uso de "terrenos" (embora seja esta a expressão que consta do próprio art. 7º, precitado e que foi reproduzida no conceito que dele fornece Hely Meirelles), pois o art. 8º do mesmo diploma estabelece que "é permitida a concessão de uso do *espaço aéreo* sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, tomada em projeção vertical, nos termos e para os fins do artigo anterior e na forma que, for regulamentada".

8. "O Direito de Superfície", in *Rev. dos Tribunais*, vol. 473, março de 1975, p. 27.

9. *Rev. dos Tribunais*, vol. 388, fev. 1968, pp. 40 e ss.

Note-se que a referência normativa explícita ao espaço aéreo impõe o entendimento de que seu uso pode ser concedido *autonomamente*, isto é, desligado do solo e não, portanto, como simples resultante ou consequência da concessão do uso do solo.

10. Verifica-se, pois, que o Poder Público tanto poderia remunerar o particular que executasse obra pública outorgando-lhe concessão de direito real de uso sobre o terreno público contíguo à edificação votada ao uso administrativo ou ao uso público, quanto sobre o espaço aéreo que se projete verticalmente *acima da própria edificação pública*.

É dizer: repartições ou edifícios votados para servir o público, como estações rodoviárias ou metroviárias, *exempli gratia*, poderiam ser construídas a expensas do empreendedor privado, ao qual se outorgaria concessão de direito real de uso sobre a área contígua ou (nos limites dos coeficientes urbanísticos) *sobre o espaço aéreo que cobre a própria edificação pública*, o qual seria explorado com a ereção de pavimentos suplementares comercializáveis pelo particular empreendedor.

Outrossim, nada obsta que através dele se faça concessão de uso do subsolo, na medida em que este é um componente físico do próprio terreno, em si mesmo considerado.

No caso de estações subterrâneas de embarque e desembarque de passageiros dos transportes de massa, o próprio solo que as recobre poderia ser objeto de concessão de direito real de uso. O direito de edificar ou incorporar edificações sobre ele, mediante concessão de direito real de uso, corresponderia à contrapartida do investidor privado que se encarregasse de custear as obras públicas subterrâneas.

Assim também, a escavação subterrânea poderia ultrapassar em amplitude ou profundidade as dimensões requeridas

para abrigar: desembarque, molde a com talação de su- ters", lojas, automóveis e em mais de u compor um "vel cuja organ ca seria confe zasse com rec pretendida.

11. Tanto real de uso, a utilizável, pa concerne à p não esteja abs ca a que a ol regulado nos Civil e, para o a 124 do De pode ser defi lando Gomes, coisa alheia "tuamente, os nio, com obri coisa uma ren a substância".

Enfiteuse e pressões equiv imóveis e, em do seria precis certa e invariá apreço é trans mente, desde nhorio, isto é. No caso de ve to, este tem di solidar o dom valendo dela t uma percenta transferência. l importa em 2 contrário. Em

10. *Direitos Ri*

de 1946, alinente aos bens imóveis da União, tal percentual é de 5%.

O proprietário da coisa denomina-se senhorio e seu domínio é chamado direito. O beneficiário do direito real denomina-se enfiteuta ou enfiteuse e seus direitos sobre a coisa são designados como domínio útil. A renda que pagará ao senhorio chama-se foro, canon ou pensão e se por três anos consecutivos deixar de pagá-la sofre o commissso, isto é, a perda do aforamento, consolidando-se o domínio pleno em favor do proprietário.

O enfiteuta dispõe dos mais amplos poderes sobre o bem: pode usá-lo, gozá-lo e dispor dos frutos, produtos e rendas, mas não pode mudar-lhe a substância ou deteriorá-lo.

12. Há quem considere a enfiteuse uma velharia, instituto arcaico e que deveria, na esfera pública, ser substituído pela concessão de direito real de uso. Mas o fato concreto é que está largamente usado no direito público brasileiro. Basta dizer que todos os prédios na orla marítima de Copacabana ou de Guarujá, por exemplo, estão edificadas sobre "terrenos de marinha", dos quais os "proprietários" não são senão enfiteutas!

Vale dizer, a tradição do instituto é tão forte e este é tão estável que os enfiteutas são socialmente havidos como proprietários, o que, evidentemente, facilita o comércio jurídico do domínio útil de que dispõem. Diversamente, a concessão de direito real de uso, por falta de tradição e utilização disseminada, não conta, ou pelo menos não conta ainda, com idêntico trânsito no comércio jurídico, fator que não pode ser minimizado se se pretende atrair investidores que, para auferir a contrapartida dos dispêndios em que incorrerão com a construção da obra pública, terão de se empenhar na comercialização das áreas que lhes sejam trespassáveis.

para abrigar as plataformas de embarque, desembarque e correlata infraestrutura, de molde a compreender espaços aptos à instalação de supermercados, "shopping centers", lojas, cinemas, estacionamento de automóveis etc., em um mesmo nível ou em mais de um nível do subsolo, a fim de compor um "acervo" de espaço aproveitável cuja organização e utilização econômica seria conferida ao empresário que realizasse com recursos próprios a obra pública pretendida.

