

CENTRO UNIVERSITÁRIOMETODISTA IZABELA HENDRIX

CURSO DE DIREITO

A TRANFERÊNCIA DIRETA DA PERMISSÃO DE TÁXI FRENTE AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, NOS TERMOS DO ARTIGO 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Nova Lima

2009

ADRIANO DE SOUZA PEREIRA

A TRANFERÊNCIA DIRETA DA PERMISSÃO DE TÁXI FRENTE AO PROCEDIMENTO
LICITATÓRIO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, NOS TERMOS DO
ARTIGO 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Trabalho apresentado à disciplina Direito
Administrativo, do curso de Direito, do Centro
Universitário Izabela Hendrix.

Orientador: Professor:

Alexandre Magno Caldeira Figueiredo.

Nova Lima

2009

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

A TRANSFERÊNCIA DIRETA DA PERMISSÃO DE TÁXI FRENTE AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, NOS TERMOS DO ARTIGO 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

ADRIANO DE SOUZA PEREIRA

FOLHA DE APROVAÇÃO

1- CONTEÚDO

Nota: _____ Conceito: _____

2- FORMA

Nota: _____ Conceito: _____

3- GRAU FINAL

Nota _____ Conceito _____

Nova Lima, _____ de _____ de _____

INSTITUTO METODISTA IZABELA HENDRIX

Adriano de Souza Pereira

A TRANFERÊNCIA DIRETA DA PERMISSÃO DE TÁXI FRENTE AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, NOS TERMOS DO ARTIGO 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Nova Lima

2009

Resumo

O estudo proposto teve como tema da “transferência direta”, da permissão de táxi em Belo Horizonte sob a ótica da Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 175, que exige procedimento licitatório para a concessão ou a permissão de serviços públicos.

É importante esclarecer que a permissão de táxi compreende Ato Administrativo antes da Constituição Federal de 1988, a nova Constituição Federal de 1988 exige contrato entre o prestador e a Administração Pública sempre através de licitação, ocorre que a permissão outorgada antes da Constituição Federal de 1988 há transferência direta do serviço público sem o devido procedimento de licitação.

A Constituição Federal de 1988, Artigo 30, incisos I, II e V, estabelecem a competência para o Município, a Lei Infraconstitucional do Estado de Minas Gerais, Artigo 170, incisos I, VI, e parágrafo único, também estabelecem competência ao Município para legislar sobre a matéria de transporte e observar a hierarquia das normas, e que estes serviços são públicos, porquanto de competência privativa (podem ser delegados), da União a sua exploração (artigo, 21, XII, a da CF/88). Entretanto, podem ser executados diretamente pela União, ou pelos Estados, e Municípios.

Já o Município de Belo Horizonte por meio da sua Lei Orgânica, Artigo 193, “caput” e o parágrafo 2º, criar pelo poder público a entidade de economia mista no caso a BHTRANS, para gerir todo o complexo sistema de transporte que toda capital necessita.

Assim a BHTRANS, por meio de seus representantes e que possui regulamento próprio, editou Regulamento para permissão de táxi DPR. No. 190/2008, que entrelaçam “fundir” os dois institutos da permissão e concessão, e ainda no mesmo regulamento faz a distinção da permissão outorgada antes da Constituição de 1988 e após Constituição de Federal de 1988.

O Regulamento da BHTRANS DPR. NO. 190/2008, não deixa dúvidas quanto o procedimento de licitação para a permissão outorgada após a Constituição Federal de 1988, embora haja previsão de devolução da permissão conforme o Artigo 6º preceitua.

A Constituição Federal de 1988 determina, em seu Artigo 175, que a prestação de serviços públicos cabe ao poder público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação.

Sendo a licitação um procedimento administrativo destinado a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração, protege, pois, os interesses públicos e recursos governamentais, garantindo, sobretudo, o princípio constitucional da

isonomia e impessoalidade (pela abertura de disputa do certame), e obedecendo, especialmente, aos reclames da probidade administrativa, assecuratória do princípio maior da moralidade administrativa, estabelecido no Artigo 37, “caput” da CF 88, sustentáculo primeiro de um Estado Democrático de Direito.

Uma vez que a ordem constitucional agora é outra, considerando que o fenômeno da recepção dá novo fundamento de validade aos instrumentos normativos da ordem constitucional anterior (presente) a compatibilidade das normas infraconstitucionais e a nova constituição), a partir dos resultados obtidos no presente trabalho foi possível confirmar a hipótese de que, à vista da nova ordem jurídica instituída pela CF/88, no que se refere à obrigatoriedade de licitação para a prestação de serviços públicos, a norma que regula a transferência direta do serviço de transporte táxi não foi recepcionada pela Magna Carta de 1988, porquanto com ela incompatível.

O marco teórico adotado de serviço público do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 599-600), que considera toda prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados, mas de interesse da coletividade em geral, assumida pelo Estado como própria (dada sua imprescindibilidade e/ou necessidade à sociedade, em certo momento histórico), prestada diretamente por ele ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público (supremacia do interesse público sobre o privado e restrições especiais).

Conseqüentemente, a delimitação desse marco teórico nos conduziu á assertiva da obrigatoriedade de realização de licitação para outorga dos serviços de transporte individual de passageiro, (serviços públicos – Art.175, CF), e a confirmação de que a norma que permite a transferência direta dos serviços de táxi da BHTRANS, não foi recepcionada pela Magna Carta de 1988, porque com ela incompatível.

A metodologia do trabalho teve cunho interdisciplinar, porquanto englobou institutos pertencentes ao Direito Constitucional e ao Direito Administrativo. Todavia não se pode dissociar, na presente pesquisa, a recepção de normas infraconstitucionais antigas, pela nova ordem constitucional, e o procedimento licitatório, previsto na atual Constituição do Brasil, no caso de prestação dos serviços públicos, e o papel normativo dos princípios jurídicos, segundo a mais avançada teoria hermenêutica, para se conceber e analisar a licitação pública e a transferência direta dos serviços de transporte individual de passageiro, táxi.

1. INTRODUÇÃO

Questão importante é o instituto da permissão que autoriza o particular na execução de serviço público, sendo elas de personalidade jurídica ou física, desse modo a substituir o Estado na prestação de serviços públicos.

MARIA SYLVIA DI PIETRO, a seu turno, considera serviço público “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente”. (CARVALHO, FILHO apud DI, PIETRO p.247).

A permissão é a forma mais adequada para o Estado autorizar o particular a lhe substituir em face da prestação de serviço, no presente trabalho destaca-se o serviço de transporte individual de passageiro, táxi, contrato feito entre a administração pública e a pessoa física ou jurídica através de licitação conforme preceitua a Constituição Brasileira de 1988, Artigo 175.

Questão importante é relativa à modalidade de licitação que deve antecipar a permissão. A Constituição da República de 1988, em seu Artigo 175, não deixa dúvidas de que o contrato de permissão deve ser antecedido de licitação. A lei 8.987/95, contudo, não indica a modalidade. Ao conceituar o instituto, o legislador apenas consignou que o contrato de adesão deverá seguir as regras do edital. (FORTINI, 2007, p. 29 -30).

Atualmente o modelo proposto aos permissionários do serviço de transporte individual de passageiros em Belo Horizonte é a transferência direta da exploração do serviço a terceiro utilizando a venda da mesma e, ao alcançar o valor desejado de mercado pelo permissionário, solicita ao órgão gerenciador, no caso de Belo Horizonte a BHTRANS, (empresa de transporte e trânsito de Belo Horizonte S/A), que possui regulamento próprio, desta maneira de acordo como preceitua a Constituição Brasileira em seu Artigo, 30, I, II e V, que atribui competência ao Município para legislar sobre assunto de interesse local e especialmente em matéria de transporte público.

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Indaga-se, no presente trabalho, se o instituto jurídico da transferência direta dos serviços de permissão de táxi, previsto na Constituição Brasileira de 1988, nas exigências imposta em seu Artigo 175, do procedimento licitatório para a concessão ou permissão de serviços públicos. Ou seja, se a outorga dos serviços de transporte individual de passageiro for transferida de uma pessoa física a outra, sem realização de nova licitação, não haverá uma violação à obrigatoriedade constante na nova constituição, do procedimento licitatório, na prestação dos serviços públicos objetos de concessão/permissão.

Um dos elementos pontuais desta pesquisa consiste no marco teórico recém desenvolvido pela comunidade jurídica nacional, sobretudo CRISTIANA MARIA FORTINI, estendendo aos princípios jurídicos (especialmente aos emanados da Constituição), característica de plena normatividade jurídica, antes restritas às regras.

Por conseguinte este estudo não se limita à abordagem dogmática pura e simples (uma vez que esta se presta a trabalhar com os elementos internos do ordenamento jurídico, no restrito âmbito do direito positivo, englobando, no presente caso, institutos pertencentes ao Direito Constitucional e ao Direito Administrativo), porquanto inarredável a importância de se considerar a Teoria do Direito, a Filosofia e outras disciplinas conexas para se conceber a analisar a licitação pública como um dos princípios fundamentais insculpidos no texto da Magna Carta de 1988, e sua obrigatoriedade que se refere à delegação de serviços públicos a particulares.

Subseqüente a este pensamento, a perspectiva do presente trabalho é sobretudo teórica (os procedimentos de análise bibliográfica ou documental, e de conteúdo

serão amplamente utilizados, tendo em vista o tipo de fonte usada neste estudo, livros, artigos de revista, jurisprudências, legislação e doutrina, etc.).

A escolha do tema, objeto da pesquisa em questão, se fundamenta, sobretudo, na relativa familiaridade deste pesquisador com o assunto, todavia, o móvel maior que impulsiona a desenvolver este trabalho é a complexidade e importância do problema proposto dentro do contexto atual em que se insere a Administração Pública Brasileira, calcada na lisura e na transparência administrativas (nos termos da CF/88), assecuratórias dos princípios da moralidade administrativa e da legalidade, pressupostos basilares de um efetivo Estado Democrático de Direito.

O Direito, enquanto ciência social aplicada, tem que se prestar, indubitavelmente, a transformação social, e não, como é usual, ser apenas um instrumento de confirmação e reprodução do “*status quo*”. Portanto, é imprescindível que qualquer pesquisa jurídica, que tenha a pretensão de ser ciência, caminhe nessa direção.

Será apresentado considerações gerais acerca dos serviços relevantes a sociedade de responsabilidade do poder público delegado a terceiros prestados sob regulamentação, sob uma perspectiva constitucional, infraconstitucional e organicismo, com objetivo principal de situá-los, teoricamente, na presente pesquisa e, sobretudo, contextualizando-os em uma sociedade global e pluralista, pautada por complexas relações políticas, econômicas.

O presente estudo tenta estabelecer está presente a legalidade dessas transferências de permissão do serviço de transporte individual de passageiros (táxi) realizada em Belo Horizonte, a natureza jurídica da compra e venda de outorga (permissão), dos serviços públicos, o Regulamento dos serviços, a transparência do detentor de uma permissão transferir diretamente os serviços públicos ao último delegado. Transferir o direito da prestação de serviço (permissão) a outro sem o procedimento da lei 8.866/95, que regulamenta as licitações para a melhor escolha da proposta do certame.

A permissão, segundo definição de Leonardo Motta e Maria de Lourdes Flecha¹ é ato administrativo unilateral, por meio do qual o Poder Público delega a execução de um serviço ao particular que demonstrar capacidade para seu desempenho.

Os serviços permitidos devem ser executados, exclusivamente, pelos permissionários em razão do caráter intuitto personae da permissão. Dessa forma, sua execução é intransferível a terceiros sem o prévio consentimento do poder permitente.”²

Ocorre que, no ato da transferência da permissão, ou seja, entre pessoas físicas ou jurídicas, promitente permissionário não passou por nenhum processo licitatório, descumprindo desta maneira a Constituição Brasileira de 1988, Artigo 175.

Considerando que o Artigo 170, I, VI, e Parágrafo único, da Constituição do Estado de Minas Gerais, que trata da competência do Município legislar e observar normas hierárquicas.

Art. 170 - A autonomia do Município se configura no exercício de competência privativa, especialmente:

I - elaboração e promulgação de sua Lei Orgânica;

VI - organização e prestação de serviços públicos de interesse local, diretamente ou sob regime de concessão, permissão ou autorização, incluído o transporte coletivo de passageiros, que tem caráter essencial.

Parágrafo único - No exercício da competência de que trata este artigo, o Município observará a norma geral respectiva, federal ou estadual.

A Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte estabelece a competência municipal para organizar, dirigir, coordenar, delegar e controlar a prestação de serviços públicos relativos a transporte coletivo e individual de passageiros;

¹ Curso prático de Direito Administrativo. Coordenação de Carlos Pinto Coelho Motta. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.188

² Idem, p.189.

