

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

ORISLANNE CARNEIRO DE SOUSA

**IMPRESINDIBILIDADE DE PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO PARA A
CONCESSÃO DE AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO
COLETIVO INTERESTADUAL.**

Brasília – DF

Julho/2016

ORISLANNE CARNEIRO DE SOUSA

**IMPRESINDIBILIDADE DE PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO PARA A
CONCESSÃO DE AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO
COLETIVO INTERESTADUAL.**

O Trabalho de Conclusão de Curso aqui apresentado ao Instituto Brasileiro de Direito Público, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo.

Brasília – DF

Julho/2016

ORISLANNE CARNEIRO DE SOUSA

**IMPRESINDIBILIDADE DE PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO PARA A
CONCESSÃO DE AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO
COLETIVO INTERESTADUAL.**

O Trabalho de Conclusão de Curso aqui apresentado ao Instituto Brasileiro de Direito Público, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo.

Brasília, 21 de julho de 2016.

Examinador

Examinador

Examinador

A Deus, doador e mantenedor da vida, toda honra e glória. Ao meu filho e aos meus pais, minha eterna gratidão.

AGRADECIMENTOS

Tenho muito a agradecer a todos pelo privilégio em estar concluindo mais uma etapa acadêmica da minha vida, afinal foram tantos os obstáculos e lutas enfrentadas que considero importante a gratidão que tenho por cada participante desta etapa por mim vivida.

Deixo aqui registrado os meus sinceros agradecimentos, primeiramente a Deus por conceder-me inteligência e sabedoria. Assim sendo, agradeço também a todos os meus familiares, que encorajaram-me a prosseguir nessa caminhada tão árdua, mas também tão gratificante.

Não poderia deixar de lembrar também dos meus amigos que estiveram presentes, participando das lutas e das vitórias que me fizeram crescer acadêmica, pessoal e profissionalmente.

Aos professores por aguçarem minha vontade de crescer a cada dia.

A Instituição de Ensino que proporcionou excelentes momentos para meu crescimento acadêmico.

“A melhor de todas as coisas é aprender. O dinheiro pode ser perdido ou roubado, a saúde e força podem falhar, mas o que você dedicou à sua mente é seu para sempre.” (Louis L. Amour)

RESUMO

A realização deste trabalho monográfico visa ampliar o conhecimento sobre “Imprescindibilidade de procedimento da licitação para a concessão de autorização de serviço de transporte público coletivo interestadual”. Por se tratar de assunto relevante para a sociedade, que é o transporte coletivo, bem como, por ser serviços públicos de titularidade do Estado e que através de concessão permite que particulares executem a prestação do serviço, analisaremos peculiaridades para que as concessões sejam disponibilizadas. A luz da Constituição Federal, de 1988, e a própria Lei nº. 8.666, de 1993, abordaremos o assunto no intuito de expor divergências legais entre elas e as Leis Federais nº 8.987/95 e nº 12.996/14, principalmente no que se refere à exigência de licitação para concessão de serviços públicos a particulares.

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

ABSTRACT

The realization of this monographic work aims enlarging the knowledge about the “indispensability of procedure of the bidding for the concessions of authorization of interstate public transportation service”. Because it is a relevant subject for society, which is public transportation, and for being public services of state ownership and that through concession allows that private ones execute the service, we will analyze peculiarities for the concessions to be provided. Under the light of the Federal Constitution of 1988, and the law number 8666, from 1993, we will discuss the subject with the intention of exposing legal divergences between them and the federal law numbers 8987/95 and 12996/14, especially on what refers to the bidding requirement for the concession of public and private services.

Keywords: Auction . Concession. Transport . Public service .

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. = Artigo

ANTT = Agência Nacional de Transporte Terrestre

TCC = Trabalho de Conclusão de Curso

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 – ORDENAMENTO JURÍDICO.....	15
1.1 A IMPORTÂNCIA DA LICITAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO	24
1.2 - IMPRESCINDIBILIDADE, O QUE É?	27
2 - CONTRATO	29
2.1 CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	35
3 – SISTEMA DE TRANSPORTE PÚBLICO E O ORDENAMENTO JURÍDICO	40
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

INTRODUÇÃO

O serviço de transporte público coletivo de passageiros interestadual e internacional sofre com as relações jurídicas frágeis entre as empresas e o Estado. Ocorre, este fato, devido aos vínculos contratuais sem licitação, ou com contratos vencidos, ou mesmo sem nenhum vínculo contratual entre o prestador de serviço e o ente público, tornando-se um problema crônico no setor de transporte coletivo de passageiros.

A insegurança jurídica ocorre na ausência de vínculos formais que asseguram direitos e obrigações entre as partes. Para solucionar o problema o legislador nacional elaborou a lei nº 8.987/95, no intuito de regularizar os diversos casos envolvendo o setor de transporte.

Em primeiro momento, determinou que os entes elaborassem nova licitação e concedessem por outorga de novas concessões para àqueles que não tivessem contrato válido. Porém, o que preocupa é o fato de que há mais de dez anos a lei foi elaborada e a situação não foi alterada, persistindo assim a instabilidade dos vínculos formais entre o poder público e as empresas prestadores de serviços.

Portanto, este trabalho visa trazer a luz esta situação atual no setor de transporte público coletivo, bem como propor soluções plausíveis para o caso, visto que a mesma lei sofreu em 2007, alterações, porém como já fora dito, não ocorreu mudanças significativas.

Um dos pontos primordiais desta questão é a ausência de licitação. Percebe-se a importância de haver transparência quanto à prestação de serviço, principalmente nos órgãos públicos, e para que isso aconteça é essencial que haja o cumprimento da realização das licitações, obedecendo assim as leis e as regras que regulamentam este processo, a fim de oferecer à sociedade o melhor serviço possível.

É através da Lei nº 8.666/93 que auxiliará na compreensão do assunto que está sendo abordado aqui com maior clareza, pois regulamenta o estudo que está sendo exposto neste artigo.

Entende-se ainda, que é de suma importância compreender que as licitações para serviços públicos devem ser realizadas com muita clareza e consciência para não lesar e nem privilegiar outros interesses que não a prestação adequada destes serviços à população, bem como estas licitações devem ocorrer à luz da legislação vigente.

Neste trabalho de conclusão de curso, aborda-se a Lei nº 8.987/95, elaborada com o intuito de regularizar a situação de ausência de vínculo contratual; ou a existência deste vínculo sem licitação, determinando a realização de nova licitação e outorga de novas concessões de uso do serviço público por particulares sem contrato válido.

Bem como aborda-se as alterações feitas através da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que dá nova redação ao artigo 42 da Lei nº 8.987/95, que vem disciplinar a questão da ausência de contrato na prestação de serviços de transporte público coletivo. Há de se ressaltar que existem dúvidas acerca das soluções dadas por esta nova redação, bem como há divergência se a União, responsável por leis gerais, possa legislar acerca de questões específicas de licitação.

E para finalizar, há ainda a lei nº 12.996, de 18 de junho de 2014, que regulamenta a presente temática e permite que o Estado autorize a prestação de serviços de transporte público coletivo a terceiros sem licitação, contrariando assim a lei nº 8.666/93.

Registra-se que a discursão girará em torno desta lei, uma vez que a mesma permite autorização de concessão de serviço público por parte do ente, sabendo-se que o meio legal seria a licitação.

Ainda mais as Leis nº 10.233/2001 e 12.996/2014 que regem sobre a mesma temática que também serão abordadas neste Trabalho.

Quanto da “imprescindibilidade de procedimento de licitação para concessão de autorização para prestação de serviço de transporte público coletivo interestadual e internacional”, serão analisados os pontos que ajudarão a compreender os diversos procedimentos pelos quais passam uma licitação pública.

O tema aqui estudado aborda especificamente a licitação para o transporte coletivo, mas as regras apresentadas e estudadas valem para todos os tipos de serviços públicos prestados. Para tanto, é interessante obter conhecimentos sobre licitação de forma geral, uma vez que a licitação é a regra de toda e qualquer contratação pública para prestação de serviço a ser realizado a fim de oferecer a sociedade o melhor serviço, e quando se trata de compra, o Estado precisa obter o melhor produto, com o menor custo possível.

Falando de transporte coletivo, há a preocupação com a qualidade do serviço público a ser prestado por terceiros, uma vez que a empresa vencedora deverá se preocupar não apenas com os ganhos financeiros que receberá, mas principalmente com a segurança, cumprimento de horários e itinerários, conforto e etc. às pessoas que utilizam-se deste serviço.

Dessa feita, este trabalho tratará do tema à luz da licitação, a fim de compreender as relações existentes entre o Estado e os prestadores de serviços públicos de transporte interestadual e internacional no cenário atual.