11. Tanto como a concessão de direito real de uso, a *enfiteuse* (aforamento) seria utilizável, para os mesmos fins, no que concerne à parte do solo ou subsolo que não esteja absorvida pela utilização pública regulada nos arts. 678 a 694 do Código Civil e, para os bens da União, nos arts. 99 a 124 do Decreto-lei 9.760, de 5.9.46, podendo ser definido, nas expressões de Orlando Gomes, como o direito real sobre coisa alheia "que confere a alguém, perpetuamente, os poderes inerentes ao domínio, com obrigação de pagar ao dono da coisa uma renda anual e a de conservar-lhe a substância".¹⁰

Enfiteuse ou aforamento, que são expressões equivalentes, só se confere sobre imóveis e, em rigor, ao conceito formulado seria preciso acrescentar que a renda é certa e invariável e que o direito real em apreço é transferível, onerosa ou gratuitamente, isto é, ao titular da propriedade. No caso de venda ou dação em pagamento, este tem direito à preferência para consolidar o domínio em seu favor. Não se valendo dela faz jus ao laudêmio, que é uma percentagem fixa sobre o valor da transferência. Nos termos do Código Civil, importa em 2,5%, salvo estipulação em contrário. Em face do Decreto-lei 9.760, 10. *Direitos Reais*, Ed. Forense, 1958, p. 397.

mativa ex-
o entendi-
concedido
do solo e
sultante ou
do solo.

Poder Pu-
particular
autorizando-
uso sobre
edificação
ou ao uso
aéreo que
da própria

ícios vota-
o estações
empli gra-
t expensas
qual se ou-
real de uso
limites dos
o espaço
cação pu-
n a criação
s comer-
endedor.

raves dele
absolo, na
nenie físi-
mo consi-
râncas de
assageiros
prio solo
o de con-
direito de
ões sobre
to real de
da do in-
gasse de
âneas.
subterrâ-
lidade ou
queridas

13. É por isto, aliás, que a *transferência*, pura e simples, da propriedade, na parte não comprometida com o uso administrativo ou público, seria, possivelmente, a forma mais facilmente atrativa para os empreendedores. Com efeito, dessarte, além de desfrutarem de ampla liberdade para compor com terceiros os negócios através dos quais recuperariam os investimentos demandados pela obra pública e captariam o proveito econômico que os incitara a assumir as obrigações com o Poder Público, não encontrarão, por parte destes terceiros, eventuais receios quanto à segurança da transação jurídica que lhes seja oferecida. É claro que a disposição do domínio pleno conferiria, sob qualquer aspecto, maior desembaraço para os empreendedores.

14. Sem embargo desta última observação, cumpre sublinhar encarecidamente que todas as variantes mencionadas são exequíveis e que haverão de ser eleitas, ora uma, ora outra, em função das circunstâncias, da natureza da obra a ser realizada e daquilo que a Administração disponha para oferecer aos eventuais interessados, pois, não será indiferente a adoção, em todos os casos, de quaisquer destas fórmulas jurídicas referidas. Para confirmá-lo, basta pensar que, nas hipóteses em que o espaço aéreo superior à obra seja o único bem de que a Administração disponha para conferir ao investidor, não haveria outro instituto utilizável além da concessão de direito real de uso do supersolo.

15. Não se imagine que o fato das distintas modalidades que se vêm de considerar não se encontrarem previstas expressamente entre as *formas de execução indireta de obras públicas*, arroladas nos já mencionados diplomas federal e estadual regedores dos contratos administrativos (arts. 9º, do Decreto-lei 2.300 e 8º, da Lei estadual 6.544, inciso II, letras "a" a "d", de ambos os textos normativos), signifique impedimento à utilização de tais variantes.

Com efeito, desde logo, é certo que embora os sobreditos textos declarem (art. 1º de ambos) que as "*concessões*" a eles se submetem — aí inclusas, portanto, as de obra pública — também não as arrolou entre as modalidades de execução indireta de obras públicas, o que demonstra que a enunciação das modalidades de execução indireta, constante dos sobreditos artigos 9º e 8º, não pode ser havida como exhaustiva.

Por outro lado, uma vez que as presunções alienações, concessões de direito real de uso ou mesmo as concessões de uso, dependem de *autorização legislativa* em que se estabeleçam as condições em que integrarão o negócio — tal como se passaria com as clássicas concessões de serviço ou de obra pública — é bem de ver que a questão já ficaria por aí resolvida, independentemente do caráter exaustivo ou não exaustivo dos preceptivos dantes mencionados. Deveras, em havendo autorização legislativa, desapareceria o pretense obstáculo. De toda sorte, não há, neste particular, qualquer peculiaridade empecedora ou sequer diferenciadora em relação às concessões de obra ou de serviço público.