Não há dúvidas quanto à competência do Município para legislar sobre o transporte individual de passageiro (táxi), e através dos seus lícitos representantes, promulgou a Lei n.º5.953/91, autorizou o Executivo a constituir uma sociedade de economia mista, sob a denominação de Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – BHTRANS, para atender a determinação do Artigo 193 da Lei Orgânica Municipal do município de Belo Horizonte.

Artigo 193, incube ao Município, respeitadas as legislações federal e estadual, planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar e delegar e controlar a prestação de serviços públicos relativos a transporte coletivo e individual de passageiro, tráfego, trânsito e sistema viário municipal.

Parágrafo 2º, à entidade da administração indireta, que será criada pelo poder público caberão as atribuições, entre as referidas no artigo, fixadas em lei.

Segundo a portaria BHTRANS DPR N.º 190/2008 de 24 de dezembro de 2008 que altera e consolida o Regulamento do Serviço Público de Táxi.

O Diretor-Presidente da Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – BHTRANS, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 3º, incisos V e XII, o art. 25 inciso VI, bem como o artigo 26, inciso XVII do Estatuto Social da BHTRANS, consolidado pelo Decreto 10.941 de 17/01/2002, e ainda com fundamento no artigo 40, da Lei n.º 8.987/95

Segundo o Regulamento da BHTRANS em seu Art. 6º tem os dizeres que se seguem;

As permissões delegadas pela BHTRANS para prestação do serviço de transporte público por táxi obedecerão aos seguintes preceitos: caráter precário, inalienável, impenhorável, incomunicável e vedada a subpermissão, extinguindo-se nos casos previstos neste Regulamento e nos relacionados abaixo:

- a) Advento do termo contratual estabelecido em edital licitatório;
- b) Falecimento do permissionário;
- c) Invalidez permanente do permissionário;
- d) Incapacidade do permissionário declarada judicialmente;
- e) Renúncia à permissão;
- f) Revogação da permissão;
- g) Anulação da permissão;
- h) Caducidade da permissão;
- i) Cassação da permissão;
- j) Insolvência civil do permissionário;
- k) Falência da empresa permissionária.

§1.º. As permissões outorgadas através de procedimento licitatório além do determinado no caput deste artigo possuem caráter personalíssimo e são intransferíveis.

§2.º. Os incisos “a”, “b”, “d” e “h” não se aplicam às permissões outorgadas antes da Constituição de 1988.

O Parágrafo 2º do Regulamento da BHTRANS é completamente contrário ao Artigo 175 da Constituição Brasileira de 1988, pois permite a transferência direta da permissão a outro sem o procedimento de licitação, ferindo inclusive a Lei Infraconstitucional do Estado de Minas Gerais, Artigo 170, Inciso VI, Parágrafo único, e ainda ferindo a Lei Orgânica do Municipal em seu Artigo 193, a não observância da hierarquia das Leis superiores.

Cabe ainda ressaltar que antes da Constituição de 1988 não houve o processo de licitação para permissão de táxi.

Em vista do regulamento da BHTRANS, 190/2008, há conformidade com os princípios da Constituição Brasileira de 1988, embora o Administrador mistura os dois institutos permissão e concessão ao tratar das alíneas, “b”, “c” e “j”, existe o prazo determinado para a devolução da permissão, então entende alguns doutrinadores o caráter de contrato, e ao tratar das alíneas, “f” e “g”, existe o caráter de Ato Administrativo.

No que tange sobre as permissões antes da atual Constituição de 1988, calcada no direito adquirido, permite transferência direta dos serviços públicos (permissão), sem o certame licitatório.

Parte central deste trabalho refere-se a como proceder nos casos em que a transferência é permitida segundo o mesmo regulamento:

Porém utilizando os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal que estabelece os princípios para a prestação de serviço público realizado por terceiros.

2 CONCEITOS

2.1 Revisão Bibliográfica Permissão X Concessão

A Constituição Brasileira no Artigo 175, faz menção a dois institutos, concessão e permissão, tratá-los de maneira igual seria um contra senso ao Poder Constituinte Originário.

A diferença entre a Concessão e a Permissão estaria em que aquela seria o resultado de acordo de vontades instrumentalizado em acordo administrativo, no qual a empresa assumiria a obrigação de prestar o serviço público, tarefa que seria contraprestada com o pagamento de tarifa pelo usuário. (FORTINI, 2007, p. 23).

No que tange as indenizações, na concessionária os institutos da Encampação e Caducidade ambos há previsão legal de ressarcir os investimentos, ou seja, o Estado indeniza as duas formas de rescindir com a contratante, que gera alguns conflitos na doutrina, por tratar ambas da mesma forma, sendo que na Caducidade há falha gravíssima na prestação de serviço público. Lei 8.987/95, Artigo 35, 36, 37, e na encampação não há interesse por parte da administração em continuar com o contrato em relação a determinado prestador de serviço público.

O Artigo 37 da lei 8.987/95, responsável pela disciplina de encampação, ato por meio do qual se rompe o pacto por razões de interesse público e não por falhas da empresa, ao abordar a indenização faz remissão ao Artigo, 36. Este, por sua vez prevê o pagamento de indenização apenas pela parte não amortizada ou depreciada dos bens reversíveis, ou seja, nos termos da lei, a indenização a ser percebida pela concessionária, na hipótese de rompimento antecipado motivado por razões de interesse público, estaria resumido ao pagamento pelo prejuízo advindo da perda dos bens reversíveis que ainda não tenham sido amortizados ou que tenham se depreciado. (FORTINI, 2007 p. 24).³

A permissão se ajustaria às hipóteses em que fosse possível a ruptura unilateral, a qualquer tempo e sem indenização, adequada, assim, aos casos em que for menor o capital a ser investido pelo particular, (FORTINI, 2007,p. 24).

³Caducidade, é a falha na prestação do serviço público.

Encampação,é a falta de interesse público em manter o vínculo, aqui o Estado assumi a prestação de serviço.

³ Reversão, é a indenização de acordo com o princípio da continuidade do serviço público, no caso são os bens que continuarão para prestar o serviço, indenizar o tempo que faltou.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, FORTINI, 2007, p. 25), “aduz que a permissão, no início, era escolhido pelo Estado, quando não lhe interessava constituir com particular em direitos contra ele, de terceiros, já que a permissão ensejava a revogação unilateral, nos moldes antes alinhavados”.

A permissão de serviço público firmou-se na doutrina como sendo o ato administrativo, precário, discricionário, intuitu personae por meio do qual se investia no particular na execução de serviço público, cabendo a este agir em seu próprio nome, assumindo o risco do empreendimento e cobrando tarifa dos usuários. (FORTINI, 2007, p. 230)

Alguns admitem que a permissão de serviço público seja para a permissão, enfim, estaria explicada, já que o contrato de concessão deve conter cláusula que indique a duração do vínculo (art.2º, inciso II e III, e art. 23, inciso I), obrigação reiterada no art. 18, segundo o qual é indispensável que o edital traga informação a respeito da duração do ajuste. (FORTINI, 2007, 27).

A precariedade que contém na doutrina seria a duração do contrato, no caso da permissão antes da atual Constituição Brasileira de 1988, o prazo de duração é indeterminado, seria o motivo que levou ao então direito adquirido.

A desnaturação da permissão teve início a partir do momento em que sua serventia se estendeu, abarcando casos nos quais a exploração de serviços demandava permanência e garantias mínimas para o prestador. (MELLO, 2001, p. 673).

O problema se agravou quando a Constituição da República exigiu o prévio procedimento licitatório para a escolha do permissionário e da concessionária de serviço público, (FORTINI, 2007, p. 25).

Como diz Marcos Jurema Villela Souto (2001, apud FORTINI, 2007, p. 25), “tudo indicava que a permissão de serviço público teria ficado ‘contratualizada’ e o seu caráter discricionário teria sido afetado, o que desfiguraria tal instituto, em comparação com a concessão”.

Opinião contrária era a de Benedicto Pereira Porto Neto (1988, apud FORTINI, 2007, p. 25), o autor argumentava que:

Se negar o caráter unilateral e precário da permissão, estar-se á eliminando o discrimen que aparta os dois institutos. Quer-se dizer: concessão e permissão seriam uma mesma coisa. Mas a Constituição prevê expressamente dois institutos e não um. Por imperativo Lógico-imperativo, deve-se concluir que há diferença entre eles. Tal não ocorrerá, se retirar o caráter precário da permissão quando estaria condenada à inutilidade a distinção estabelecida pela Carta do País.

A Constituição da República, ao adotar a expressão permissão acolheu a categoria jurídica por ela representada, com o plexo de princípios e normas que lhe dão identidade. (FORTINI, 2007, p.25- 26)

Celso Antônio Bandeira de Mello, (2006, apud FORTINI, 2007, p. 26) por sua vez, afirmou que:

Conquanto o parágrafo único, inciso I, do Artigo 175 da CF, que trata conjuntamente de concessões e permissões, fale em contrato, evidentemente o fez com imprecisão técnica de redação, pois a expressão, obviamente, só pode estar reportada às concessões, embora, do modo como está posta a linguagem normativa, abarcasse a ambas.

A lei n. 8.987/95 não resolveu o problema. Ao contrário, a discussão foi estimulada, especialmente em razão do teor do Artigo 40, que estabeleceu que as permissões seriam formalizadas mediante “contrato de adesão”, mantendo, contudo, a precariedade que sempre acompanhou, característica reforçada pelo Artigo, 2º, inciso IV, da mesma lei.

A conclusão possível seria reconhecer o caráter contratual da permissão, mas em oposição ao que ocorre nos contratos de concessão, o ajuste não estaria delimitado do ponto de vista temporal. A ausência de prazo fixado no instrumento contratual refletiria a precariedade, uma vez que o permissionário não teria expectativa quanto à duração da relação jurídica que, a qualquer tempo, poderia ser desfeita. (FORTINI, 2007, p. 28)

2.2 Conceito de Permissão

Permissão de serviço público, segundo conceito tradicionalmente acolhido na doutrina, é ato unilateralmente e precário, "intuitu personae", através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, á 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. O Estado, em princípio, valer-se-ia da permissão justamente quando não desejasse constituir o particular em direitos contra ele, mas apenas em face de terceiros. Pelo seu caráter precário, caberia utilizá-lo normalmente, quando: a) o permissionário não necessita alocar grandes capitais para o desempenho do serviço; b) poderia mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilização ou, ainda, quando: c) o serviço não envolvesse implantação física de aparelhamento que adere ao solo, ou, finalmente, quando: d) os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela extrema rentabilidade do serviço, seja pelo curtíssimo prazo em que se realizaria a satisfação econômico almejada. (MELLO, 2001, p. 680-681).

Precário pelo fato de ser investimento de pouca monta e que poderá unilateralmente ser desfeito.

Discricionário, ato administrativo pelo qual por oportunidade ou conveniência o administrador público celebra com o particular determinado ocasiões deixa de fazer ou faz alguma coisa com o particular.

A permissão, classicamente, se expressa por ato administrativo, discricionário, precário, revogável, em princípio a qualquer tempo, sendo inerente á concessão a longa duração e inerente á permissão a precariedade, Por outro lado, sendo ato administrativo, não se sujeita á licitação. No entanto, o artigo 175 da CF/88 exige a licitação para a concessão e a permissão de serviços públicos, aproximando a permissão da natureza de contrato, própria e característica da concessão.

Não obstante seja de sua natureza a outorga sem prazo, tem a doutrina admitindo a possibilidade de fixação de prazo, hipótese em que a revogação da permissão dará ao permissionário direito á indenização; é a modalidade que Hely Lopes Meirelles denomina de permissão condicionada e Cretella Jr. De permissão qualificada. Segundo entendemos, a fixação de prazo aproxima de tal forma a permissão da concessão que quase desaparecem as diferenças entre os dois institutos. Em muitos casos, nota-se que a Administração celebra verdadeiros contratos de concessão sob o nome de permissão. Isto ocorre porque a precariedade inerente á permissão, com possibilidade de revogação a qualquer momento, sem indenização, plenamente admissível quando se trate de permissão de uso de bem público (sem maiores gastos para o permissionário), é inteiramente inadequada quando se cuida de prestação de serviço público. Trata-se de um empreendimento que, como outro qualquer, envolve gastos; de modo que dificilmente alguém se interessará sem ter garantias de respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, somente assegurado pelo contrato com o prazo estabelecido. Daí as permissões com prazo, que desnaturam o instituto; e daí, também, o fato de já haver quem impugne o caráter de permissão de determinados atos que a lei assim denomina e até quem pregue, por sua inutilidade, a extinção do instituto. “Talvez, por isso, a Constituição, no art. 175, parágrafo único, inciso I, refira-se á permissão como contrato.” (DI PIETRO, 2000. p. 273-274).

Conclui-se que a permissão de táxi antes as Constituição de 1988, existe o caráter de Ato Administrativo. Podendo este instituto prevê a conveniência e oportunidade do administrador, no caso, a contratar um terceiro para a prestação de serviço público. A confusão está na precariedade que está inerente à permissão que à Lei 8.987/95 não dita o prazo para a permissão e sim para a concessão.