Fato é que vários questionamentos devem ser feitos a fim de se chegar a um entendimento deste assunto, tais como: o que é licitação? Como funciona a licitação? Como funciona a concessão de serviço público de transporte? Pode o Estado autorizar terceiros a prestar serviço público sem licitação? É imprescindível a licitação para que particulares prestem este tipo de serviço para a população? Há divergência de leis quanto a exploração de serviço público de transporte público? E as relações jurídicas entre Estado, detentor da titularidade dos serviços públicos, e particulares são sólidas?

Assim sendo, baseado em pesquisa bibliográfica foi observado a existência de leis que, *a priori*, apresentam divergências e que gera insegurança

jurídica no setor de transporte. Portanto, o tema permite que aja um debate científico e acadêmico, visto que se refere à prestação de serviço para milhares de usuários diários, tornando-se um assunto de relevância social.

1 – ORDENAMENTO JURÍDICO

A Constituição Federal afirma no seu artigo 37, Inciso XXI, que:

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

Entende-se que, ainda que não houvesse qualquer dispositivo legal exigindo a licitação, a Administração Pública estaria obrigada a licitar, uma vez que a Constituição, como exposto acima, a determina.

Considerando que os bens e interesses públicos não podem ser explorados livremente pelo administrador, surgem os princípios para que possam ser observados nos procedimentos administrativos. Os princípios serão analisados separadamente no decorrer deste trabalho, porém no que se refere ao princípio da isonomia entende-se que este é motriz para que a Administração não desenvolva qualquer favoritismo ou detrimento a alguém, assim sendo, ele se torna elementar ao direito administrativo, transformando o próprio instituto da licitação num princípio para a Administração Pública.

Observa-se que, o constituinte decidiu pela licitação como regra para aquisição pelo Estado de bens e serviços. Há casos de exceção à regra que são, segundo a lei de licitação, a licitação dispensada, a licitação dispensável e a inexigibilidade de licitação. Sobre esse tema, Meirelles conceitua:

Licitação dispensada: é aquela que a própria lei declarou-a como tal (art. 17, I e II, e art. 2º, § 1º, III, da Lei dos Consórcios Públicos – Lei 11.107/2005). (MEIRELLES, 2006, p. 278)

Pode-se afirmar que, faz parte da licitação dispensada os casos em que a realização de uma licitação seria materialmente impossível, em virtude da singularidade, não apenas da natureza íntima do objeto, como também, da individualidade decorrente de fatores externos. Em outras palavras este é o caso em que a Administração não pode fazer a licitação.

Em se tratando de licitação dispensável, Meirelles (2006, p.283) conceitua “é toda aquela que a Administração pode dispensar se assim lhe convier. A lei enumerou vinte e seis casos (art. 24, I a XXVI)”.

Esta dispensa ocorre quando o confronto dos interesses ofende a supremacia do interesse público sobre o privado, bem como, a indisponibilidade dos interesses públicos. Pode-se citar como exemplos a dispensa de licitação em caso de guerras, calamidade pública, emergência e outras. Neste caso, diante da discricionariedade do Estado, a licitação pode ou não ser realizada.

Quanto à inexigibilidade de licitação, Meirelles afirma que:

Inexigibilidade de Licitação – Ocorre a inexigibilidade de licitação quando há impossibilidade jurídica de competência entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração. (MEIRELLES, 2006, p. 283)

E já no caso da inexigibilidade, há a inviabilidade de competição, ou seja, os fornecedores são exclusivos e nenhum outro candidato reúne condições mínimas para satisfazer o objeto da contratação.

Observa-se, conforme as citações dos Acórdãos abaixo, que o Tribunal de Contas da União tem orientado acerca de manobras que o Estado possa usar para abster-se de licitar e que as mesmas não deveriam ser usadas. A compreensão que se tem tanto da Constituição, quanto da Lei nº 8.666/93 é que se houver qualquer possibilidade de licitação, o Estado deverá optar por ela. Uma das razões para esta orientação, é a possibilidade de dar transparência ao processo de aquisição pelo Estado.

Abstenha-se de dispensar procedimento licitatório para aquisição de bens e serviços quando restar configurada a viabilidade de competição entre fornecedores.

Não admita, em contratos que venham a ser celebrados mediante dispensa de licitação, a ocorrência de itens com preços superiores aos praticados por empresas do mesmo ramo. **Acórdão 2387/2007 Plenário**

Proceda de forma correta as dispensas de licitações, cumprindo as exigências dos normativos que regem seu procedimento, descrevendo de forma clara o seu objeto, em especial o disposto nos arts. 17, 24, 25 e 26 da Lei 8.666/1993. **Acórdão 97/2010 Segunda Câmara (Relação)**

Abstenha-se de dispensar licitação fora das hipóteses e sem o preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 24 e 26 da Lei no 8.666/1993, atentando que a dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei pode caracterizar o crime previsto no art. 89 da citada norma. **Acórdão 383/2010 Segunda Câmara (Relação)**

Conceituando licitação, Mello (2005, p.492) diz “é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas”.

E a fim de uma compreensão melhor sobre a temática deste artigo, Meirelles conceitua autorização como sendo:

Ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, tais como o uso especial de bem público, o porte de arma, o trânsito por determinados locais etc. (MEIRELLES, 2006, p. 188)

Assim também, seguem os conceitos de concessão e permissão, a fim de auxiliar no entendimento exposto a seguir.

Concessão é a delegação contratual da execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo. (MEIRELLES, 2006, p. 385)

Permissão é o ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou o uso especial de bens públicos, a

título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração. (MEIRELLES, 2006, p. 188).

No intuito de especificar melhor cada uma, não há que se confundir concessão, autorização e permissão, uma vez que a concessão é um contrato bilateral e que permite contratar um serviço de utilidade pública. Já a autorização é ato administrativo unilateral e consente numa atividade ou situação de interesse exclusivo ou predominante do particular. E por fim a permissão, é um ato negocial, ou seja, faculta a realização de uma atividade de interesse concorrente do permitente, do permissionário e do público.

Esclarecidos os conceitos, parte-se para a problemática gerada através da Lei nº 12.996, de 18 de junho de 2014, que inova acerca da prestação de serviços de transporte público, em seu artigo 13, V, quando dá ao particular a autorização da prestação deste serviço à população. Assim diz a lei:

V – autorização, quando se tratar de:

(...);

e) prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura.

Observa-se que, baseado nos conceitos acima, não caberia a autorização de serviço público por particular, na concessão de serviço público de transporte coletivo, bem como, há clara divergência entre a Constituição Federal e a Lei Federal nº 12.996/2014, no que tange licitação.

Sabe-se que há um processo complexo para a realização das concessões de serviços públicos, bem como é complexo também o processo licitatório, porém como será analisado no decorrer deste trabalho, urge abordar o tema em questão a fim de auxiliar na resolução do problema que acarreta prejuízos ao Estado e a população usuária do transporte público coletivo interestadual, a saber: a análise de imprescindibilidade de licitação para a concessão de serviço público de transporte coletivo de passageiros interestadual.

Dando continuidade, a Constituição Brasileira Federal, de 1988, art. 37, inciso XXI, determina a obrigatoriedade da licitação para aquisições de bens e contratações de serviço e obras, bem como alienação de bens, realizados pela Administração Pública, como já foi dito anteriormente.

Porém, pelo fato da Constituição Federal ter se atido à norma geral, foi sancionada, em 21 de junho de 1993, a Lei nº 8.666/1993, conhecida como a lei das licitações, a fim de regulamentar o artigo 37, no que se refere a licitação e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços entre outras funções, mencionado no início deste capítulo.

Assim posto, entende-se que a regra é que ocorra licitação para aquisições de bens e serviços adquiridos pela Administração Pública, sendo possível a realização de compras sem licitações nos casos elencados no art. 24, da Lei de Licitações.

Dallari diz que:

O Princípio da Licitação impõe à Administração a necessidade de recorrer a procedimentos técnicos-jurídicos que assegurem ao mesmo tempo contratações vantajosas para o Poder Público e igualdade de condições para todos os possíveis contratantes, independentemente de quaisquer normas positivas. O procedimento poderá estar ou não especificado pelas normas, mas a falta destas não significa que o princípio seja dispensável. Não havendo norma legal, a licitação se desenvolverá de acordo com o edital. (DALLARI, 1997, p. 33)

Ainda sobre licitação, Mello:

A licitação visa a alcançar duplo objetivo: proporcionar as entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena a isto) e assegurar aos administradores ensejo de disputarem a participação nos negócios que as governamentais pretendam realizar com os particulares. (MELLO, 2005, p. 494)

Assim sendo, entende-se que a licitação é o meio que permite ao Estado usar de transparência nas suas aquisições, a fim de que a sociedade possa

acompanhar e cobrar quanto a qualquer desvio dos padrões legais; adquirir a proposta mais vantajosa para o Estado, o que não significa dizer a mais barato, mas a que melhor atenda aos interesses da Administração e; ainda promover a concorrência no âmbito privado, uma vez que a licitação prima por permitir que qualquer empresa que possua condições legais participem da disputa.