16. Tendo-se visto, inicialmente, que as relações cogitadas assujeitam-se, no geral, ao regime dos "contratos administrativos", atendidas apenas as particularidades inerentes à especificidade das relações em apreço, é, então, livre de qualquer dúvida ou entredúvida que haverão de ser precedidas de licitação. Isto resulta, não apenas dos diplomas normativos citados (art. 2º, de um e de outro), mas do próprio Texto Constitucional do País (art. 37, IX) e do Estado de São Paulo (art. 117).

Com efeito, não se conceberia que o Poder Público desejando entreter relações negociais com terceiros para a obtenção ou alienação de bens, realização de serviços ou obras, deixasse de ensanchar, em nome do princípio da isonomia (art. 5º da Constituição do País) e da impessoalidade

de (a
quais
tisfat
co aí
puta
propi
vanta
guard
nistra
caput
mesm
moral
tamb
Const

17.
tão de
ções a
ferido
se-á p
demar
liarida

É é
um ce
para q
tintas
res de
admini
privile
respec
da var
para ci
te, tan
possív
postas,

Em
sempre
denada
vantaja
tanto
21.11.8
22.11.8

Con
ção est
tas a Co
a qualic
(IV) o j

no edital (art. 36 do Decreto-lei 2.300, e art. 41 da Lei paulista 6.544).

18. Conforme o caso, sempre em função

dos interesses públicos específicos postos em causa e das peculiaridades da obra pretendida, bem como do que a promotora do certame disponha para oferecer como contrapartida de um negócio comercialmente exequível para um empreendedor, comporá o critério de julgamento, encaixando-o em um dos "tipos de licitação" também previstos nas sobreleis (arts. 37 do diploma federal e 42 do estadual). Tais "tipos" estão distinguídos em função do critério básico de julgamento adotado e são os de (I) menor preço, (II) melhor técnica, (III) técnica e preço e (IV) preço-base.

Em rigor, o critério baseado fundamentalmente no preço não tem de ser o de "menor" preço, pois, inversamente, o "maior preço" pode ser o mais vantajoso para a Administração. Com efeito, o preço mais vantajoso para a Administração certamente será o preço menor quando o pagamento incumba a ela, mas, pelo contrário — e como é óbvio — o mais vantajoso será-lhe o maior preço, quando é o ofertante quem tem de versar-lhe um pagamento.

19. Posto que as modalidades de execu-

ção de obras públicas aqui cogitadas não implicam despesa financeira para os cofres públicos, resulta evidente que não seria possível encontrar a "proposta mais vantajosa" mediante critério de julgamento favorecedor daquela que implicasse menor dispêndio financeiro, como se faz corrente na licitação para a aquisição de bens, obras ou serviços.

É claro, pois, que terão de ser encontrados outros fatores capazes de diferenciar as propostas em vista do proveito maior ou menor que pudessem oferecer à Administração. Estes, então, haverão de estar relacionados ou com o menor comprometimen-

to (art. 37, caput) iguais oportunidades a quaisquer interessados que pudessem satisfatoriamente atender o interesse público envolvido, tanto mais porque a disputa entre os eventuais proponentes é propiciatória da escolha da oferta mais vantajosa, além de concorrer para o resguardo do princípio da moralidade administrativa (também previsto no art. 37, caput, da Lei Magna). De resto, estes mesmos cânones da impessoalidade e da moralidade na Administração acham-se também expressamente referidos na Constituição Paulista (art. 111).

17. Por último vale considerar a questão dos critérios de julgamento das licitações armadas em função dos propósitos referidos, visto que, a toda evidência, estas se-ã perante certame cujas características demandam solução ajustada a suas peculiaridades.

É óbvio que não seria possível indicar um certo e determinado critério prestancie para quaisquer delas, uma vez que as distintas obras públicas, as condições peculiares de cada qual, porão em pauta interesses administrativos diversos, que terão de ser privilegiados entre os fatores decisivos das respectivas licitações. Além disto, a referência da variedade dos instrumentos utilizáveis para custear obras públicas, evidentemente interfere na composição dos possíveis critérios de comparação de propostas, como logo se dirá.

Em todo o caso, trata-se sempre e sempre de estabelecer uma diretriz precorrida a "selecionar a proposta mais vantajosa", que é o que impõe o art. 3º, tanto do Decreto-lei federal 2.300, de 21.11.86 quanto da Lei paulista 6.544, de 22.11.89.