Nota-se que o Regulamento da BHTRANS, 190/2008, para permissão muito se aproxima da concessão.

Oneroso ou gratuito, a onerosidade pode ser que o poder público pode pedir uma contraprestação para a pessoa escolhida que irá prestar o serviço público, e gratuidade que poderá ser dado ao particular a exploração do serviço público sem contraprestação.

2.3 Licitação

A Administração Pública, como visto pelo capítulo anterior, exerce atividade multifária e complexa, e sempre com os olhos voltados para fim de interesse público.

Para alcançá-lo, precisa valer-se de serviços e bens fornecidos por terceiros, em razão em que é obrigada a firmar contratos para realização de obras, prestação de serviços, fornecimentos de bens, execução de serviços públicos, locação de imóveis etc. Por isso é que, como bem observa BIELSA, a causa jurídica, fundada numa causa fática, é sempre elementos essencial dos contratos.

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos.

Segundo Meirelles (1996, p. 23) a licitação “é o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais e alienação de bens públicos”.

Também na jurisprudência o conceito de licitação afina-se com o da doutrina.

É a concorrência (licitação) em nosso direito administrativo uma norma moralizada imposta à Administração Pública. Como ato condição unilateral, de natureza complexa, preparatório de um mesmo tempo que assegura à Administração as vantagens naturais da lei da oferta e da procura, quanto à qualidade e preço dos serviços, a isso atingem eliminando o arbítrio que possibilitaria a outorga de fatores pessoais a um certo e determinado candidato”. (RT 284/183).

A licitação pública é requisito inarredável para a Administração realizar estes contratos (excetuando-se os casos de dispensas e inexigibilidade), e não se constitui apenas uma formalidade (obrigatória no caso de serviços públicos, pela exegese claríssima do Art. 175 da CF/88).

Objeto imediato e próprio da licitação: 1) escolha e designação do co-contratante; 2) evitar o arbítrio e o favoritismo nessa designação; 3) possibilitar contratos mais vantajosos para a Administração, mediante a escolha das melhores ofertas. (SILVA, 1971. p.46)

A Licitação veio contornar esses riscos. Sendo um procedimento anterior ao próprio contrato, permite que várias pessoas ofereçam suas propostas, e, conseqüência permite também que seja escolhida a mais vantajosa para Administração. (CARVALHO FILHO. 2005 p.185)

Embora a Constituição Brasileira de 1988 em seu Artigo 175, não contém expressamente a modalidade de licitação, não deixa dúvida de que o contrato de permissão deve ser antecedido de licitação.

A lei 8.987/95, contudo, também não indica a modalidade. Apenas o legislador consignou que o contrato de adesão deverá seguir as regras do edital.

Apesar do silêncio da Lei, não seria razoável pensar em outra modalidade senão a concorrência, diante da necessidade de escolher, o mais democrática e abertamente possível, aquele que assumirá o mister. (FORTINI. 2007 p.30)

A escolha tomada de preço encontra óbice por não permitir qualquer participação de interessado, exigindo prévio cadastro ou sua prévia solicitação, nos termos do Artigo 22, parágrafo 2, da lei, 8.666.93.(FORTINI. 2007 p.30)

O convite, por refletir modalidade cuja participação é ainda mais limitada, não pode ser utilizado nessas circunstâncias. Incube salientar, de todo modo, que a Lei 8.987/95 menciona a figura de um "edital", inexistente no convite. (FORTINI. 2007 p.30)

2.4. Serviço Público

É toda atividade de prestação de utilidade ou comodidade material, que satisfaça as necessidades coletivas e que seja fruível singularmente pelos administrados, cuja titularidade pertença ao Poder Público, podendo ser por ele executado diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sob um regime especial, caracterizado, especialmente do interesse público sobre o privado, e por restrições especiais, tendo em vista a defesa de valores, interesse público qualificados pelo sistema normativo. (MELLO 2001, p.600-601)

O regime jurídico de direito público pertinente aos serviços públicos consiste especialmente em:

- dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação, seja diretamente ou mediante concessão ou permissão;
- princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses secundários do Estado ou dos que hajam sido investidos no direito de prestá-lo;
- princípio da universalidade do público, vedada qualquer discriminação entre os usuários;
- princípio da continuidade do serviço;
- princípio da transparência, através da divulgação, à comunidade, de tudo a que se refere ao serviço e à sua prestação.

O fato de o Estado (União, Distrito Federal e Municípios) ser titular de serviços Públicos, ou seja, de ser o sujeito que detém “senhoria” sobre eles (a qual, de resto, é, antes de tudo, um dever em relação aos serviços que a Constituição ou as leis puseram ou venham a por seu cargo) não significa que deva obrigatoriamente prestá-los por si ou por criatura sua quando detenha a titularidade exclusiva do serviço. Na esmagadora maioria dos casos estará apenas obrigado a discipliná-los e a promover-lhes a prestação. Assim, tanto poderá prestá-los por si mesmo como poderá promover-lhes a prestação conferindo a entidades estranhas ao seu aparelho administrativo (particulares e outras pessoas de direito público interno ou da administração indireta delas) titulação para que os desempenhem isto é, para que os prestem segundo os termos e condições que fixe, enquanto o interesse público aconselhar tal solução (sem prejuízo do devido respeito aos interesses econômicos destes terceiros que sejam afetados com a retomada do serviço). Ou seja, poderá conferir “autorização”, “permissão” ou “concessão” de serviços públicos (que são expressões constitucionais utilizadas) para que sejam efetuados por tais pessoas. (MELLO, 2001, p. 607-608).

- a) De prestação obrigatória do Estado e em que é obrigatório outorgar (concessão/ permissão) a particulares – O Estado é obrigado a prestar os serviços por si ou entidade sua, e também oferecer em concessão/permissão (serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens), uma vez que o Artigo 232 da CF/ 88 determina a complementaridade do sistema estatal pelo privado, em que o Estado não pode se eximir de executá-los diretamente, e nem deixar de concedê-los a terceiro;
- b) De prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade – os serviços não podem ser prestados exclusivamente por particulares, seja através de atividade privada ou de concessão/permissão, e tampouco são privativos do Estado (educação, saúde previdência social, assistência social), devendo sua execução ser efetuada tanto pelo poder Público como pela iniciativa privada, independentemente de concessão/permissão;
- c) De prestação não obrigatória pelo Estado; entretanto, eximindo-se de executá-los, será obrigado a promover-lhes a prestação, mediante concessão/permissão – os demais serviços públicos, especialmente os especificados no Artigo 21, XI, “b” a “f” da Carta Magna (energia elétrica, transporte ferroviário, etc.), podem ser prestados pelo Estado ou por entidade privada, através de concessão/permissão. (MELLO, 2001, p. 615-617)

Em nosso entender, o conceito deve conter os diversos critérios relativos à atividade pública. De forma simples e objetiva, conceituamos serviços públicos como toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias de coletividade. (CARVALHO, FILHO. Pg.247).

As características do serviço público resultam da própria formulação conceitual. Trata-se dos traços que conferem a fisionomia jurídica do instituto e guardam pertinência com quem presta o serviço; com o fim a que se destina o serviço; e com o regime jurídico sob a égide do qual é ele executado. (Carvalho, Filho. Pg. 247).

3. PRINCÍPIOS JURÍDICOS

3.1 A Dimensão axiológica dos princípios jurídicos

Nada é mais natural ao homem do que reunir-se em sociedade. Entanto, se várias pessoas vivem em conjunto, é imprescindível haver uma estruturação deste agrupamento, discriminando-se obrigações privadas e coletivas, ou seja, qualquer formação social pressupõe uma ordem jurídica pautada no direito (costumes ou normas expressa).

A finalidade principal do Direito é a justiça, que afere dos atos e da experiência histórica que a sociedade elege como sendo virtuosos e adequados para a preservação da dignidade da pessoa humana, apresentando, todavia, variáveis históricas, geográficas, culturais, políticas e ideológicas.

Se há valores axiologicamente determinados o que é certo ou errado, o Direito vai delimitá-los deontologicamente, prescrevendo-os na qualidade de normas. Daí a existência do ordenamento jurídico como o conjunto sistematizado de normas que devem incorporar e refletir os valores sociais, que servem á justiça.

Contudo, os processos legislativos, judiciários e executivos, quando da elaboração, aplicação e operacionalização das normas jurídicas, paulatinamente vêm distanciando-se desses valores e, por conseguinte, ocasionando a perda do contato com o justo.

Com o objetivo de resgatar esses valores, a principiologia (estudo dos princípios jurídicos) emerge como novo paradigma do ordenamento jurídico.

Sob a perspectiva da emergente dogmática jurídica, os princípios jurídicos são normas de elevada abstração e generalidade, porquanto não se circunscrevem em pressupostos de fatos, como as regras. Constituem o cume do regime jurídico, ligados à idéia de algo precedente e originário, diretamente vinculados aos valores (conteúdo axiológico do direito) e a moralidade que regem e legitimam o Direito.

Os fundamentos do Direito são os valores sociais que manifestam a justiça e a moralidade. Tanto os princípios quanto as regras devem corresponder a essa dimensão axiológica. Porém, os princípios, por sua primariedade e alta generalidade e abstração, recebem os valores sociais e são sua expressão deontológica. Já, as regras, devem ser informadas pelos princípios para que incorporem estes valores sociais. Então, tem-se que, a grosso modo, os princípios são manifestações deontológicas originárias e, as regras, derivadas.

Conclui-se, então, que os princípios expressam valores que imperam no meio social, que denotam a acepção dos parâmetros de justiça vigentes e, portanto, estão no ápice do sistema jurídico. Tendo em vista o seu alto grau de abstração e generalidade, atingem todos os meandros do Direito, tanto no que diz respeito às relações privadas quanto públicas, e as suas diversas disciplinas.

3.2 A normatividade dos princípios jurídicos

A conservadora dogmática tradicional, em nome da previsibilidade e da segurança, destinava aos princípios uma função supletiva, cuja utilização se resumia a solucionar obscuridades ou lacunas no ordenamento jurídico, não estando no mesmo patamar das regras jurídicas e, conseqüentemente, não detendo plena normatividade. A importância da principiologia, o Direito não se restringe à lei, ao precedente, ao costume e à prática judicial, mas abrange, sobretudo, um conjunto de princípios para o ordenamento e que resultou em plena normatividade dos princípios. Apesar de considerar diferentes princípios e regras, ambos são elevados a categoria de normas jurídicas, a norma é o gênero, sendo suas espécies os princípios e as regras. (DWORKIN, 1989.p.73)

Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios o status conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios tem positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, tem eficácia positiva e negativa sobre os comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios de generalizações mais abstratas". (ESPÍNDOLA, 1998.p.55)

Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-se, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua função ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a princiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social. (ROCHA,1994.p.23)

4. PRINCÍPIOS E REGRAS JURÍDICAS

Os princípios e as regras jurídicas, muito embora sejam considerados espécies de normas jurídicas, possuem cada qual, traços peculiares, como segue:

Preconiza que as regras são aplicadas disjuntivamente, uma vez que, havendo exceções, deve-se listá-las uma a uma, ou seja, são aplicadas sob a lógica do tudo ou nada, são válidas ou inválidas (a convivência das regras é antinômica e excludente), tendo em vista se circunscreverem em pressupostos de fato. (DWORKIN, 1989. p. 75)

Já os princípios não produzem conseqüências jurídicas, porque têm elevada abstração e generalidade e não são circunscritos em pressupostos de fato. Os enunciados são mais gerais e abstratos, abertos, sem que se descreva um fato específico sobre o qual devam incidir possuindo uma convivência conflitual, uma vez que não se excluem mais, sim, coexistem.

El punto decisivo para la distinción entre las reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios e reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o non. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio. (ALEXY,1997.p. 86)

Segundo Alexy, os princípios são obrigações de otimização; já as regras têm um caráter de obrigação definitiva. Para os princípios a ponderação, ou seja, a determinação de uma relação de prioridade concreta, de forma que o princípio recusado continue a fazer parte do direito é a forma característica da aplicação do direito, ao passo que, para as regras, é aplicada a subsunção.

As exceções há um princípio não se exaurem em um enunciado, pois não se sujeitam a enumeração, não tendo hierarquia, são indetermináveis, devendo o caso concreto ser determinante na aplicação de um princípio e não outro. Um princípio pode ser válido e não prevalecer na aplicação de um determinado caso, diferentemente das regras que, se válidas, devem ser aplicadas, salvo existindo uma exceção previamente prevista.

Um princípio terá maior ou menor importância conforme o valor que encarna, somente podendo ser aplicado com vistas às condicionantes de fato que informam a hipótese a ser enfrentada.

Alexy desenvolveu a denominada lei de colisão, cujo fundamento é o conceito de precedência condicionada, segundo o qual princípio precederá outro quando houver motivos para tanto, devido às condicionantes dadas no caso concreto. Portanto, a priori, não existe hierarquia (prefixada) entre os princípios; porém a sua importância é relevada pelo valor que apresenta ao caso concreto em face da situação de fato.