Fato é que, nem sempre a licitação é melhor opção para a Administração, as vezes chega a ser mais desvantajosa uma vez que, em regra, sua rigidez formal não permite uma negociação direta com as empresas particulares a fim de alcançar o melhor preço e um produto de melhor qualidade. Ainda mais, é alto o custo para a realização do certame.

Não bastasse, as empresas, sabendo da necessidade do Poder Público, tendem a aumentar o preço do produto e o fato de ser longo o tempo para a finalização da licitação gera desinteresse de muitos empresários que poderiam oferecer melhores opções para a Administração.

Porém, é certo que, o processo licitatório correto torna ativo o princípio da isonomia e propicia condições vantajosas para o Poder Público nos contratos feitos pela Administração. Considerando que a licitação siga todos os princípios que regem a lei da oferta e da procura, o Estado estará apto para proporcionar a escolha da proposta mais vantajosa.

Claramente entende-se que, a licitação visa proporcionar aos órgãos públicos a realização de negócios com particulares de forma vantajosa, a fim de que nenhum lado seja prejudicado.

Mello comenta sobre os pressupostos da licitação e diz o seguinte:

A realização de qualquer licitação depende da ocorrência de certos pressupostos. À falta deles, o certame licitatório seria um autêntico sem-sentido ou simplesmente não atenderia às finalidades, em vista das quais foi concebido. Ditos pressupostos são três ordens, a saber: a) pressuposto lógico; b) pressuposto jurídico; e c) pressuposto fático. (MELLO, 2005, p. 505)

Esclarece-se, portanto, nos parágrafos a seguir, conforme Mello diz:

- É pressuposto lógico da licitação a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes. Sem isto não há como conceber uma licitação.
- É pressuposto jurídico que, em face do caso concreto, a licitação possa se consumir em meio apto, ao menos em tese, para a Administração acudir ao interesse que deve prover.
- É pressuposto fático da licitação a existência de interessados em disputá-la. Nos casos em que tal interesse não concorra, não há como realizá-la. Seria inviável, por exemplo, abrir-se um certame licitatório para obter o parecer de um jurista famoso, os serviços de um consagrado advogado para uma sustentação oral, ou uma cirurgia a ser efetuada por renomado especialista. (MELLO, 2005, p.505)

Analisar os pressupostos para as licitações é compreender ou identificar o objetivo licitável, ou seja, a própria licitação em si. Percebe-se que se não houver uma pluralidade de objetos, uma pluralidade de ofertantes, um cumprimento jurídico e a existência de interessados para a disputa do certame, não há que se falar em licitação. Uma vez que a ausência deles não faria sentido algum a existência da licitação.

Portanto, entende-se que se há pressupostos para a licitação, está será o meio pela qual a Administração deverá adquirir bens ou serviços, por ser a forma mais transparente, justo e concorrencial possíveis.

Como falado no início do capítulo, vários princípios norteiam a licitação. No artigo 3^a, da Lei nº 8.666/93, dispõe que as licitações serão processadas e julgadas na conformidade dos seguintes princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

E sobre os princípios, registra-se as afirmações de Celso Antônio Bandeira de Mello:

- Princípio da Impessoalidade: encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração.

- Princípio da Igualdade: implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, porém oferecer as indispensáveis condições de garantia.
- Princípio da Moralidade: significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para a Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte.
- Princípio da Vinculação ao instrumento convocatório: obriga a Administração e respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como, aliás, está consignado no art. 41 da Lei 8.666;
- Princípio do Julgamento: o objetivo é almejar como é evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora. Esta preocupação está enfatizada no art. 45 da Lei 8.666. (MELLO, 2005, p. 500 e 501)

Ainda mais, na Obra Contrato e Licitação, publicada pelo Tribunal de Contas da União, em 2010, sob a coordenação do Ministro Presidente Ubiratan Aguiar, afirma que devem ser observados também os seguintes princípios básicos norteadores dos procedimentos licitatórios públicos, a saber:

- Princípio da Legalidade
Nos procedimentos de licitação, esse princípio vincula os licitantes e a Administração Pública às regras estabelecidas nas normas e princípios em vigor.
- Princípio da Isonomia
Significa dar tratamento igual a todos os interessados. É condição essencial para garantir competição em todos os procedimentos licitatórios.
- Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa
A conduta dos licitantes e dos agentes públicos tem de ser, além de lícita, compatível com a moral, a ética, os bons costumes e as regras da boa administração.
- Princípio da Publicidade
Qualquer interessado pode ter acesso às licitações públicas e ao respectivo controle, mediante divulgação dos atos praticados pelos administradores em todo procedimento de licitação.
- Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório
Obriga a Administração e o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão no instrumento de convocação.
- Princípio do Julgamento Objetivo
Esse princípio significa que o administrador deve observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para julgamento da documentação e das propostas. Afasta a possibilidade de o julgador utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no

instrumento de convocação, ainda que em benefício da própria Administração.

- Princípio da Celeridade

O princípio da celeridade, consagrado como uma das diretrizes a ser observada em licitações na modalidade pregão, busca simplificar procedimentos de rigorismos excessivos e de formalidades desnecessárias. As decisões, sempre que possível, devem ser tomadas no momento da sessão.

- Princípio da Competição

Nos certames de licitação, esse princípio conduz o gestor a buscar sempre o maior número de competidores interessados no objeto licitado. Nesse sentido, a Lei de Licitações veda estabelecer, nos atos convocatórios, exigências que possam, de alguma forma, admitir, prever ou tolerar, condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. (TCU, 2010, p. 28)

Além desses princípios, a Administração Pública deve observar ainda os princípios da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Conhecer cada princípio é importante para as partes envolvidas no processo de licitação, ou seja, tanto para quem elabora a licitação, Administração Pública, quanto para quem participa da licitação, licitantes. Uma vez que cada princípio apresenta pontos significativos e de suma importância para todo o processo licitatório.

O autor Celso Antônio Bandeira de Mello cita, ainda, que os princípios da licitação poderiam ser resumidos em:

(...)competitividade, isonomia, publicidade, respeito as condições prefixadas no edital e possibilidade de o disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores, estes princípios são chamados de princípios cardeais. (MELLO, p. 522, 2006)

Os princípios cardeais são os que apresentam caráter peculiar ou relevo invulgar e sujeitam-se a todos os demais informando ou comunicando ao ramo jurídico a legalidade e a modalidade do ato. Mesmo que algumas pessoas ou governantes tentem burlar as leis, há respaldos jurídicos que permitem que os atos administrativos sejam fiscalizados, para que a sociedade não sofra ainda

mais com desvios de verbas públicas ou mesmo uma má-gestão do serviço ou má-aquisição de produtos por parte do Estado.

É de se salientar que a toda a Administração Pública e a particulares que se interessam em participar do processo licitatório necessário se faz observar as leis, regras e os princípios a fim de não incorrer em fraudes licitatórias, gerando possíveis auditorias e relatórios condenatórios do Tribunal de Conta de União e dos demais Tribunais de Contas de cada estado.

1.1 A IMPORTÂNCIA DA LICITAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

Antes mesmo que façamos a análise da importância da licitação no serviço público, discorreremos acerca do que vem a ser serviço público.

Já de ante mão não há conceito uniforme na doutrina sobre o que é serviço público. Alguns apenas consideram como tal o que é prestado por órgãos públicos. Outros conceitua formalmente identificando características extrínsecas e não poucos que conceituam materialmente, visando defini-lo por seu objeto.

Para Meirelles (2006, p. 329) “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normais e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.”

Já para Mello:

Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais-, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.(MELLO, 2005, p.631)

Portanto, averigua-se que como uma vez o conceito de serviço público não sendo uníssono entre os doutrinadores cada indivíduo poderá, em seu campo jurídico, defini-lo, justamente por não ser tão simples a sua conceituação.

Ainda sobre a problemática da conceituação, Mello diz que:

Basta dizer que, à época de seu surgimento, sob o patrocínio teórico de Léon Duguit, o genial publicista que capitaneou a chamada “Escola do Serviço Público” (...) a noção de serviço público apareceu como fórmula revolucionadora do Direito Público em geral e do Direito Administrativo em particular, tentando fazer substituir o eixo metodológico desta disciplina – que dantes se constituía sobre a ideia de “poder” estatal – pela ideia de “serviço aos administrados”

(...)