Como se sabe, a legislação sobre licitação está em vigor no julgamento das propostas a Comissão levará em consideração: (I) a qualidade, (II) o rendimento, (III) preço, (IV) o prazo e (V) outros fatores previstos

que em-
1 (art. 1º
t elas se
o, as de
arroun
indireta
ra que a
xecução
rígidos 9º
autista.
s presu-
direito
sões de
islativa
ões em
omo se
sões de
bem de
resolvi-
exaus-
eplivos
haver-
neceria
liarida-
ciadora
ou de

que as
) geral,
tivos",
as ine-
es em
dúvida
recedi-
apenas
art. 2º,
Texto
) e do
alida-
5º da
r, em
servi-
engão
lações
que o

mento patrimonial da Administração, ou com a "melhor técnica" na produção da obra ou com o menor prazo de sua conclusão ou — tal como se passa nas licitações efetuadas em vista da alienação de bens públicos — com o maior proveito econômico positivo que o proponente ofereça à Administração. Ditos fatores poderão ser utilizados conjugadamente, quando pertinentes, dependendo do bem licitado e da modalidade jurídica do atrativo que o Poder Público esteja oferecendo.

20. Assim, por exemplo, seria um critério utilizável o de demandar um percentual sobre o proveito econômico que as áreas transferidas ensejarão ao proponente vencedor quando da exploração delas. Vencedor seria — *verbi gratia* — o proponente que oferecesse à promotora do certame o maior percentual sobre o valor do metro², quando da venda (ou transmissão dos direitos de concessão de direito real de uso ou de enfiteuta) pelo empreendedor, a terceiros, da área comercializável que lhe deva ser transferida pelo Poder Público em conta de retribuição pela construção da obra pública. É óbvio que, em tal caso, teria de haver uma prévia avaliação e fixação do valor do metro² transferível, embora não necessariamente da totalidade da área quando se tratasse de transferência de espaço subterrâneo, pois, em tal hipótese, poder-se-ia deixar que o próprio ofertante a delimitasse, uma vez que os custos da escavação e preparo do espaço excedente da obra pública seriam por ele mesmo suportados.

O critério figurado presume certame licitatório no qual o destino deste espaço seja a *alienação* dele pelo empreendedor. Se, diversamente, o certame propusesse cláusula em que o ofertante devesse conservá-lo e promover-lhe a exploração, o percentual haveria de ser concedido sobre um estimado e prefixado valor mensal de exploração comercial do metro².

Outro critério, cuja adequação maior ou menor do que o anterior dependerá do tipo

da obra, consistiria em privilegiar a proposta que ofertasse à Administração maior área construída, para que esta a utilize em serviços administrativos.

21. Outro critério ainda, prestante para os casos de concessão de direito real de uso por prazo determinado, seria o de preferir a oferta que previsse a consolidação do domínio pleno do concedente, isto é, a devolução das áreas, no período mais curto.

Fator relevante, que poderia ser tomado em conjugação com o critério da melhor técnica e ou da vantagem patrimonial ofertada pelo proponente seria o do prazo de execução da obra pública pretendida.

É de sublinhar, finalmente, que, conforme a espécie de obra pública objetivada, teria grande relevo e haveria de ser tomada em conta nos critérios de julgamento, a qualidade do projeto, dos materiais empregados, da coerência da utilização dos espaços, seu entrosamento com as condições da área urbana em que se situa e com a própria natureza da obra em questão. Nas licitações de "melhor técnica", ou de "técnica e preço" (esta última, mais conveniente na quase-totalidade dos casos, pois resolver tão-só pela apreciação "técnica" implica grandes riscos para a objetividade do julgamento) são precisamente aspectos desta ordem que se tomam em consideração.

22. Ao cabo do exposto, verifica-se que não é possível antecipar um dado critério que seja o mais adequado para toda e qualquer licitação na qual o Poder Público se proponha a obter construção de obra pública efetuada a expensas de um empreendedor. Como dantes se disse, a própria Administração que a promova, tendo em conta as características da obra, os interesses públicos específicos que estejam em pauta e o que tenha como disponível para oferecer em contrapartida é que poderá definir, na linha das alternativas apontadas, o critério adequado para o caso. De resto, com-

provação disto tem-se no fato de que a própria legislação, nos artigos já citados, não mencionou um único "tipo" de licitação, mas quatro. Além disto, ao referenciar os fatores a serem tomados em consideração no julgamento das propostas, cautelosamente se absteve de efetuar enumeração exaustiva e as expressas, no item V, aludiu a "outros previstos no edital".

23. O que se pretendeu assinalar e encabir aos eventuais empreendedores.

a pro-
maior
ze em
para
de uso
ferir a
domi-
volu-
mado
melhor
ofer-
zo de
nfor-
ivada,
mada
to, a
mpre-
espa-
es da
ópria
ações
pre-
qua-
go-só
ndes
ento)
que