La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente". (ALEXY, 1997, p.92).

Pelo exposto, infere-se que os princípios possibilitam a concretização dos valores que a sociedade tem como justos, não sendo, entretanto, absolutos, pelo contrário, até excludentes, cabendo ao cientista do Direito adequá-los caso a caso.

Para se aplicar os princípios a um caso específico, deve haver ponderação do intérprete, estimando-se o valor que cada princípio representa às condicionantes de fato que os permeiam.

4.1 A função sistêmica e integrativa dos princípios jurídicos

O Direito é sistematizado pelo ordenamento jurídico visando à unidade e o ordenamento estatal.

Diante das complexas relações jurídicas apresentadas, o processo legislativo não tem acompanhado os acontecimentos, o Estado necessita do instrumental principiológico para regular e resolver os conflitos emergentes.

Neste sentido, por causa de suas características de abstração e generalidade, os princípios exercem uma função sistema e integrativa, possibilitando uma resposta efetiva do Estado aos conflitos sociais pois, agindo o Estado apenas por regras, não alcança todos as necessidades da vida social.

A função precípua dos princípios é abrir o sistema ao valor moral advindo da sociedade, permitindo que o Direito acompanhe as transformações sociais.

Segundo Canotilho, (1993, p.181) “o intérprete considera as normas constitucionais não como regras isoladas e dispersas, mas sim, como preceitos integrados em um sistema interno de normas e princípios, compondo um todo harmônico e coerente”.

4.2 Princípios constitucionais do direito administrativo brasileiro

Processo licitatório

4.2.1. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

Toda a ação do agente público será voltada para assegurar a ordem pública e garantir a preponderância do interesse público sobre o privado.

É aquele interesse do todo, do conjunto social, ou seja, é a dimensão pública dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes de uma coletividade maior em que estão inseridos (coexistência e harmonia do bem de cada um com o bem de todos), assim como estiverem os que a precederem e nela estarão os que sucederão nas próximas gerações. Por conseguinte, o interesse público pode não coincidir necessariamente com o interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público (interesses secundários, atinentes ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada), embora sendo eles os encarregados de defender os interesses públicos. (MELLO. 2001, p. 69-71).

A Administração Pública tem obrigação de atender a sociedade, e não o de seu próprio organismo, função essa exercida através de determinados poderes, na medida necessária para o cumprimento da finalidade para a qual foi instituída.

Conseqüentemente, os bens, direitos e serviços públicos não se encontram a livre disposição dos órgãos públicos, a quem só cabe curá-los, ou do agente público, mero gestor da coisa pública.

Para agir em defesa desse interesse de outrem, o Estado possui alguns mecanismos e instrumentos, tais como, nos termos da lei, constituir terceiros em obrigações através de atos unilaterais (exigibilidade e auto-executividade de atos administrativos, expropriação de bens, requisição de bens, imunidade tributária), revogar os próprios atos inconveniente ou inoportuno, anular, obrigatoriamente, os atos inválidos (autotutela).

A atividade estatal não pode ser vista, no ambiente jurídico, como sendo regulada pelo direito comum. Ela deverá ser desenvolvida com certas prerrogativas, a fim de alcançar o interesse público que, ao serem exercidas, sofrem os limites da Constituição para garantir os direitos fundamentais do cidadão.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado consiste em princípio geral de Direito, pressuposto básico de qualquer convívio social, daí advindo a máxima que ninguém é assegurado o direito de dispor do interesse público. Os órgãos e as autoridades que os dirigem somente guardam o interesse público e zelam para que os seus atos se afinem com ele. Por conseguinte, os cargos públicos, os bens públicos e o serviço público se tornam indisponíveis.

4.2.2. Princípio da legalidade

Princípio específico do Estado de Direito e da doutrina da separação dos poderes basilar do regime jurídico-administrativo, caracterizado, especialmente, pela submissão do Estado à lei, abstrata e impessoal, normalmente editada pelo Poder Legislativo, e também às regras editadas pela Administração e, acima de tudo, ao Direito, evitando-se, assim parcialidades.

O princípio da legalidade é, pois, estritamente ligado ao da isonomia. Sua essência é o corte de discriminações.

A legalidade advém da indisponibilidade do interesse público sendo o núcleo de todos os demais princípios do direito.

A Constituição Federal de 1988 define, em seu art. 5º, II, o princípio da legalidade nos seguintes termos: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei”; não sendo possível a Administração expedir qualquer regulamento, instrução, resolução, portarias se não reportar a disposição já previamente prevista em lei, salvo circunstâncias excepcionais mencionadas na Magna Carta. Exemplo destas disposições permitidas são as medidas provisórias.

Encontramos no art. 37, “caput” os seguintes dizeres, “A administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Na verdade, a legalidade limita a atividade do Estado e dos cidadãos aos seus termos, sendo cogente para todos, garantindo, portanto, as relações estabelecidas entre a Administração Pública e aos particulares.

O enfoque da legitimidade desta reflete a vontade geral da sociedade e a participação política efetiva, definindo os interesses públicos, o objeto e conteúdo das normas jurídicas.

Este princípio não significa que a submissão seja apenas as regras do direito positivo emanadas do processo legislativo constitucional; alcança, também, as próprias regras editadas pela Administração, como por exemplo, os regulamentos, circulares, desde que protejam o interesse público.

Segundo Fernando Antonio Dusi Rocha, et. al (1999), “toda atividade administrativa deve se submeter a uma lei, mas não de forma estrita, se não a todo o ordenamento jurídico que a antecede, a começar pelos princípios e normas constitucionais”.

As leis, abstratas e genéricas, também precisam ser aplicadas para que tenham efeitos, sendo sua interpretação condição primordial para a compreensão do interesse público.

4.2.3..Princípio da Finalidade

Significa que a Administração tem o dever de buscar sempre a finalidade normativa. Está contido no princípio maior da legalidade, na medida em que corresponde a aplicação da lei tal qual. Assim, este princípio exige que o Administrador obedeça rigorosamente à finalidade específica da lei a que esteja dando execução, além daquela finalidade própria das leis, que é o interesse público.

4.2.4 Princípio da impessoalidade

Segundo Hely Lopes Meirelles (1997, p.85) “a impessoalidade é identificada com a finalidade do ato administrativo, que se traduz na conquista do interesse público (é na lei que se encontra guardado o interesse público”.

Equipara a impessoalidade à igualdade ou isonomia, pois considera que todos os administrados tem que ser tratados, pela Administração, de forma isonômica, sem discriminações, vedadas as perseguições ou favoritismo (incursão no princípio da moralidade). (MELLO. 2001. p. 96)

Relata a proximidade dos princípios da impessoalidade e da igualdade. Sendo a relação jurídica realçada no princípio da igualdade, concentrando-se a isonomia em discriminações entre todos os indivíduos, incluindo a proibição de privilégios. A impessoalidade veda a obtenção de privilégios por parte do administrador. (ROCHA. 1992. p. 153)

4.2.5 Princípio da publicidade

A publicidade é, por conseguinte, essencial ao Estado de Direito, à democracia, à cidadania e à legitimidade. Tem como fundamento básico seu caráter educativo e de benefício social desde que não caracterizem promoção pessoal.

Possui uma estreita relação com o princípio da isonomia, porque, se somente algumas pessoas têm acesso à informação e outras não, afasta-se de forma absoluta a igualdade.

Também, é decorrência instrumental do princípio da legalidade, uma vez que a realização da legalidade se impossibilitaria se não fosse dado conhecer ao público os atos praticados pelo Estado.

As realizações governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública em nome de quem os produzirá. A própria Constituição dá uma consequência expressa a essa regra, quando, no § 1º do artigo 37, proíbe que constem nomes, símbolos ou imagens que caracterizam promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. (SILVA, 1999, p .648)

4.2.6 Princípio da moralidade administrativa

Moralidade administrativa é aquela resultante da conduta interior da própria Administração.

A Administração e seus agentes devem atuar em sintonia com os princípios éticos, visando ao cumprimento da lei dentro da moral administrativa, para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Previsto de forma explícita no art. 37, caput da atual Constituição Brasileira, engloba os princípios da lealdade e da boa-fé (proibição de comportamentos astuciosos, maliciosos, que dificultem o exercício de direitos pelos cidadãos), impondo ao administrador obediência às normas legais no desempenho de suas atividades e

sobretudo, às regras de boa administração, com o máximo de eficiência administrativa e a superposição do interesse público sobre qualquer outro interesse.

Para que o sistema jurídico seja legítimo, deve corresponder ao comportamento tido como correto, honesto e adequado aos valores sociais da justiça, ou seja, deve se adequar aos interesses públicos dos atos praticados de acordo com a lei, desprovidos de impulsos subjetivos condicionadores de preferências individuais (insurge-se, assim, o administrado, com base em princípio constitucional, contra o erro, o dolo, a violência, a arbitrariedade e o interesse pessoal quando presentes na prática administrativa pública).

Infere-se, pois, que o princípio da legalidade informa diretamente ao princípio da moralidade, pois tudo que o administrador fizer em desacordo com a lei, sobre ser ilegal, será antiético. Além disso, nada terá validade se não respeitar os valores da convivência social, como a dignidade e a liberdade da pessoa humana.

Informa, ainda, o princípio da impessoalidade, na medida em que comportamentos discriminatórios são afastados.

Sobretudo, a moralidade administrativa tem a função de limitar a atividade da Administração, exigindo-se que o atuar dos agentes públicos atenda à necessidade de justiça para todos os cidadãos e de eficiência para a própria Administração, para que se consagrem os efeitos do ato administrativo na imposição do bem comum.

Em face da importância deste princípio, a Constituição do Brasil prevê, em seu art. 5º, LXXII, a ação popular como medida processual cabível para anular ato administrativo lesivo á moralidade administrativa.

4.2.7 Princípios da eficiência

Jamais pode ser dissociado do princípio da legalidade, ou seja, uma suposta busca de eficiência não afasta, em nenhuma hipótese, o princípio maior da legalidade.

O princípio da eficiência, adotado expressamente pela Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 19/98), se traduz no atendimento do cidadão na exata medida de sua necessidade, mediante adequada organização interna e ótimo aproveitamento dos recursos disponíveis, ou seja, busca-se um melhor resultado com menor dispêndio de recursos e de tempo.

4.2.8 Princípios da isonomia

Constitui a máxima expressão da igualdade dos seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, e de sua idêntica dignidade perante a sociedade, a lei e o Estado.

É um direito fundamental (art. 5º, “caput” da CF/88) que exige um comportamento voltado para que a lei seja aplicada de modo igual para todos os cidadãos que se encontrem em situações uniformes.

Tem por finalidade também garantir a identidade de situação jurídica para o cidadão em sua relação com a Administração Pública.

É norma voltada tanto para o aplicador da lei como para o próprio legislador, ou seja, postula um tratamento uniforme de todos os homens não só perante o Direito, mas que essa igualdade seja real e efetiva perante os bens da vida.

A igualdade constitui um valor que, apesar das variações históricas e filosóficas, é a base dos Direitos Humanos e Fundamentais das pessoas, sendo o princípio da isonomia aquele que revela este valor (todos os seres humanos, sem negar suas diferenças, em essência são iguais perante o Direito). Ou seja, isonomia é o meio que traduz ao Direito o valor precípuo da igualdade humana.

Para se concretizar o princípio isonômico tem que se levar em conta o princípio aristotélico – deve se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Convém salientar que um tratamento desigual sempre deverá guardar correspondência a uma desigualdade de fato – as razões suficientes a um tratamento desigual apresentam-se como exceção, a ser justificada por uma desigualdade de fato iluminada pela razoabilidade.

Mas, muito mais que vedar discriminações, a isonomia consiste, sobretudo, em uma atitude positiva para cortar as arestas das desigualdades, ou seja, reclama a atuação no mundo dos fatos, dirimindo as desigualdades materiais (art. 3º e 5º da CF/88).

Dessa forma, perspectiva normativa do princípio da isonomia é, em tudo e por tudo, abrangente. O aspecto negativo obriga o Estado a tratar todas as pessoas de maneira igual, no que se tange quer aos encargos, quer aos privilégios. Entanto, se o princípio não se atentar para as desigualdades de fato, o seu sentido seria inócuo, pois inverter-se-ia o valor de igualdade que o inspira. Assim, em atenção ao aspecto positivo da isonomia, colhe-se a obrigatoriedade de tomar os iguais de forma igual e, por sua vez, os desiguais de forma desigual. Ainda resta precisar, caso a caso, mediante a razoabilidade, a qualificação das pessoas, a saber, quem são os iguais e quem são os desiguais, bem como a medida do tratamento diferenciado. (NIEBUHR, 20. p.63)

5 LICITAÇÃO PÚBLICA

5.1 Regime jurídico da Administração Pública

A Administração Pública existe com o objetivo primordial de concretizar e pautar o interesse público, que se revela como sendo a soma dos interesses individuais, isto é, aquele interesse do todo, do conjunto social, dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes de uma coletividade maior em que estão inseridos.