Duguit propôs-se a afastar a ideia de soberania e do Poder Público como origem do Direito, repelindo a teoria de que “o Estado cria o Direito, mas está regido por ele”. Para este mestre, “o serviço público é o limite e o fundamento do poder governamental” (MELLO, 2005, p. 633)

E desde o início há este conflito do que vem a ser serviço público que, em dado momento, estava ligado diretamente a um determinado tipo de atividade material, àquela que só poderia ser prestada através da intervenção do Estado, e, em outro, abarca-se a ideia de exploração de atividade econômica, típica de particulares, sem concessão, mas que se entendeu deveriam estar sob impacto de regras publicísticas, ou seja, serviço público.

Independente de tal problemática acerca da conceituação, fato é que os serviços públicos têm uma importância muito grande, principalmente por conta dos deveres do Estado brasileiro em relação a sociedade. Ponto significativo para o tema do nosso trabalho acadêmico, que é a prestação de serviço público de transporte coletivo interestadual para a sociedade.

O serviço público é direcionado a toda e qualquer atividade que é prestada pelo Estado à comunidade, visando assegurar o bom atendimento quanto às necessidades que estão diretamente ligadas com o respeito e a dignidade humana.

Retornando a importância da licitação no serviço público, registramos novamente que a licitação é o meio mais legal e transparente para aquisição por parte do Poder Público de bens e serviços. Mesmo diante de uma possível

desvantagem, há de se falar que em primeira instância ela é benéfica para o Estado e para os participantes.

Sobre isso, Dallari afirma que:

A licitação é verdadeiramente um procedimento administrativo que tem por objeto a seleção de um contratante com a Administração Pública. Após a licitação pode surgir um vínculo entre a Administração e particular. (DALARRI, 1997, p.29)

Qualquer relação entre a Administração e um particular sem se atentar a esta prerrogativa é nula. Observa-se que a licitação é de suma importância para o serviço público, pois ela permite igualdade de condições no fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviço para Administração Pública.

A licitação é fundamental para toda e qualquer aquisição de serviço e bens públicos, pela contratação de serviço e obras e outros serviços que podem ser realizados.

Fuher e Milaré afirmam da obrigatoriedade da licitação:

A licitação corresponde a um procedimento prévio de escolha do contratante pela Administração”. Obrigatórias para todas as entidades controladas direta ou indiretamente pelo poder público. As licitações regulam-se pela Lei 8.666, de 21/ 06/ 1993. (FUHER e MILARÉ, 2007, p. 134)

Percebe-se a necessidade de licitação, pois ela é uma “série de atos administrativos coordenados destinados a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública”, Moreira Neto (2003. p.174), sendo de suma importância para todos. Vale lembrar também que a licitação é sempre um ato público, permitindo que todos possam acompanhar o processo, primando pelo princípio da transparência em todas as fases da negociação.

Tendo em vista que antes da CF/88, o Estado poderia adquirir bens ou contratar serviços de forma muito abrangente, não que não haja registro de

licitação antes de nova constituição, mas foi a partir dela e da Lei nº 8.666/93, que as normas se tornaram mais clarividente.

Assim, o objetivo da Licitação para o serviço público se dá na escolha da melhor opção para a satisfação do interesse público. Desde a aquisição de material de expediente à construção de grandes obras que permitam melhor qualidade de vida para a sociedade.

A importância da licitação não está atrelada, somente, na pesquisa de preços, mas também na pesquisa de qualidade de serviços prestados. Para o serviço público, esse procedimento é fundamental, pois devemos preservar, conservar e cuidar dos bens e capital públicos, pois se assim for feito, haverá possibilidade da população ser mais beneficiada, pois não haverá gastos desnecessários, exorbitantes.

1.2 - IMPRESCINDIBILIDADE, O QUE É?

Ao falar sobre a “Imprescindibilidade de Procedimento de Licitação para a Concessão de Autorização para Prestação de Serviço de Transporte Público Coletivo Interestadual e Internacional”, é necessário conhecer o que quer dizer o tema em estudo. E esse tema nos instiga a estudar e compreender melhor a importância da imprescindibilidade de licitação nas concessões públicas.

Para tanto, é importante compreender que o termo imprescindibilidade significa qualidade ou condição do que é imprescindível, que conforme o dicionário da Língua Portuguesa é “adjetivo de dois gêneros que não se pode prescindir”. É tudo que tem grande importância, que não pode faltar, que não pode recusar, que é vital.

Entende-se, portanto, que o Estado não pode se valer de prerrogativas escusas para não aplicar a lei de licitação na concessão de prestação de serviço de transporte público coletivo interestadual e internacional a particulares, assim como para qualquer outra contratação por parte do Estado.

Neste entendimento, percebe-se atualmente no país, no que se refere a estas concessões, uma relação jurídica frágil ou quando não inexistente, provocando uma insegurança jurídica entre os envolvidos.

Assim sendo, o particular não tem seus direitos e obrigações preservados, como a Administração tem complicações na cobrança da prestação de serviços junto ao particular. Gerando com isso uma dificuldade no encerramento dessa relação jurídica, frágil, com o particular, que exigirá o direito de ressarcimento, dentro outros direitos. E nesta relação conflituosa, a sociedade fica impedida de requerer junto aos órgãos competentes uma prestação de serviço adequada por parte daquela empresa.

Portanto, faz-se necessária a licitação para conceder a particular a permissão de prestar o serviço à sociedade, uma vez que é através da licitação que a Administração Pública escolherá a melhor opção, a mais vantajosa para Poder Público e para a sociedade.

2 - CONTRATO

De acordo com a Lei nº 8.666/1993, contrato é todo e qualquer ajuste celebrado entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, por meio do qual se estabelece acordo de vontades, para formação de vínculo e estipulação de obrigações recíprocas.

Mello afirma que:

Contrato é a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas com contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. (MELLO, 2005, p. 582)

Já Hely Lopes Meirelles afirma que:

O contrato é a vontade das partes expressa no momento de sua formalização. Daí a necessidade das cláusulas que fixem com fidelidade o objeto do ajuste e definem com precisão os direitos, obrigações, encargos e responsabilidades dos contratantes, em conformidade com o edital e a proposta vencedora. No caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação, o conteúdo do contrato deve ater-se ao despacho que autorizou sua realização e à proposta escolhida, devendo, ainda, mencionar o número do processo que autorizou. (art. 61). (MEIRELLES, 2006, p. 221)
Embora deva normalmente conformar-se ao pedido pela Administração e ao ofertado pelo proponente, o contrato pode conter outras vantagens para o serviço público, obtidas em discussão com o vencedor da licitação. O que não se admite são cláusulas que concedam vantagens ao contratado que as originariamente previstas ou que, por outro qualquer motivo, sejam prejudiciais à Administração. (MEIRELLES, 2006, P. 221)

Percebe-se, com a leitura acima, que o contrato consolida as relações jurídicas entre a Administração e o particular, vencedor da Licitação. Entende-se, portanto, que o contrato deve ter cláusulas clara e precisas que definam direitos, obrigações e responsabilidade da Administração e do particular. Essas disposições devem estar em harmonia com os termos da proposta vencedora, com o ato convocatório da licitação ou com a autorização para contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Após concluído o processo licitatório ou os procedimentos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, a Administração adotará as providências necessárias para celebração do contrato correspondente.

No contrato devem estar estabelecidas com clareza e precisão cláusulas que definam direitos, obrigações e responsabilidade da Administração e do particular.

Essas disposições devem estar em harmonia com os termos da proposta vencedora, com o ato convocatório da licitação ou com a autorização para contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Para maior entendimento, regulam-se os contratos pelas respectivas cláusulas, pelas normas da Lei de Licitações e pelos preceitos de direito público. Na falta desses dispositivos, regem-se pelos princípios da teoria geral dos contratos e pelas disposições de direito privado.

Contratos celebrados entre a Administração e particulares são diferentes dos contratos firmados no âmbito do direito privado. Isso ocorre porque, nos contratos celebrados entre particulares vale, como regra, a disponibilidade da vontade, enquanto que naqueles devem existir a constante busca pela plena realização do interesse público.

Ou seja, nessa relação entre particular há o interesse de cada participante da relação jurídica. Já na relação jurídica entre Administração Pública e particular há o interesse da coletividade sobre o particular, ou seja, as partes envolvidas nos contratos administrativos não são colocadas em situação de igualdade, uma vez que a Administração assume posição de supremacia e pode, por exemplo, modificar ou rescindir unilateralmente o contrato e impor sanções ao particular. Entretanto, mesmo o Estado possuindo o direito de comprar ou não, ou modificar, ou rescindir o contato, não pode o Estado se valer desta posição para sobrepor aos empresários com cláusulas exorbitantes, a fim de prejudicá-lo.