Ainda que seja difícil delimitar o conteúdo dos interesses público, especialmente numa sociedade pluralista como a brasileira, em que os valores e os interesses são quase sempre conflitantes, deve-se relacioná-lo ao bem comum, ou seja, “a coexistência e a harmonia do bem de cada um com o bem de todos”. (REALE, 1972. p. 311)

A Administração Pública não se constitui um fim em si mesmo, uma vez que é imprescindível à realização dos valores eleitos pela sociedade como expressão de justiça, com a consequente prestação de serviços que atendem ao interesse público.

A supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade constituem, pois, dois princípios que norteiam todo Direito Administrativo.

A Administração Pública tem o dever de realizar o bem comum, operacionalizando o interesse público manifesto nas necessidades coletivas, em detrimento dos interesses meramente individuais. Por isso a ela são assegurados vários poderes especiais prevalecentes sobre os particulares, que caracterizam o regime jurídico-administrativo, exemplo deste é a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, concessão de prazos maiores para a intervenção em processo judicial, exigibilidade e auto-executoriedade dos atos administrativos, poder de autotutela da Administração, revelado pela faculdade de revogar seus próprios atos.

Mediante o princípio da legalidade se delimita a atividade administrativa no que é expresso na lei, obrigando seus agentes a tomarem posições que com ela coadunem, para satisfazer o interesse geral, sem prejuízo das situações jurídicas dos cidadãos, conciliando-se isonomia e eficiência.

Todavia, a eficiência (a atividade administrativa deve ser exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional, sem se descuidada obediência às leis) só procede quando satisfaz as exigências pertinentes aos agentes públicos e as garantias dos cidadãos.

Em regra, à Administração é vedada qualquer tratamento privilegiado em relação aos cidadãos, devendo compartilhar das mesmas condições à fruição de benevolências ou suportar encargos públicos.

5.2 Licitação Pública

A Administração Pública, para satisfazer o interesse público e realizar o bem comum, necessita de serviços, compras, alienações e de outros tipos de negócios jurídicos, que na maioria dos casos se efetiva através de contratos administrativos.

Segundo Meirelles (1996) a licitação “é o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais e alienação de bens públicos”.

Também na jurisprudência o conceito de licitação afina-se com o da doutrina.

É a concorrência (licitação) em nosso direito administrativo uma norma moralizada imposta à Administração Pública. Como ato condição unilateral, de natureza complexa, preparatório de um mesmo tempo que assegura à Administração as vantagens naturais da lei da oferta e da procura, quanto à qualidade e preço dos serviços, a isso atingem eliminando o arbítrio que possibilitaria a outorga de fatores pessoais a um certo e determinado candidato”. (RT 284/183).

A licitação pública é requisito inarredável para a Administração realizar estes contratos (excetuando-se os casos de dispensas e inexigibilidade), e não se constitui apenas uma formalidade (obrigatória no caso de serviços públicos, pela exegese claríssima do art. 175 da CF/88).

Objeto imediato e próprio da licitação: 1) escolha e designação do co-contratante; 2) evitar o arbítrio e o favoritismo nessa designação; 3) possibilitar contratos mais vantajosos para a Administração, mediante a escolha das melhores ofertas. (SILVA, 1971. p.46)

Infere-se, pois, que os princípios da isonomia e da eficiência devem andar juntos para que se concretize o elemento teleológico da licitação pública.

O interesse público é indisponível, devendo a conduta da Administração Pública ser pautada, essencialmente, na isonomia. A isonomia, portanto, princípio elencado em nossa lei maior (art. 5º, “caput”), tem a força de obrigar a Administração Pública a realizar a licitação, princípio este reforçado nos artigos 37, XXI e 175, “caput” da CF/88.

Licitação pública através de procedimento administrativo com o particular, referente a compras, vendas, obras, trabalhos ou serviços, pelo qual a Administração Pública oferta um negócio jurídico, para obter a proposta que lhe seja mais vantajosa (atendimento ao interesse público), com tratamento equânime a todos os interessados (isonomia).

6. Princípios da Lei 8.666/93

O legislador brasileiro consagrou, no processo licitatório, além dos princípios genéricos que regem todo o Direito Constitucional e Administrativo, princípios específicos destinados a regular a licitação pública, nos termos do art. 3º da Lei 8.666/93, in verbis:

Art. 3º - A licitação destina-se á observação do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

§ 1º - É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

II – estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se referente à moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvo o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei 8.248, de 23 de outubro de 1991

§ 2º - Em igualdade de condições, como critério de desempate será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I – produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

II – produzidos no país;

III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

§ 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

6.1 A legalidade Aplicada ao Processo Licitatório

No procedimento licitatório o princípio da legalidade garante a igualdade dos interessados e, concomitantemente, restringe a atuação da Administração aos seus termos.

A licitação pública deve ser plenamente observada, principalmente no que tange aos procedimentos que lhe informam, para que os demais princípios estejam presentes no certame, em especial a isonomia, através do tratamento igualitário dispensado a todos os licitantes, com supedâneo na norma jurídica (as licitações municipais regem-se pela Lei 8.666/93)

Decorre deste princípio que a margem da discricionariedade da Administração no procedimento licitatório é mínima (somente aparece na fixação do momento e das condições de realização do certame, no volume dos recursos que pretende empregar, no tempo de duração do contrato).

Na verdade, a Administração pública, na licitação, somente pode exarar atos administrativos fundamentados na lei ou no regulamento do certame (instrumento convocatório) e que não contrariem as normas do ordenamento jurídico como um todo.

O objetivo primeiro da observância da legalidade no procedimento licitatório é a de instaurar-se segurança na relação jurídica patrimonial a ser firmada e evitar, sobretudo, cometimentos de desvios em prejuízo ao patrimônio público.

6.2 Princípio da Moralidade Administrativa

O princípio da moralidade vinculada a Administração Pública desde a abertura da licitação e refere-se á moralidade administrativa, advinda da conduta interior da própria Administração.

A moralidade administrativa impõe ao administrador que obedeça às normas legais e às regras da boa administração, no desempenho de sua atividade administrativa, com o máximo de eficiência, defendendo sempre o interesse público. Na licitação, a conduta moralmente reprovável determina a nulidade do procedimento, acarretado, ainda, sanções administrativas e/ou penais.

Conclui-se, pois, que na licitação, o princípio da moralidade objetiva o cumprimento da lei dentro da moral administrativa, através de um posicionamento ético na aplicação das leis. A violação desse princípio invalida o certame, com conseqüente punição dos responsáveis.

6.3 Princípio da Probidade Administrativa

Probidade significa honra, integridade de caráter, inerente ao exercício de quaisquer atividades públicas, particularmente a licitação. Alguns doutrinadores entendem que o princípio da moralidade alberga a probidade, sendo a referência aos dois princípios no art. 3º da Lei 8.666/93 apenas um reforço das idéias de que na licitação a conduta moralmente reprovável determina a nulidade do procedimento, e a seriedade com que deve ser tratada a licitação, porquanto envolve dinheiro público.

Os princípios da probidade e da moralidade visam à observância de um conteúdo ético no procedimento licitatório. Contudo, a probidade administrativa volta-se para o agir eticamente por parte do agente público; já a moralidade obriga todos os partícipes da licitação, inclusive a própria Administração.

O art. 37, § 4º da Constituição Brasileira reza que a violação do princípio da probidade administrativa importara a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário público, sem prejuízo da ação penal cabível, denotando claramente a vinculação da probidade à conduta irregular do agente público, que lesa a Fazenda Pública, promovendo seu enriquecimento ou de terceiros de forma ilícita. A conduta ímproba do agente público na licitação anula o procedimento.

6.4 Princípio da Impessoalidade

Este princípio proíbe manifestações pessoais durante o certame. Desde o edital até o julgamento não se pode incluir exigências subjetivas sem que haja critérios objetivos que as determinem, porquanto o que se quer garantir é a concreção do interesse público.

No procedimento licitatório não deve existir situações que priorizem amizades, inimizades, antipatias, vinganças, represálias, etc., devendo o certame ser realizado com total imparcialidade, nos termos do art. 3º, § 1º, inciso I da Lei n.º 8.666/93, “in verbis”.

Art. 3º - § 1º - É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

O trato impessoal do agente público com o licitante decorre da afirmação do princípio da igualdade, proibindo-se o subjetivismo nas decisões, e afastando-se possíveis influências pessoais que contaminem a decisão prolatada na licitação.

6.5 Princípio da Publicidade

A publicidade incide em todo o procedimento licitatório, porquanto o adjetivo público é essencial para se conceituar licitação.

Nos termos do § 3º do artigo 3º da Lei 8.666/93 “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

Na licitação pública há a divulgação, no prazo previsto, de todos os seus atos administrativos principais para que o público, e principalmente os interessados, possam conhecer e acompanhar o procedimento licitatório em todas as suas fases, sendo pressuposto obrigatório da validade do certamente, sob pena de nulidade.

Não há, nem pode haver, licitação sigilosa. Se seu objeto exigir sigilo em prol da segurança nacional, será contrato com dispensa da licitação. Nunca, porém, haverá licitação secreta, porque é da sua natureza a divulgação de todos os seus atos e a possibilidade do conhecimento de todas as propostas abertas e de seu julgamento. (MEIRELLES, 1996, p. 27).

Tem-se, pois, que a publicidade concretiza a isonomia na licitação, e em todo o Direito, na medida em que os participantes só podem se tratados de forma igualitária se todos conhecerem os termos da licitação.

A finalidade deste princípio se revela, principalmente, na participação de todos os interessados e na fiscalização efetiva do procedimento licitatório, sendo que qualquer cidadão pode denunciar irregularidades praticadas por agentes públicos ou pedir a instauração de investigações administrativas que visem apurar atividade licitatória da Administração em conformidade com a Lei 8.666/93 Artigo, 7º, § 8º a saber:

Qualquer cidadão poderá requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preço unitários de determinada obra executada.

E ainda como preceitua a Constituição de 1988, Artigo 74, § 2º;

Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

6.6 Princípio da Competitividade

Para obter a melhor proposta a Administração deve incentivar a participação do maior número de pessoas, assegurando-se a isonomia, pois é tratando todos da mesma forma é que se poderá contratar a melhor proposta.

É vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto contrato.

Este princípio se fundamenta na própria essência da licitação que pressupõe a competição entre os licitantes, pois é da oposição entre eles que surge a proposta mais vantajosa à Administração Pública.

Os atos convocatórios devem ser criteriosos na fixação dos requisitos para a participação no procedimento licitatório, para que não impeçam a livre competitividade, objetivo primeiro da licitação, imprescindível na escolha da melhor proposta.

6.7. Vinculação ao Instrumento Convocatório

O princípio da Vinculação ao instrumento convocatório assegura, também, a presença da isonomia no procedimento licitatório, uma vez que, conhecendo as necessidades da Administração através do edital, os particulares analisam sua capacidade de satisfazê-las, mediante o cumprimento rigoroso das propostas nele contidas.

Por este princípio, Administração Pública e participantes do certame devem pautar suas ações pelos termos do instrumento convocatório, não podendo agir nem aquém, nem além do disposto neste instrumento, conforme disposto claramente no artigo 41, “caput” da Lei n.º 8.666/93: “Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições de edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

Licitação e contrato administrativo”, comentando o princípio leciona “que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas ao julgamento ou ao contrato”.⁴ (MEIRELLES, 1996, p . 31)

Não é lícito á Administração alterar os termos do instrumento convocatório se este já foi publicado, exceto quando existam elevados interesses públicos, devidamente justificados, com a conseqüente republicação do edital e reabertura de novo prazo, para que todos os licitantes tomem ciência e possam adequar suas propostas.

Ademais, o contrato administrativo a ser celebrado é vinculado à licitação, e, por conseguinte, ao instrumento convocatório, sendo defeso á Administração, sob pena de ferir o princípio da isonomia, dele se divorciar.

⁴ Art. 3º, § 1º, da Lei 8.666/93.

6.8 Princípio do Julgamento Objetivo

Agregando-se ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório tem-se o princípio do julgamento objetivo, porquanto abstrai ao máximo o subjetivismo no cotejo das propostas apresentadas, estando previstos, no edital, os critérios de julgamento para conhecimento dos interessados.

Para tanto, o instrumento convocatório não pode prestigiar critérios subjetivos, sendo vedadas disposições que permitem ao órgão administrativo considerar distinções pessoais que provenham de seus agentes (garantia a impessoalidade e da isonomia).

A concretização do princípio do julgamento objetivo leva em conta três condições, a saber: o julgamento deve ser feito segundo um dos tipos de licitação previstos na lei (menor preço, melhor técnica e preço), com observância do critério estabelecido no ato convocatório, e de acordo com os fatores nele previstos.

A objetividade do julgamento se liga intrinsecamente ao princípio da impessoalidade e da isonomia, visando, especialmente, a garantia da segurança jurídica na relação de direito material, firmada.

Assim rezam os artigos 44 e 45 da Lei de Licitações:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º. É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa, ainda que indiretamente, elidir o princípio de igualdade entre os licitantes.

§ 2º. Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos baseados nas ofertas dos demais licitantes.

§ 3º. Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitário simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

§ 4º. O disposto nos parágrafos anterior se aplica também a proposta que incluam mão-de obra estrangeira ou importações de qualquer natureza.

Art. 45. O julgamento das propostas será, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º. Para os afins deste artigo, constituem tipos de licitações, exceto na modalidade concurso:

I. a de menor preço – quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II. a de melhor técnica;

III. a de técnica e preço;

IV. a de maior lance ou oferta – nos casos de alienação de bens ou concessão e direito real de uso.”

6.9 Princípio da Isonomia e a Legitimação da Licitação Pública

Considerando-se que a isonomia é elemento indissociável a licitação pública, deve ser tratado da mesma maneira que todos os participantes do certame tenham direito fundamental assegurado, explicitamente, na Constituição Federal de 1988, tornando-se, pois, a isonomia, o princípio a ser respeitado no procedimento licitatório.

Por outro lado, visando a propiciar as mesmas oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, a licitação deverá garantir absoluta igualdade entre os interessados, princípio maior do qual se originam os demais princípios da licitação. (MEIRELLES, 1996, p. 26)

Há diversos princípios que dão estrutura ao sistema jurídico-positivo brasileiro. Mas o que vai informar, imediatamente, a licitação, é o da isonomia, hoje já transformado explicitamente em norma. (OLIVEIRA, 1981. p. 28)

A lei não é por si só um instrumento de legitimidade. Somente se prestará a esse papel quando retratar os valores sociais, que estão deontologicamente explícitos nos princípios jurídicos.

A Administração Pública não será legítima somente por cumprir a lei, porque a lei tem como fonte de legitimidade os princípios, especialmente o do interesse público. A legalidade não exaure a legitimidade que a atividade administrativa pleiteia em nome da coletividade.

O princípio da isonomia, que está previsto em lei, é um fator de concreção da legalidade e da legitimidade e, conseqüentemente, da licitação pública.

A licitação pública só é legitimada pela sociedade quando presente o princípio isonômico. Não cabem discriminações quando se impõe, incontinenter, a realização do interesse público.

A licitação é legitimada preponderantemente pela isonomia. Ao seu lado, reacentue-se, esta a eficiência, que reclama a realização do melhor contrato e a satisfação das necessidades da Administração Pública. Diante disto, o interesse do órgão administrativo e os resultados que lhe são exigidos, para se conjugarem ao interesse público, não podem se privar da conformação à isonomia. Devem-se adequar os fins aos meios. Eficiência e isonomia não são proposições discrepantes. Nos meandros da licitação pública, são duas faces gêmeas da legalidade e, acima de tudo, da legitimação do procedimento. (NIEBUHR,2000,p. 82)

A incidência do princípio da isonomia sobre a licitação desdobra-se em dois momentos. Em uma primeira fase, são fixados os criteriosos de diferenciação que a Administração adotara para escolher o contratante. Em uma segunda fase, a Administração verificara quem, concretamente, preenche mais satisfatoriamente as diferenças. Nesses dois momentos, inicie o princípio da isonomia. (JUSTEN FILHO, 1998. p. 27)

Artigo 37, inciso XXI da Constituição Brasileira de 1988, direciona a transparência do Administrador Público em relação aos contratados se não o vejamos;

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

A constituição impõe, pois, a aplicação do princípio da isonomia no procedimento licitatório, que assegure igualdade e condições a todos os concorrentes.

Além deste artigo 37, a constituição de 1998, no artigo 175, “caput”, exige a licitação para a concessão ou permissão de prestação de serviços públicos pelos particulares.

Já o inciso III do § 1º do artigo 173 da CF/88 prevê lei que estabeleça o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica, dispondo, até, sobre o regime de licitação pública e contratos administrativos.

O artigo 22, inciso XXVII da CF/88, que elenca a competência legislativa privativa da União, lhe atribui ditar:

As normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas, fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecendo o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, 1º, III.”

7. CONCESSÃO E PERMISSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS E SEU REGIME JURÍDICO

7.1. Aspectos gerais

Em linhas gerais, na concessão ou permissão do serviço público atribui-se a uma pessoa privada uma função própria do Estado, sub-rogando a favor do concessionário ou do permissionário um conjunto de potestades e privilégios para garantir o funcionamento desse serviço (regime jurídico administrativo).

A doutrina é unânime no que diz respeito à não transferência da propriedade do serviço ao concessionário ou permissionário – só se delega a execução do serviço e não a sua titularidade o serviço público é privativo do Estado.

O que se transfere para os concessionários e permissionários é somente o exercício da atividade pública.

Por isso se caracteriza como contratos de direito administrativo – o serviço público é explorado pelo concessionário ou permissionário sob vistas, ou melhor, sob a fiscalização do governo concedente. Também são contratos “intuitu personae” e sempre são precedidos de licitação (a concessão e a permissão não podem ser conferidas a quem deseja a Administração, mas a quem o processo administrativo, nos termos da lei, o determina).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 175, de forma inequívoca, deixou clara a posição de que, na delegação da prestação de qualquer serviço público, sob a forma de permissão ou concessão, é obrigatória a prévia licitação para que se possa selecionar, com vantagens para a Administração Pública, o delegatário daquele serviço. A concessão e a permissão de serviços públicos tiveram destaque constitucional.

Para caracterizar a concessão e a permissão de serviço público é obrigatória a remuneração do concessionário e do permissionário pela exploração do próprio serviço, normalmente através de tarifas, ou meios específicos estabelecidos pela administração pública.

7.2. Concessão Pública

O instituto através do qual o estado atribui ao exercício de um serviço público a alguém que presta-o 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 exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço. (MELLO, 2001, p. 631).

Mediante a concessão de serviço público, a Administração atribui a um particular encargos que lhe são próprios, o concessionário realiza incumbência que o ordenamento destina ao órgão público; a concessão envolve, portanto, atividades ou interesses que não podem ficar no âmbito da autonomia privada porque são reservados aos poderes públicos.

No entanto, a Administração não pode se desvincular do serviço público, quando concedido. O serviço é concedido, mas permanece serviço público: a concessão não configura abandono do Estado, que continua responsável pela execução perante a coletividade, ocorre a descentralização do serviço, porque sua execução é atribuída a outra pessoa jurídica, sob controle do poder público.

A outorga do serviço em concessão depende de lei que a autorize, ressalvando-se, apenas as autorizações constantes das Constituições, inclusive a Federal, ou das Leis Orgânicas.

A existência de autorização legislativa não libera a Administração para escolher o concessionário que deseja proceder, devendo proceder a uma licitação para que apresentem os interessados, selecionando-se aquele que oferecer a melhor proposta (art. 175 CF/88).

Traços específicos da concessão de serviços públicos:

- a) Relação jurídica entre a Administração e o administrado, pela qual a primeira incumbe a segunda da gestão de um serviço público, formalizada por um instrumento contratual;
- b) A incumbência é específica – feita “intuitu personae” – não genérica, pois o Poder Concedente aprecia a idoneidade da pessoa a quem transfere as atividades;
- c) a incumbência é feita por determinado tempo, que pode ser prorrogado;
- d) o serviço público concedido é desempenhado pelo concessionário, que o executa em nome próprio, obedecendo, entretanto, às normas de realização dos serviços fixadas pelo Poder Concedente, que o fiscaliza e lhe impõe sanções;
- e) a Administração delega ao concessionário o direito ao exercício de certos e determinados poderes para desempenho cabal e integral da incumbência;
- f) os riscos advindos pela realização do serviço são de responsabilidade do concessionário;
- g) o pagamento pela exploração dos serviços é feito, normalmente mediante tarifas públicas (exceção feita aos serviços e radiodifusão, uma vez que a sua publicidade é provida pelo próprio anunciante)”. (CRETILLA, 1995.p. 359)

Apesar das peculiaridades dos serviços de transporte individual de passageiros (táxi), a permissão/concessão para tais serviços obedece a todos os princípios e características comuns às demais concessões de serviços públicos. Em consequência, a concessão formaliza-se mediante a celebração de contrato administrativo (contrato de direito público, visando ao interesse público), bilateral (cria obrigações recíprocas a ambas as partes), comutativo (cada contratante recebe do outro prestação relativamente equivalente á sua), oneroso (traz vantagens para ambos os contratantes), realizado “intuitu personae” (conforme decorrência do próprio princípio da licitação exige-se a pessoa do contratado para sua execução), através do qual o Poder Público transfere, nas condições legais e contratuais, a execução dos serviços as pessoas físicas de direito privado, selecionadas em processo licitatório.

7.3 Instituto da Permissão

Permissão de serviço público, segundo conceito tradicionalmente acolhido na doutrina, é ato unilateralmente 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. O Estado, em princípio, valer-se-ia da permissão justamente quando não desejasse constituir o particular em direitos contra ele, mas apenas em face de terceiros. Pelo seu caráter precário, caberia utilizá-lo normalmente, quando: a) o permissionário não necessita alocar grandes capitais para o desempenho do serviço; b) poderia mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilização ou, ainda, quando: c) o serviço não envolvesse implantação física de aparelhamento que adere ao solo, ou, finalmente, quando: d) os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela extrema rentabilidade do serviço, seja pelo curtíssimo prazo em que se realizaria a satisfação econômico almejada. (MELLO, 201, p. 680-681).

As permissionárias de serviço público – juntamente com as concessionárias – também configuram processos descentralizados por colaboração, diferindo destas quanto ao instrumento jurídico da outorga, que na concessão é um contrato, e, na permissão, um ato administrativo unilateral. (CRETELLA. 1995, p. 97).

A permissão, classicamente, se expressa por ato administrativo, discricionário, precário, revogável, em princípio a qualquer tempo, sendo inerente à concessão à longa duração e inerente à permissão a precariedade, por outro lado, sendo ato administrativo, não se sujeita à licitação. No entanto, o artigo 175 da CF/88 exige a licitação para a concessão e a permissão de serviços públicos, aproximando a permissão da natureza de contrato, própria e característica da concessão.

Não obstante seja de sua natureza a outorga sem prazo, tem a doutrina admitindo a possibilidade de fixação de prazo, hipótese em que a revogação da permissão dará ao permissionário direito à indenização; é a modalidade que Hely Lopes Meirelles denomina de permissão condicionada e Cretella Jr. De permissão qualificada. Segundo entendemos, a fixação de prazo aproxima de tal forma a permissão da concessão que quase desaparecem as diferenças entre os dois institutos. Em muitos casos, nota-se que a Administração celebra verdadeiros contratos de concessão sob o nome de permissão. Isto ocorre porque a precariedade inerente à permissão, com possibilidade de revogação a qualquer momento, sem indenização, plenamente admissível quando se trate de permissão de uso de bem público (sem maiores gastos para o permissionário), é inteiramente inadequada quando se cuida de prestação de serviço público. Trata-se de um empreendimento que, como outro qualquer, envolve gastos; de modo que dificilmente alguém se interessará sem ter garantias de respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, somente assegurado pelo contrato com o prazo estabelecido. Daí as permissões com prazo, que desnaturam o instituto; e daí, também, o fato de já haver quem impugne o caráter de permissão de determinados atos que a lei assim denomina e até quem pregue, por sua inutilidade, a extinção do instituto. “Talvez, por isso, a Constituição, no art. 175, parágrafo único, inciso I, refira-se à permissão como contrato.” (DI PIETRO, 2000. P. 273-274).

8 CONCLUSÃO

Ao término desta pesquisa reafirma-se sua intenção primordial de apontar a incompatibilidade do instituto jurídico da transferência direta dos serviços de transporte individual de passageiros, táxi, que permite que sua outorga seja transferida a outro distinto daquele vencedor de licitação com a Constituição Federal de 1998, analisando-se, o princípio constitucional da isonomia e seu principal desdobramento no âmbito da Administração Pública, a licitação pública, diante dos contornos delineados pela atual ordem constitucional vigente, as seguintes considerações:

- Os princípios jurídicos derivam diretamente dos valores sociais, com o intuito maior de se fazer justiça e se revestem, sobretudo, de força normativa (acepção da vanguarda jurista).

A evolução da ciência do Direito desencadeou o seu rompimento com a dogmática pura cujo espírito racionalista, maximizando o aperfeiçoamento técnico em detrimento dos laços social e valorativo oriundos das relações jurídicas, distanciou o Direito da realidade, passando, pois, a incorporar dimensões finalística (teleológicas) e valorativas (axiológicas), mediante a normatização dos princípios jurídicos.