Meirelles, sobre contrato, diz o seguinte:

Até o advento do Dec. Lei 2.300/86 poucas eram as leis que tratavam de contrato administrativo e a matéria era regulada de

modo incompleto e assistemático, propiciando errôneas aplicações da lei e hesitação da jurisdição na interpretação de suas normas. A Lei 8.666/93 manteve a orientação do Estatuto anterior, com uma legislação orgânica e sistemática regendo toda a matéria. Assim sendo, os contratos administrativos regem-se pelas cláusulas e pelos preceitos de Direito Público, “aplicando-se lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de Direito Privado. (MEIRELLES, 2006, p. 219)

Ora, a Lei de Licitações determina que os contratos tenham obrigatoriamente cláusulas essenciais a fim de enumerar as condições de execução. Estas cláusulas contratuais são aquelas que estabelecem objeto, direitos, obrigações, responsabilidades das partes e peculiaridades da execução do objeto. Portanto, devem as cláusulas do contrato estar em harmonia com os termos da licitação e da proposta a que estiver vinculado.

Ainda mais, o contrato administrativo necessita conter, além das cláusulas essenciais, as seguintes informações como: nome do órgão ou entidade da Administração e respectivo representante, nome do particular que executará o objeto do contrato e respectivo representante, finalidade ou objetivo do contrato, ato que autorizou a lavratura do contrato, número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, sujeição dos contratantes às normas da Lei nº 8.666/1993, submissão dos contratantes às cláusulas contratuais, entre outras que sejam julgadas pertinentes pela Administração em razão da peculiaridade do objeto e assim devem constar do termo contratual, como a finalidade de garantir perfeita execução do objeto e de resguardar os direitos e deveres das partes, evitando problemas durante a execução do contrato.

Conforme dispõe o art. 55 da Lei nº 8.666/1993, são cláusulas necessárias ou essenciais ao contrato, as que estabelecem:

- objeto detalhado, com indicação das especificações técnicas, modelo, marca, quantidade e outros elementos característicos, e em conformidade com o ato convocatório respectivo;
- regime de execução ou a forma de fornecimento;
- preço e condições de pagamento;
- critérios, data-base e periodicidade do reajuste de preços;
- critérios de compensação financeira entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

- prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- garantias oferecidas para assegurar a execução plena do contrato, quando exigidas no ato convocatório;
- direitos e responsabilidades das partes;
- penalidades cabíveis e valores das multas;
- casos de rescisão;
- reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa;
- condições de importação, data e taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- vinculação ao ato convocatório ou ao termo que dispensou ou considerou a licitação inexigível e à proposta do contratado;
- legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
- obrigação do contratado de manter as obrigações assumidas e as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, durante toda a execução do contrato;
- foro competente para solução de divergências entre as partes contratantes.

Tais exigências contratuais dão segurança tanto para o Estado que contrata o serviço ou adquire os produtos, como para o particular que oferece. Porém, uma vez não sendo atendidas as especificações contratuais, a Administração pode rescindi-lo. E sobre isso Meirelles observa o seguinte:

As leis de contratações administrativas geralmente apresentam uma relação de motivos ensejadores da rescisão do contrato, mas essa enumeração não é exaustiva, visto que o regulamento do serviço, o caderno de encargos do órgão interessado e o próprio contato podem acrescentar outros ao elenco legal. O essencial é que, ressalvada a hipótese de rescisão por interesse público, que é implícita, a lei, as normas regulamentares ou o próprio contrato indiquem expressivamente os casos permissivos de rompimento do ajuste, fora dos quais este não se justifica.” (MEIRELLES, 2006, p. 245)

Mello (2005, p. 588), discorre acerca da “instabilidade que a Administração provoca ao contrato quando altera unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante, ou extingue unilateralmente o vínculo”. E afirma mais que “o direito da Administração de instabilizar o contrato,

ressalvando a identidade do objeto da avença e a plena garantia dos interesses patrimoniais da outra parte”.

São, portanto, reputadas existentes, seja por força de ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes, as prerrogativas da Administração no contrato administrativo.

Assim sendo, a Administração detém o poder de continuidade do contrato, bem como, também detém o poder de determinar as condições relativas à prestação devida pelo particular. Sendo possível questionar frente à teoria geral do Direito a titulação do termo “contrato”.

Porém, é sabido, que há a supremacia do interesse público sobre o privado. É esta supremacia que expressa-se na possibilidade de instabilizar esta relação, quanto na autoridade do contratante público. Ocorrendo esta autoridade devido à presunção de legitimidade de seus atos, pelo amplo controle e fiscalização da execução do contrato, pela possibilidade de impor sanções ao contratante privado.

Ora, os principais contratos administrativos são o contrato de concessão de serviços públicos, o de obra pública, o de concessão de uso do domínio público e os contratos de fornecimentos em geral e a lógica desta relação jurídica é que de um lado está o Poder Público usufruindo de todos os poderes indispensáveis à proteção do interesse público substanciado no contrato. No outro, o particular que possui integralmente garantias ao seu interesse privado que o fizeram participar do certame licitatório.

Assegura Mello (2005, p. 593) que “os contratos administrativos (...)obedecem, necessariamente, as formalidades para seu travamento”. E ainda complementa, desde logo, “têm que ser precedidos de licitação, salvo nos casos de inexigibilidade e dispensa”.

Para que haja uma relação jurídica entre particular e Administração, se faz necessário a formalização do contrato, e sobre isso Meirelles (2006, p. 220), argumenta o seguinte:

Por outro lado, a ausência de contrato escrito, a falta de requisitos essenciais e outros defeitos de forma podem viciar a manifestação de vontades das partes e comprometer irremediavelmente o conteúdo obrigacional do ajuste. Igualmente nulo é o contrato administrativo omissivo em pontos fundamentais, ou firmado sem licitação, quando exigida, ou, ainda, resultante da licitação irregular ou fraudada no seu julgamento. E assim é porque a forma, em Direito Administrativo, é exigência inarredável, por representar uma garantia para os administrados e para a própria Administração. (MEIRELLES, 2006, p. 220)

Mello (2005, p. 620) diz que, “para identificar as consequências de contratos administrativos inválidos ou inexistentes, é preciso distinguir as seguintes situações”:

- a) casos em que a relação é invalidada antes de qualquer prestação ou despesa em que o contratado tenha incorrido por força do contrato e sem que haja sofrido algum prejuízo indireto, isto é, oriundo do atrelamento contratual.
- b) casos em que, não tendo havida má-fé por parte do administrado a invalidação ocorre depois de prestações contratuais ou da efetivação de despesas efetuadas em razão do contrato ou mesmo quando, por força da vinculação a ele, o contratado ficou privado de comprováveis proveitos econômicos que, não fora por isto, teria inquestionavelmente obtido em outra relação jurídica;
- c) casos em que, mesmo sem contrato, mas diante de situação fáticas comprovadas, sem má-fé, efetuou prestações aceitas, ainda que implicitamente, pela Administração. (MELLO, 2005, p. 620)

O item “c”, acima, se enquadra perfeitamente na concessão de que trata este trabalho, há uma prestação de serviços realizadas por particulares sem o devido vínculo, devido a inércia do Estado, e por conta de tal ato aceito pela Administração o particular não pode ser penalizado, não percebendo os dividendos a ele pertencentes, a fim de não caracterizar enriquecimentos ilícito pelo Poder Público.

Portanto, exaustivamente os doutrinadores asseguram a importância do contrato administrativo e a ausência dele pode acarretar graves prejuízos aos envolvidos no processo licitatório.

Quando nos referimos à problemática existente na relação entre Administração e particulares na prestação de serviço público de transporte coletivo,

obriga-se a expor essa fragilidade nas obrigações e garantias para ambos, afinal é considerado nulo e não produz efeito o contrato verbal, vencido ou precário. Fato que foi expresso acima, e a lei e os doutrinadores garantem que, para esta prestação de serviço existir, o Poder Público deveria ter realizado a licitação, e posteriormente convocado o vencedor para a assinatura do contrato, visto que só é possível a assinatura do mesmo se houver licitação prévia, dispensáveis aqueles instituídos em lei. O que não ocorre em diversas relações entre particulares e poder público no âmbito do setor de transporte. Fato este que conforme a Lei nº 8.987/95, 11.445/07 e 12.966/2014 buscam solucionar.