- Normas jurídicas abrangem, então, os princípios e as regras. Ultrapassando, pois, o entendimento tradicional das ciências jurídicas, de que princípios são meros termos referenciais que orientam e justificam tomadas de decisões e ajudam a preencher lacunas e obscuridades do ordenamento, para fins deste estudo os princípios são considerados verdadeiras normas jurídicas, uma vez que ordenam e impõe condutas e, até mesmo, geram direitos subjetivos.

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva o engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. (BOBBIO, 1995, P. 158-159)

Partindo-se desse pressuposto, os princípios jurídicos não se referem apenas a questões de validade ou invalidade, atributo central das regras jurídicas. Ou seja, diferentemente das regras, os princípios geram considerações acerca de sua importância. Na aplicação de uma regra investiga-se basicamente sua validade (sua incidência se restringe aos pressupostos de fatos por ela vinculados – as exceções são previamente previstas no próprio corpo normativo, isto é, diante de um caso real, ou se aplica determinada regra ou não se aplica); com relação aos princípios, uma vez que não forneçam respostas definitivas e podem ser ponderadas sobre o prisma de outros princípios e das condicionantes de fato que informam o caso concreto, torna-se necessário realizar a otimização da importância do valor que lhes corresponde, contrapondo-o e combinando-o aos demais princípios do ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais se encontram consagrados nas Constituições, sob a forma de princípios. Diferentemente das regras, que prevêm hipóteses determinadas de realização, os princípios são comandos que admitem relativização. Por traduzirem valores, e não hipóteses concretas, não raro os princípios colidem entre si – portanto, são as exigências dos casos concretos que determinarão o seu raio de incidência. (Alexy 1997, p. 99)

- Os princípios representam ao Direito os valores de justiça da sociedade, valores estes que não apresentam linearmente, mas, por vezes, em relação de tensão em face da experiência humana. Conseqüentemente, não havendo valores absolutos, também não existem princípios absolutos nem, tampouco, qualquer hierarquia entre eles, e cada princípio será mais ou menos efetivado na proporção do valor que ele representa para a coletividade em uma determinada circunstancia factual e concreta.

Em decorrência de sua ligação à justiça e à moral, os princípios conformam toda a ordem jurídica à orientação axiológica que é por ela manifesta. É que as regras jurídicas concernentes a opções morais deles e derivam, operacionalizando-os em situações circunscritas em seus pressupostos de fato. Com esse perfil, os princípios galgam superioridade na ciência ensejando direitos subjetivos, e adequando a hermenêutica aos valores sociais de justiça. A criação legislativa de regras jurídicas e a prática administrativa devem a eles corresponder.

- A aplicação de um princípio jurídico leva em conta a ponderação razoável das condicionantes de fato que se apresentam frente a um caso concreto; alterando-se os valores, modifica-se o entendimento, trazendo, por via de conseqüência, revitalização ao sistema jurídico como um todo, sem necessidade de mudar diretamente os diplomas normativos (as regras são normas que não prevêm e nunca conseguirão prever toda a espécie de comportamento humano).

O rigor positivista, reduzindo o raciocínio jurídico a mero silogismo, no qual a solução de cada resultaria, necessariamente, na dedução de regras abstratas tomadas como espécies de premissas axiomáticas, culmina na exclusiva e única identificação do fenômeno jurídico, aprisionando-se, em conseqüência, fatores de legitimação do discurso jurídico consentâneo com vivência prática da experiência social.

A comunidade jurídica pós-positivista avançou ao reconduzir o Direito à sociedade, superando a purificação positivista e colocando a questão da interpretação como fundamental no debate jurídico contemporâneo, e, por conseguinte, priorizando os princípios e o papel que desempenham na revelação e construção do sentido das normas, principalmente as de natureza constitucional, portanto a Constituição é a lei

máxima no ordenamento jurídico estatal, fundamento de validade de todos os demais atos inferiores – a supremacia constitucional subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Lei Maior.

- O princípio da supremacia das constituições é a base em que se assenta o moderno Direito Público – as normas constitucionais se sobrepõem às demais normas jurídicas (hierarquia), sendo essa preeminência a original superioridade da Constituição.

Sem esmiuçarmos as concepções elaboradas pelas mais variadas correntes doutrinárias existentes (jusnaturalismo, positivismo, historicismo, sociologismo, marxismo, institucionalismo, etc.), podemos definir Constituição como um sistema de normas jurídicas reguladora da forma do Estado, da forma de governo, do modo de aquisição e exercício do poder e seus limites, assim como dos direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana.

Acima de tudo não se deve entender a Constituição como pura e simples norma jurídica, mas norma em sua contextualidade social, ou seja, conectada com o conjunto da comunidade.

A constituição é algo que tem como forma um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas, etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade. E finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada se não tiver em mente essa estrutura, considerada como conexão de sentido, como é tudo aquilo que intera um conjunto de valores. (PALU, 2001, p. 154)

- A Administração Pública age em nome da coletividade, defendendo interesses pertencentes ao corpo social como um todo, e não apenas a um grupo restrito de indivíduos ou de cidadãos.

Para atingir tal desafio, é detentora de um regime especial derogatório do direito comum, denominado administrativo, que se caracteriza, essencialmente, pela presença de dois princípios fundamentais: supremacia do interesse público sobre o privado e, indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

A supremacia dos interesses públicos sobre o privado proclama a superioridade do interesse da coletividade, colocando a disposição do Poder Público algumas prerrogativas como a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, prazos maiores para intervenção em processos judiciais, prazos especiais para prescrição de ações, auto-executoriedade dos atos administrativos, expropriação de bens, autotutela. Devem ser exercidas dentro dos limites imposto pela Constituição Federal a fim de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, e, também, assegurando a Administração situação de comando frente ao particular, tendo em vista a gestão dos interesses públicos (manifestação unilateral da vontade administrativa nas relações já estabelecidas).

A indisponibilidade do interesse público se retrata na inapropriabilidade dos bens e dos interesses públicos, porquanto sendo interesses qualificados como próprios da coletividade, internos ao setor público, não estão livres a disposição de qualquer pessoa, nem mesmo do administrador, que somente possui o dever de curá-los, segundo a finalidade legal a que se destinam.

O regime jurídico, tendo como premissa maior a consecução do interesse público, outorga a Administração prerrogativas e privilégios; entretanto, exige, em contrapartida, uma atuação administrativa pautada, sobretudo, pela legalidade e pela moralidade, nos termos do art. 37, “caput” da Carta Magna de 1988.

- O constituinte de 1988 elegeu a isonomia (derivada diretamente do valor social da igualdade) como norma – princípio, nos termos do seu art. 5º, “caput”: um valor que, apesar das variantes históricas e filosóficas, é à base do que hoje se denomina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais (Título II, Capítulo I, do art. 5º da CF/88), concretizado na máxima aristotélica de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. O princípio da isonomia revela exatamente este valor ao Direito.

Segundo Joel de Menezes (1990, p. 45), “Dentre os valores enfatiza-se o da igualdade que, em sua forma jurídica corporificada no princípio da isonomia, é normativamente posta na frente de todos os outros Direitos Fundamentais”.

É isso que ocorre no Brasil, dado que o valor jurídico da igualdade (isonomia), encartado na atual Carta Magna, num título que encerra uma série de direitos considerados como fundamentais, no capítulo concernente aos direitos e deveres individuais e coletivos, precisamente no “caput” de seu artigo (5º), está assegurado em posição de destaque e em face dos demais preceitos que vêm abaixo dele.

A igualdade como valor fundamental da ordem jurídica consubstanciada no princípio da isonomia, confundida com a idéia de direitos Humanos, abrigada constitucionalmente na qualidade de Direito Fundamental e, ainda, elevados dentre todos os demais Direitos que assim o são definidos, e dos preceitos normativos de maior importância. Não se quer dizer, repita-se, que seja um conceito absoluto.

Entretanto, ao aplicá-la, envolvendo-a no processo hermenêutico de ponderação, que é típico aos princípios jurídicos, o cientista do Direito deverá tomá-la na mais amplitude possível, sempre almejando sua concretização.”(NIEBUHR, 2000. p. 52).

- Dispõe a Lei n.º 8.666/93 (Lei Geral de Licitações Públicas), no seu art. 3º, “caput” que o procedimento licitatório destina-se a garantir o princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada conforme os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são conexos.

Conseqüentemente, a licitação pública, derivada diretamente do princípio constitucional da isonomia, e calcada nos princípios retro mencionados, tem como finalidade precípua imprimir lisura aos contratos administrativos, pois, a Administração, ao realizar uma avença, por imperativo moral e de equidade, deve conceder oportunidades iguais a todos os interessados em firmá-la – a proposta mais vantajosa deve ser a aferida, em cotejo com as demais recebidas, como

pressuposto de legalidade e legitimidade, com igualdade, sem privilegiar apadrinhados, nem desfavorecer desafetos.

Como regra geral, quando o Estado e suas entidades auxiliares se propõem a travar com terceiros negócios cuja conclusão poderia despertar o interesse de diferentes sujeitos, deve, preliminarmente, efetuar um procedimento denominado licitação, com o escopo de selecionar a contraparte.

Assim, se pretendem alienar, locar, adquirir bens, promover a execução de obras ou serviços, em princípio, estarão obrigados a instaurar uma competição, convocando quem queira e possa disputá-la – na conformidade de condições previamente estipuladas e noticiadas – a fim de escolherem a proposta mais vantajosa, eleita na conformidade de critérios de julgamento antecipadamente divulgados. (CF/88, art. 37, XXXI).

Licitação, pois, é um procedimento competitivo, obrigatório como regra, pelo qual o Estado e mais entidades governamentais, para constituírem relações jurídicas as mais favoráveis aos interesses a quem deve servir, buscam selecionar sua contraparte por meio de disputa constituída e desenvolvida isonomicamente entre os interessados, do acordo com os parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

A licitação, pois, não é um fim em si mesmo, mas um meio pelo qual se busca a obtenção do negócio mais conveniente para o atendimento dos interesses e necessidades públicas a serem supridos, tanto como assegurar, neste objetivo, o pleno respeito ao princípio da isonomia, isto é: o dever de ensejar iguais oportunidades aos que pretendem e podem disputar o tratamento de relações jurídicas em que o Poder Público esteja empenhado, através, especialmente da observância concomitante dos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da vinculação ao edital e do julgamento objetivo.

A escolha do particular a ser contratado deverá ser a mais objetiva possível. Nesse ponto, o princípio da isonomia deságua no conceito de indisponibilidade e supremacia do interesse público. Discriminam-se particulares em vista da obtenção do melhor resultado possível para a Administração. Será escolhido o particular cuja atuação traduzir, objetivamente, a melhor alternativa de entendimento à necessidade existente.

Com relação aos serviços públicos a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 175, “caput”, preceitua que o poder público cabe, na forma de lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

O advérbio sempre, enfaticamente utilizado no art. 175 da Lei Fundamental, não dá margem alguma de dúvida sobre a eficácia plena, imediata e automática do preceito, que esta a obrigar, tanto o legislador e o Poder regulamentar, quanto a vincular o ato concreto de concessão/permissão.

Tratando-se de serviço público, cuja execução é transferida a terceiro, precisamente para melhor atendimento da comunidade, a concessão (permissão) deve ser, necessariamente, precedida de concorrência, para a escolha do melhor proponente.

Quer os serviços sejam prestados por concessionárias ou por permissionárias, a respectiva outorga somente será feita por licitação pública, definida como procedimento administrativo que precede as contratações administrativas, ou que antecede qualquer pronunciamento, mesmo unilateral do Poder-Público, envolvendo outorga de serviços públicos a particular, para geri-los.

- A atual Constituição Brasileira cuidou da categoria de serviços públicos, quando enumerou as atividades que decidiu seriam serviços públicos, não obstante sua natureza tipicamente econômica, dispondo sobre a possibilidade genérica de delegação de sua execução a particulares, mediante concessão ou permissão, e os repartiu entre os entes federativos (artigos 21, XI e XII, 25, § 2º, e 30, V), sendo de competência do Município a exploração dos serviços de transporte coletivo.

Por conseguinte, ao tratar dos serviços públicos federais a Carta Magna expressou a possibilidade de a União Federal prestá-los de forma direta ou por meio de delegação de seu exercício aos particulares, em regime de concessão ou permissão – os casos do inc.XI e XII o constituinte se vale da locução “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão”, deixando claro que todas as atividades elencadas nesses dispositivos são consideradas serviços públicos.

Infere-se, pois, do exposto, que o serviço de transporte individual de passageiro, táxi, ostenta natureza jurídica de serviço público Municipal. Assim sendo, sua concessão ou permissão aos particulares depende, impreterivelmente, do procedimento licitatório, uma vez que a disciplina constitucional referente á concessão/permissão de serviço público (“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”) impõe a obrigatória realização de licitação, e não prevê qualquer ressalva legal acerca da possibilidade de sua dispensa.