Portanto, entende-se que há fragilidade existente entre as relações jurídicas no Brasil no setor de transporte público coletivo, uma vez que muitos particulares têm atuado como prestadores de serviços com contratos precários, sem contratos, contratos vencidos.

2.1 CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Com o intuito de aliviar o Poder Público da execução de alguns serviços públicos, que poderiam ser executados com mais qualidade pelo setor privado, as concessões tiveram sua excelência no fim do século XX, período em que o Estado não detinha tantos recursos financeiros à disposição e a modalidade era utilizada nos serviços públicos mais dispendiosos.

Para Moreira Neto (2003, p. 428) “concessão pode ser conceituada como um contrato administrativo através do qual a execução de serviços de utilidade pública é delegada a particulares”.

Ainda, sobre conceito, Meirelles (2006, p. 385) afirma que “Concessão é a delegação contratual de execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo”.

Para que se faça entender, conceder ao particular a prestação de serviço público não significa conceder a titularidade do serviço concedido, mas sim permitir que outro execute uma obra, ou serviço com prazo determinado em contrato e regramentos que devem ser atendidos. A saber, o Estado dá ao vencedor da licitação a oportunidade de explorar determinado serviço ou obra,

atuar com melhorias, conforto, segurança, e na duração do contrato explorar outros serviços a fim de custear o investimento. Quando findar o contrato, o serviço volta para o Estado, que poderá explorá-lo pessoalmente, ou fazê-lo em forma de Parcerias Público Privada, conhecidas PPP, ou fazer nova concessão.

Sobre contrato de concessão, Meirelles (2006, p.261) afirma que:

Contrato de concessão de serviço público, ou, simplesmente, concessão de serviço público, é o que tem por objeto a transferência da execução de um serviço do Poder Público ao particular, que se remunerará dos gastos com o empreendimento, aí incluídos os ganhos normais do negócio, através de uma tarifa cobrada aos usuários. É comum, ainda, nos contratos de concessão de serviço público a fixação de um preço, devido pelo concessionário ao concedente a título de remuneração dos serviços de supervisão, fiscalização e controle da execução do ajuste, a cargo deste último. (MEIRELLES, 2006, p. 261)

As concessões e permissões estão definidas no artigo 175, da Constituição Federal, e estatui: “Incube ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos deve ser precedida de licitação, a prestação de serviços públicos”.

E ainda no parágrafo único, estabelece que:

A lei disporá sobre: I – regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – obrigação de manter serviço adequado.

Assim sendo, as concessões e permissões possuem regras que devem ser obedecidas tanto pelo concessionário quanto pelo poder concedente. E assim, no intuito de cumprir tal determinação constitucional, no dia 13 de fevereiro de 1995 foi publicada a Lei nº 8.987, que distingue as concessões em concessão precedidas de obra pública e concessão não precedida de obra pública. Sendo os

serviços públicos enquadrados no conceito legal de concessão não precedida pela execução de obras públicas.

No intuito, como já fora dito, de fazer valer o determinado na Constituição, a Lei nº 8987/95, diz:

A delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”. (Artigo 2º. II da Lei 8987/95).

É importante lembrar que concessão de uso pode ou não ser remunerada e também é importante informar que a concessão de uso apresenta duas modalidades. São elas: “Concessão administrativa de uso e a concessão de direito real de uso. A primeira denomina concessão comum de uso e a segunda, atribui o uso do bem público como direito real.” (MEIRELLES, 2006, p. 263).

A concessão é uma parceria, um acordo de vantagens entre os órgãos públicos e a empresa particular que irá prestar os serviços solicitados. É diferente da permissão, porque a concessão consiste em um ato unilateral, precário e discricionário do Poder Público.

Conforme rege a Constituição Federal Brasileira, “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.”

Quando pensamos em concessões, lembramos instantaneamente de permissão, o que muitos podem confundir, pensando ser o mesmo, mas concessão é um contrato administrativo e permissão é ato administrativo. Ambos são executados pelo Poder Público.

Ratificando o que a Constituição Federal insta sobre quem pode legislar, ressaltando que quanto as normais gerais a União é a única autorizada a legislar, acerca da concessão e permissão, o artigo 1º, parágrafo Único da lei nº 8.987/95 diz que:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando as peculiaridades das diversas modalidades de seus serviços. (Art.1º, parágrafo Único da Lei 8987/95)

É sabido que, para que um particular receba o direito de concessão de prestação de serviço público, terá que obedecer a alguns ditames, art. 6º, da citada lei diz:

Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço público adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. (Artigo 6º da Lei 8987/95).

Não há como falar em concessões sem que os envolvidos entendam que o público base para recepcionar a prestação de serviço deve ser atendido em sua necessidade básica, seja na concessão para prestação de serviços públicos no setor de luz, água, transporte público, etc.

Portanto, especifica a Lei 8.987/95, em seu art. 2º, Inciso II, o conceito de concessão de serviço público e como deve ser feito.

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

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

Mello (2005, p 669) afirma que “melhor é ignorar o conceito legal de concessão de serviço público não precedido de obra pública”. E ainda continua “deve-se tomá-lo como um dispositivo cujo préstimo é o de indicar requisitos de válida formação de uma concessão de serviço público”. Considerando inclusive que é “desastrosa a caracterização dada no art. 2º, II”. E, neste entendimento de requisitos válidos para uma concessão, ratificamos que só se pode conceder um serviço público quando o objetivo do ato for o de ensejar uma exploração de

atividade a ser prestada universalmente ao público em geral, ou seja o objeto de concessão é o serviço a ser prestado a sociedade. Sendo possível apenas a concessão se o Estado considerar o serviço em causa como sendo próprio e privativo do Poder Público.

E neste entendimento, vale registrar que o Estado detém a titularidade destes serviços, e o concessionário não poderá deter, em hipótese alguma, a titularidade do serviço público. Assim, o particular recebe apenas o direito de exercício da atividade pública, tão exclusivamente quando, como e enquanto for conveniente para o Estado.

3 – SISTEMA DE TRANSPORTE PÚBLICO E O ORDENAMENTO JURÍDICO

Na atualidade, o transporte público tem apresentado grandes problemas para seus usuários devido às péssimas condições em que se encontram. Assim sendo, tem sido tema de discussão e também de grande preocupação por parte das pessoas que utilizam esse tipo de transporte diariamente. Alguns fatores são apontados e vem justificando o problema que está sendo abordado. São eles: o crescimento populacional, a política-administrativa e o último fator é o econômico social.

A população urbana cresceu muito e não existe um planejamento de urbanização que engloba a todos, ou sejam, que atendam a grande demanda, a saber: locomoção, lazer, segurança e etc. Mesmo nos grandes centros metropolitanos, que foram planejadas, desde a época de sua fundação, não estão preparados devido à explosão demográfica que ocorreu, principalmente com a evasão das pessoas de áreas rurais para os grandes centros urbanos e assim, não conseguem atender com qualidade os usuários de transporte público.

Ao citar o problema de ordem político-administrativa, observa-se que há uma falta de investimento público para solucionar os problemas existentes e melhorar a qualidade do transporte público coletivo. E, não poucas vezes, falta também, interesse político para solucioná-los. Portanto, diante de um quadro caótico, a população passa a usar transportes particulares motorizados, causando transtorno no trânsito, aumentando a poluição no ar e a sonora e estimulando o transporte irregular de passageiros.

E de ordem econômica, entende-se que o transporte público, quando realizados através de concessão, tem-se como meta o lucro das empresas e na linha reversa, o Estado cobra a boa prestação de serviço à população. Portanto, com o cenário de empresas atuando de forma irregular no transporte público, o Estado e a população não recebem o retorno devido.

Assim sendo, devido às péssimas condições do transporte público, e por conta de todas as falhas identificadas nos parágrafos acima, percebe-se um número de veículos particulares exorbitantes nas vias públicas, gerando problemas tais como: congestionamento, alto índice de acidentes, poluição atmosférica e sonora, etc.

É bom lembrar que o uso do transporte coletivo contribui para a proteção ambiental, diminui a poluição do ar e também diminui a poluição sonora, contribuindo assim pelo bem estar de todos.

Segundo o Relatório de Resultado de 2014, da Ouvidoria da ANTT, garante que houve um aumento de aproximadamente 14% das reclamações do transporte rodoviário de passageiros, de 2009 a 2014. Constata-se, ainda, que das 18.783 reclamações feitas em 2014, cinco tipos foram listados com o maior número de manifestação. São elas: 3.204 que se refere ao retardo injustificado da prestação de transporte de passageiros; 2.588 que se refere a não observação aos procedimentos relativos ao pessoal da transportadora; 2.548 que se refere ao tráfego de veículo com defeito em equipamento obrigatório; 1.086 que se refere à alteração sem aviso prévio de itinerário; e 966 que se refere à execução do serviço de transporte sem prévia permissão ou autorização.