9 DISCUSSÃO

Esta pesquisa, a partir de um contexto crítico-dogmático, se propõe a questionar um positivismo arraigado que, na maioria das vezes, se preocupa somente com a coerência lógico-formal do direito, sem atentar para as suas conseqüências concretas. Nessa perspectiva, busca-se, sobretudo, a construção de um direito participativo e concreto com realidade social e suas necessidades.

Inicialmente cumpriu-se analisar a compatibilidade dos dispositivos acima mencionados em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição Federal de 1988.

Por mais que se estabeleçam condições a esta transferência, a violação ao art. 175 da CF/88 em vigor é patente. Seria possível pensar na possibilidade que outra pessoa física, que não tenha participado de qualquer licitação, tornar-se concessionária ou permissionária? É preciso lembrar que o princípio constitucional da isonomia não se dirige apenas a quem contrata com a Administração, mas também a própria Administração Pública.

Se hoje a melhor doutrina administrativa não mede esforços para reduzir o espaço de subjetividade do administrador e do Poder Público, tal dispositivo é contra todas estas novas tendências (o cidadão é um consumidor de justiça do direito administrativo).

A concessão é um ato "intuitu personae" por excelência (...). De conseguinte, não pode o concessionário, sem nenhum título ou pretexto, transferir, total ou parcialmente concessão. Nem mesmo se o concedente autorizasse ou concordasse seria factível esta transmissão, pois, se isto ocorresse, haveria burla ao princípio da licitação, de vê que (...) a Administração não dispõe de liberdade absoluta do concessionário" (MELLO, 21, p. 650)

Tendo em vista que a concessão/permissão do serviço público de táxi depende de licitação – até mesmo por imposição constitucional – e como o quer está em causa, ademais, é um serviço público, não se compreenderia que o concessionário/permissionário pudesse passá-la a outrem, com ou sem a concordância da Administração.

Com efeito, o certame foi o concessionário/permissionário, e não um terceiro – sujeito, este, pois, que, de direito, não se credenciou, ao cabo de disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta.

Logo, admitir a transferência da permissão do serviço público de táxi, DPR 190/2008, artigo 6º, parágrafo 2º, Regulamento da BHTRANS, afronta ao princípio licitatório, enfaticamente consagrado na Lei Magna Brasileira em tema de concessão/permissão, e feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido na Constituição – reconhecer a uma pessoa física ou empresa o direito – conquanto subordinado à antecipada concordância administração – de repassar a terceiro a concessão/permissão, estaria se admitindo a comercialização do direito de prestar o serviço, e ensejando que seja repassado a um sujeito que não venceu ou sequer disputou o certame licitatório, permitindo-se, portanto, que, por vias transversas, alguém adquira a condição de concessionário ou permissionário sem licitação, o que é expressamente vedado pelo Art. 175 CF/88.

Logo, os dispositivos legais acima mencionados, que tratam da transferência direta dos serviços públicos, exorbitaram dos limites constitucionais impostos à matéria, afrontando diretamente o art. 37, “Caput”, e o art. 175, todos da atual Constituição Brasileira de 1988, e desrespeitando, sobretudo, o princípio da isonomia, norma constitucional asseguradora e protetora do valor maior da igualdade.

Conforme doutrina dominante, o procedimento licitatório é a regra na administração pública, sendo que no caso em questão, a licitação possibilitará selecionar a pessoa mais capacitada, técnica e financeiramente, por meio de critérios de suas aptidões.

A imposição de licitação para celebração de contratos com o poder público constitui exigência imanente ao regime jurídico-administrativo do Estado Democrático de Direito, porquanto a democracia plena pressupõe efetiva participação popular na elaboração e na fruição das ações governamentais, reclamando, ainda, como premissa básica, a outorga de tratamento isonômico a todos os cidadãos, não se comprazendo com a existência de privilégios injustificáveis e discriminações arbitrárias – consagram-se, assim, os princípios fundamentais da ordem democrática: a supremacia do interesse público (pautada nos princípios da legalidade e da moralidade) e a isonomia.

Mediante a licitação, a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o interesse público, possibilitando aos administrados que satisfaça as condições objetivamente estabelecidas no edital, pleitear, em igualdade de condições, a celebração de contrato com o poder público.

Refletindo sobre a supremacia dos interesses público, assim como o Direito Administrativo, está ligado diretamente ao Direito Público, caracterizando-se normativamente por interesses pertinentes a sociedade e não aos particulares.

A concessão (permissão), presente, comprova a inalienabilidade e a impenhorabilidade dos bens públicos, sendo que o Estado, ao outorgar ao particular a exploração dos serviços, transfere, tão-somente, o exercício da atividade e não os direitos desta atividade, podendo, a qualquer momento, avocar para si aquela atividade e estabelecer condições de sua prestação, por ato unilateral da Administração.

É sobre a ótica da prevalência do interesse público sobre o privado e, ainda, do princípio constitucionalmente assegurado da isonomia deverão ser entendidos e estudados a licitação e a transferência direta dos serviços públicos de transporte individual de passageiros.

Portanto, á vista da nova ordem jurídica instituída pela CF/88, no que se refere á obrigatoriedade de licitação para a prestação de serviços públicos, tem-se que a transferência direta dos serviços de transporte individual de passageiros não foi recepcionada pela Magma Carta de 1988, porquanto com ela incompatível.

O instituto da recepção dá novo fundamento de validade aos instrumentos normativos da ordem constitucional anterior, se compatíveis com a nova Constituição em vigor calcado no princípio maior da supremacia constitucional, que constitui o alicerce em que se assenta o moderno Direito Público: as normas constitucionais se colocam acima das outras normas jurídicas (hierarquia), denotando-se, assim, a superioridade da Constituição. A supremacia constitucional pressupõe, pois, a existência de escalonamento normativo, ocupando a Constituição o vértice do ordenamento jurídico. É nela que o legislador se baseará para elaborar as leis, tanto com relação à forma (organicidade, procedimentos e competências), quanto ao conteúdo (matéria). Conseqüentemente, a exigência do procedimento licitatório para a concessão e permissão de serviço público impede a recepção da norma regulamentadora da transferência direta dos serviços pela atual Constituição Brasileira.

Desse modo, em relação à Constituição Federal de 1988, o Regulamento da BHTRANS DPR 190/2008 em seu Artigo 6º, existe intrínseco os institutos da permissão/concessão fundido nos casos que se seguem;

Artigo 6º. As permissões delegadas pela BHTRANS para prestação do serviço de transporte público por táxi obedecerão aos seguintes preceitos: caráter precário, inalienável, impenhorável, incomunicável e vedada a subpermissão, extinguindo-se nos casos previstos neste Regulamento e nos relacionados abaixo:

- a) Advento do termo contratual estabelecido em edital licitatório;
- b) Falecimento do permissionário;
- c) Invalidez permanente do permissionário;
- d) Incapacidade do permissionário declarada judicialmente;
- e) Renúncia à permissão;
- f) Revogação da permissão;
- g) Anulação da permissão;
- h) Caducidade da permissão;
- i) Cassação da permissão;
- j) Insolvência civil do permissionário;
- k) Falência da empresa permissionária.

§1.º. As permissões outorgadas através de procedimento licitatório além do determinado no caput deste artigo possuem caráter personalíssimo e são intransferíveis.

A incompatibilidade do parágrafo 2º do Artigo 6º do Regulamento de táxi da BHTRANS está justamente nas permissões outorgada antes da Constituição de 1988, permitindo desta maneira a transferência direta sem o devido procedimento licitatório, ferindo claramente a Constituição atual, se não o vejamos;

§2.º. Os incisos “a”, “b”, “d” e “h” não se aplicam às permissões outorgadas antes da Constituição de 1988.

A inobservância do Administrador do Artigo 175 da Constituição de 1988 está calcada no legislador constituinte que não tratou da permissão outorgada antes da Constituição de 1988, deixando a cargo do legislador Infraconstitucional, e este por sua vez, permitiu a BHTRANS a regulamentar o serviço de transporte individual de passageiro, táxi.

O fato da permissão outorgado antes da Constituição de 1988, não muda a natureza jurídica, os princípios Constitucionais do prévio procedimento licitatório estão intrínsecos na relação de prestação do serviço público, uma vez que há continuidade da prestação, por tanto inadmissível a transferência direta da permissão.

Em vista do Regulamento da BHTRANS, DPR 190/2008, o parágrafo 2º que trata da transferência direta da permissão está calcado no direito adquirido, este instituto, conseqüentemente leva o permissionário ao caráter de executor e titular do serviço público prestado.

O procedimento licitatório obrigatório para a prestação do serviço público por meio de permissão/concessão, a titularidade do serviço é do Estado, por tanto só ele tem a legitimidade de eleger quem será o prestador do serviço público, pautada na Lei 8.987/95 que dispõe do regime concessão/permissão, em consonância com a Lei da Licitação 8.666/93, que dispõe da modalidade de licitação.

Ao passo que a Lei 10.520/02 que institui a modalidade de licitação denominada pregão, é o certame que corresponde à transferência da permissão de táxi, atendendo desta maneira a Constituição Brasileira de 1988, a Constituição do Estado de Minas Gérias, e a Lei Orgânica do Município e sobretudo a permissão antes da Constituição de 1988.

Bastaria o Administrador Público observar os princípios jurídicos Constitucionais em especial a titularidade do serviço público para enxergar que, no momento que o permissionário vende a permissão, (indica), uma pessoa para executar o serviço destinado àquela permissão, ele substitui o Estado, ferindo gravemente a Constituição Brasileira de 1988, Artigo 175.

O Legislador Constituinte da Carta Magna de 1988, ao se referir da obrigatoriedade da licitação inclui a permissão/concessão concedidas antes da Constituição e 1988, em vista do particular querendo transferir o serviço, a Administração Pública que possui a titularidade do mesmo, por meio da lei 10.520/02, que trata da modalidade de licitação pregão, e através do edital, inicia-se o certame licitatório. Tudo em conformidade com as Leis deste País.

A ilicitude da venda da permissão de táxi está no momento que o Administrador não cumpre o seu importante papel de zelar pelo cumprimento da Constituição Federal de 1988 Artigo 175 e Lei 8.987/95. Pois o interesse público está na concorrência para a prestação do serviço de táxi, quem oferecer o melhor preço para o permissionário, em tese tem melhor condições para prestar um melhor serviço.

O então papel do Administrador Público sua função é, eleger a pessoa mais qualificada para a prestação do serviço público, para isto, a licitação é indicado nos casos em que o permissionário estabeleça o compromisso de dispor do serviço público com valor mínimo de mercado que existe sobre a permissão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **A theory of legal argumentation**. Oxford: Clarendon press, 1989

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6.ed. Brasília: UNB, 1995.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm > Acesso em: 10 abr. 2009.

Minas Gerais [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado de Minas Gerais** – 13. ed. – Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009. 232p. CDU 342.4(815.1). “1989”. Disponível em: < <http://www.almg.gov.br/downloads/ConstituicaoEstadual.pdf> > Acesso em: 14 maio 2009.

Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte. Câmara Municipal de Belo Horizonte. Disponível em: <http://bhz5.pbh.gov.br/legislacao.nsf/42d34f6e3014477e0325679f0041f8fa/1abf7fae53aeb5fd032567a100633dea?OpenDocument> > Acesso em: 14 maio 2009.

Lei 10.520. 17 de julho de 2002. Institui modalidade pregão nos termos do Artigo 37, Inciso XXI, da Constituição Federal de 1988. Disponível em: < http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/l-010520-17-07-2002.htm > Acesso em: 05 maio 2009

Portaria BHTRANS DPR N.º 190/2008. De 24 de dezembro de 2008. Altera e Consolida o Regulamento do Serviço Público de Táxi. Disponível em: < http://www.bhtrans.pbh.gov.br/portal/page/portal/portalpublicodl/Legisla%C3%A7%C3%A3o/Regulamentos%20de%20Transportes/Transporte%20por%20T%C3%A1xi/regulamento_taxi_dezembro_2008_atualizado_27_fevereiro_2009.pdf > Acesso em: 15 abr. 2009

Lei n. 8.666. 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da c, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providencias. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm > Acesso em: 15 abr. 2009

Lei n.º 8.987. 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências: Disponível em: <
<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8987cons.htm> > Acesso em 10 abr. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DI PIETRO, M ARIA Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; BATISTA DOS SANTOS, Márcia Walquíria; DÁVILA, Vera Lúcia. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Barcelona: Ariel, 1989.

ESPÍDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1998.

Flecha, Maria de Lourdes. **Curso prático de direito administrativo**. Belo Horizonte. Del Rey, 2004.

FORTINI, Cristiana Maria. **Contratos administrativos**. Belo Horizonte, 2007. Ed. Del Rey Ltda.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários á lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. Curitiba: Dialética, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Princípio da isonomia na licitação pública**. Obra Jurídica Editora, 2000.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.