A presença de veículos precários, sem manutenção e não poucos sem condições de uso; não oferecem segurança, devido o mal estado de conservação. Bem como; o não cumprimento de horários pré-estabelecidos, como, também outras reclamações, desagradam a população gerando muita insatisfação. Portanto, podemos afirmar que, a melhor maneira de exigir que o transporte público seja de boa qualidade é através da licitação realizada da forma correta, sem intervenção ou apadrinhamento político. E somente através da licitação o serviço público pode ser melhorado.

No dia 20 de junho de 2014, a presidente Dilma sancionou a Medida Provisória nº 638/14. Elaborada originalmente para tratar de alterações no “Inovar-Auto”, programa de incentivo à cadeia produtiva de veículos, o texto foi sancionado e transformado na lei nº 12.996/14. No texto da lei há emenda de

grande impacto: o fim da necessidade de licitação para a exploração do serviço regular de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

Apenas as linhas denominadas semiurbanas, com distância de até 75 quilômetros, terão de ser licitadas. De acordo com a nova lei, que alterou disposições da lei nº 10.233/01, as outorgas de direito de exploração da atividade passam a ser ilimitadas e concedidas mediante autorizações.

De acordo com o caput do art. 175 da CF, a contratação com o poder público pelos regimes de concessão ou permissão será feita “sempre através de licitação”, como já foi dito. Ao dispor que a outorga para a exploração dos serviços de transporte rodoviário interestadual seja feita mediante autorização, faz com que o legislador busque escapar da elaboração do processo licitatório.

Desde a promulgação da CF, sucessivos governos tentam em vão submeter as empresas de transportes interestaduais à licitação, até o momento em vão.

Em 1993, o decreto nº 952 concedeu às empresas que já atuavam no mercado uma permissão de 15 anos para continuarem explorando a atividade. Em 1998 o decreto nº 2521 substituiu o primeiro, detalhando a regulação do setor, mas sem tocar no ponto da licitação; E em 2008, expiradas as permissões provisórias, “licenças especiais” foram expedidas, e as mesmas empresas continuaram atuando. A cada tentativa governamental de emplacar uma licitação – ano passado chegou a ser publicado um edital – as poderosas associações de empresas de transportes entravam em campo e conseguiam preservar seus interesses.

Com a conversão da Medida Provisória nº 638/14 em lei, o governo cria uma problemática difícil de ser resolvida: o que fazer no caso da divergência da Lei nº 8.666, de 1993, a Lei nº 8.987, de 1995 e a Lei nº 12.996, de 2014.

É fato que a Lei nº 8.666/93, exposta acima, institui as regras para a aplicabilidade da licitação em toda a aquisição, prestação de serviço, bem como, também já exposta, as regras para a concessão e permissão de serviços públicos

a terceiros pelo Estado. Assim, insta saber como resolver a problemática da divergência gerada através das leis nº 8.987/95 e nº 12.996/04.

Ao analisar a situação referente à concessão de serviço público, retomamos, mais uma vez, ao art. 175, da Constituição Federal, que afirma:

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.

O poder constituinte pretendeu, ao elaborar este artigo constitucional, que direta ou indiretamente os serviços públicos fossem prestados visando sempre o bem coletivo, oferecendo aos usuários serviços de qualidade a fim de atender demandas. Mesmo que particulares prestem o serviço. Ficando, os mesmos, sob o controle, fiscalização e planejamento do Estado.

Observa-se que a lei nº 8.987/95 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, já no seu título afirma que ela será baseada no art. 175 da Constituição Federal.

Analisemos, portanto, o que a constituição diz acerca da concessão.

Os limites que a Constituição dá para a União legislar sobre concessão de serviço público está no art. 22, XXVII, dando-lhe atribuição de legislar privativamente sobre normas gerais de licitação e contratação envolvendo entes estatais.

Sendo, portanto, as concessões e permissões consideradas contratos, a União tem competência para disciplinar no que tange as normas gerais. Há de se observar dois fatores importantes quanto ao papel da União. Em primeiro lugar, a lei de abrangência nacional só pode fixar normas gerais e não deve versar sobre caráter específico sobre o modo de contratação de outros entes da federação. E em segundo lugar as normas gerais instituídas pela União versa, exclusivamente, sobre contratação, sendo imprópria qualquer normatização federal sobre a política de prestação de serviços públicos de outros entes federativos.

Ademais, sendo a União responsável por determinar as normas gerais de contratação, não pode então adotar medidas quanto às políticas para os serviços públicos em si. Pertencendo ao ente federativo a competência de legislar especificamente sobre os assuntos de interesse dos estados e municípios. Ou seja, em relação a serviços públicos de titularidade de outros entes federativos, a lei nacional não poderá exercer poder sobre quaisquer aspectos relacionados à política de prestação, tanto no que se refere à competência administrativa, como legislativa.

Porém, quando se trata de serviço público de transporte coletivo, deve ser observado que a Constituição afirma que o transporte urbano é de competência dos Municípios; o transporte intermunicipal é atribuído aos Estados; e, à União foi dada a titularidade dos serviços de transporte interestadual e internacional.

Diante disso, a União pode e deve disciplinar através de normas gerais e normas específicas, quando o assunto se referir a transporte interestadual ou internacional. Entende-se que, se a intenção da União é instituir norma geral para disciplinar a contratação dos entes federativos, está correto a luz da legalidade, assim como, também pode fixar regras de cunho específicos ou tratar de tema afeto à política de gestão de serviços públicos.

Sanada a dúvida acerca da competência da União em disciplinar sobre a concessão de serviço público de transporte coletivo interestadual e internacional, fica a interrogação sobre a competência do Município de conceder autorização a particular para a exploração de serviço público de transporte coletivo, mesmo sendo sabido que o Município é o responsável pelo bem estar da sociedade que vivem nele e aí inclui o serviço de transporte coletivo, por ser este, essencial a sociedade.

Surge a necessidade de saber se o ente pode conceder autorização a um particular para exploração de serviço público de transporte coletivo. Sobre a concessão, atrelada a licitação, no artigo As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público afirma que:

A outorga mediante licitação pode ser essencial ao regime da concessão (no Brasil, pelo menos), mas não é elemento constitutivo

da identidade da concessão. Dito em outras palavras: a qualificação do caso concreto como concessão é pressuposto para a aplicação do regime jurídico da licitação. É necessário reconhecer, previamente, se uma certa outorga configura concessão de serviço público. Se configurar, então se aplicará a licitação. A exigência de licitação é decorrência da presença da concessão. Logo, a alusão à obrigatoriedade da licitação não apresenta cunho definitório do instituto da concessão. Trata-se de exigência que integra o regime jurídico correspondente. (JUSTEN FILHO, 2003)

E ainda sobre o tema, o referido autor ressalta que o Estado não perde a titularidade do poder da prestação de serviço público, apenas o transfere ao particular partes dessa função, sem perder o núcleo da competência. Dessa forma, não está o Estado renunciando ao poder de prestar o serviço público, muito menos cedendo ao poder de disciplinar as condições de sua prestação, pelo contrário, está apenas permitindo que um particular exerça um serviço como se Estado fosse. Assim, o Estado a qualquer tempo pode retomar o serviço concedido, mesmo que os prazos da concessão não tenham sido expirados, sempre que houver interesse público para tal ação.

Desta forma, Justen Filho (1997, p. 66) diz: “Pela mesma via se justifica o poder do Estado intervir nas atividades de prestação de serviço ou de modificar as regras relativas à sua prestação”. Garantindo assim o princípio da supremacia do interesse público.

Ainda, no artigo As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público, ressalta que “poderiam imaginar certos serviços que, disciplinados como públicos durante um certo período, passassem posteriormente à exclusiva órbita privada”. Porém, garante, ainda, que seria uma hipótese excepcional, “dependendo de modificações estruturais na ordem política e jurídica. Se e quando ocorresse, o serviço deixaria de ser público e seria desempenhável pelos particulares, dentro dos postulados da livre iniciativa”.

Não podemos deixar de esclarecer que a concessão existe por vontade das partes, principalmente se o Poder Público tiver interesse. Porém há de se registrar que, mesmo a Administração tendo a supremacia de interesse público

sobre o privado, não pode se valer disso para enriquecer ilicitamente às custas de prestadores particulares de serviços públicos, fato já observado acima.

Mello expõe acerca da exploração do serviço público:

É indispensável – sem o quê não se caracterizaria a concessão de serviço público – que o concessionário se remunere pela “exploração” do próprio serviço concedido.

Isto, de regra, se faz, como indicado, “em geral” e “basicamente” pela percepção de tarifas cobradas dos usuários. Entretanto, dita exploração poderia ser feita, em alguns casos, por outros meios.

(...) quando a exploração se faça pela cobrança de tarifas dos usuários, não há impedimento a que o concedente subsidie parcialmente o concessionário. (MELLO, 2005, p.690)

Garante, ainda, Mello (2005, p.690) que “o Estado dá garantias ao concedente”, e esta é a razão que lhe permite dispor livremente sobre as condições de prestação de serviço e modificá-la quando lhe convier. Portanto, incluído nestas garantias está o equilíbrio econômico-financeiro avençado por ocasião da concessão e por isso, o autor garante que “embora o Estado possa modificar unilateralmente as condições de serviço, deverá preservar o equilíbrio econômico quando as alterações que introduzir agravarem a situação do concessionário”.

Assim, o Estado terá que compensar o concessionário, mediante revisão de tarifa ou sob forma de contribuição financeira direta.

Afinal, não pode o Estado se valer da ausência de contrato para se isentar da responsabilidade de eventuais danos ou prejuízos aos prestadores de serviços. A lei 8.666/93 também reconhece que é dever da Administração indenizar, em virtude de contrato inválido ou vencido, o particular que prestou o serviço.

Art. 59 (...)

Parágrafo Único – A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Retornando a Lei nº 8.987/95, observa-se, em especial, ao art. 42º, que traz mudanças consideráveis na concessão do serviço de transporte público.

Para registro, já no art. 1º a referida lei diz que:

Art. 1º - As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175º da Constituição Federal, por esta lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Ora, um verdadeiro contrassenso, uma vez que o art. 175º, da Constituição Federal, é claro na exigência de licitação na concessão de serviços públicos e referida lei como será explanado abaixo permite a autorização na concessão.

A Lei de Licitações, também, afirma que a concessão está inclusa nela, deverá, portanto, obedecer seu regramento, desde que não divirja com legislação específica:

Art. 124 - Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

Observando o art. 42º, da Lei nº 8.987/95, que disciplina a regularização da concessão dos serviços públicos que são prestados sem a devida formalização, percebe-se nítido a busca da regularização de contratos inválidos ou precários. Fato existente no Brasil que existem vários prestadores de serviço de transporte coletivo interestadual e internacional sem contrato, assim, com esta lei, o Estado opta por prorrogar contrato inválidos firmado entre as empresas privadas e o Administração Pública, até que seja feito a licitação.

No primeiro parágrafo do artigo 42, da lei nº 8.987/95, diz que “*vencido o prazo de concessão o poder concedente procederá a sua licitação, nos termos desta lei*”. O texto deixava em aberto a ideia de que o Estado não poderia assumir o serviço de forma direta, apenas poderia transmitir a terceiros. Sendo resolvido o problema com o novo texto, dado através da Lei nº 11.445, de 2007, que diz:

§ 1º Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato. (Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007).

Restou esclarecido que, além de delegar novamente o serviço, o poder concedente também poderia assumi-lo diretamente através de um órgão ou de um ente federativo que integre a administração pública.

Porém, vale registrar que a ausência do dever de licitar, não incide que o Estado esteja desobrigado de fazê-lo. Afinal, é expressa na Constituição esta obrigação por parte do Poder Público. O texto apenas registra a possibilidade da atuação direta por parte do poder concedente de prestar o serviço ou caso considere mais adequado conceder a terceiros.

O § 2º não sofreu alteração, e institui que as concessões em caráter precário deverão ser levantadas e avaliadas a fim de que seja posteriormente realizada uma licitação por um prazo não superior a 24 meses. O que na prática não ocorreu.

No § 3º a lei sofreu as maiores alterações, segue inteiro teor a fim de análise.

§ 3º As concessões a que se refere o § 2º deste artigo, inclusive as que não possuam instrumento que as formalize ou que possuam cláusula que preveja prorrogação, terão validade máxima até o dia 31 de dezembro de 2010, desde que, até o dia 30 de junho de 2009, tenham sido cumpridas, cumulativamente, as seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

I - levantamento mais amplo e retroativo possível dos elementos físicos constituintes da infraestrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, em dimensão necessária e suficiente para a realização do cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão, observadas as disposições legais e contratuais que regulavam a prestação do serviço ou a ela aplicáveis nos 20 (vinte) anos anteriores ao da publicação desta Lei; (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

II - celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, apurados a partir dos levantamentos referidos no inciso I deste parágrafo e auditados por instituição

especializada escolhida de comum acordo pelas partes; e (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

III - publicação na imprensa oficial de ato formal de autoridade do poder concedente, autorizando a prestação precária dos serviços por prazo de até 6 (seis) meses, renovável até 31 de dezembro de 2008, mediante comprovação do cumprimento do disposto nos incisos I e II deste parágrafo. (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

Neste trabalho de conclusão de curso, o legislador tenta regularizar a situação dos serviços sendo explorados sem formalização contratual. Garantindo prorrogação de contrato inexistente até dezembro de 2010, a fim de mediante várias outras ações do Estado, possa solucionar o problema de haver concessões desguarnecida de contrato.

É importante destacar a incongruência de períodos no referido texto. A Lei nº 11.445/2007, o legislador buscou solucionar essa problemática, qual seja, a de conceder à particular prestação de serviços público sem uma base contratual válida. Determinando, assim, um levantamento de situação econômico-financeira do prestador e posterior celebração de contrato por parte do poder concedente e o prestador de serviço. Autorizando ainda essa prestação até o prazo de 31 de dezembro de 2010. Vale destacar que tal ação por parte do Estado não resolveria a problemática encontrada pela ausência de seleção da melhor proposta, cláusulas contratuais obrigatórias e demais exigências contratuais que por razões de ausência do mesmo não podem ser observadas.

O fato é que não pode um prestador de serviço atuar sem o devido respaldo jurídico, a saber o contrato de concessão ou permissão para exploração do serviço público. Assim posto, o Legislador nacional não tem competência para legislar quanto ao assunto, cabendo ao ente responsável pelo serviço implementar as providências à luz da Constituição.

Apesar da nova regra incluídas no artigo 42º, da Lei nº 8.987, ser obrigatoriamente para os serviços no âmbito federal, não há óbice em ser observado na esfera estadual e municipal. Uma vez que esta ausência de vinculação não isenta os outros entes de solucionar as pendências existentes nos serviços de sua titularidade, devendo ser regularizados os contratos entre particulares e o ente na maior brevidade possível.

Já os §§ 4º e 5º o legislador buscou indicar as providências que o poder concedente e o terceiro deviam seguir.

§ 4º Não ocorrendo o acordo previsto no inciso II do § 3º deste artigo, o cálculo da indenização de investimentos será feito com base nos critérios previstos no instrumento de concessão antes celebrado ou, na omissão deste, por avaliação de seu valor econômico ou reavaliação patrimonial, depreciação e amortização de ativos imobilizados definidos pelas legislações fiscal e das sociedades por ações, efetuada por empresa de auditoria independente escolhida de comum acordo pelas partes. (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

§ 5º No caso do § 4º deste artigo, o pagamento de eventual indenização será realizado, mediante garantia real, por meio de 4 (quatro) parcelas anuais, iguais e sucessivas, da parte ainda não amortizada de investimentos e de outras indenizações relacionadas à prestação dos serviços, realizados com capital próprio do concessionário ou de seu controlador, ou originários de operações de financiamento, ou obtidos mediante emissão de ações, debêntures e outros títulos mobiliários, com a primeira parcela paga até o último dia útil do exercício financeiro em que ocorrer a reversão. (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

O § 4º institui que o poder concedente e a empresa prestadora de serviço escolham uma empresa independente para que fixe o valor de indenização, sem contudo especificar qual procedimento caso uma das partes não concorde com a contratação da empresa escolhida. Já o § 5º determina como será feito o pagamento da indenização. Percebe-se, portanto, a regra geral para a resolução do problema.

Contudo, no § 6º, o Estado mais uma vez rompe com a lei de licitação, afirmando que:

§ 6º Ocorrendo acordo, poderá a indenização de que trata o § 5º deste artigo ser paga mediante receitas de novo contrato que venha a disciplinar a prestação do serviço. (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

Neste parágrafo fica explícito que débitos oriundos de exploração de atividade passada podem ser incluídos em um novo contrato, mas como tratar de um novo contrato sem a devida licitação? Assim sendo, o Estado regulamenta

especificamente o procedimento a ser adotado pelo ente a fim de resolver a situação pendente, o que para o entendimento doutrinário não seria possível.

Percebe-se duas vertentes neste parágrafo. A primeira que esta norma representaria uma autorização geral para que se incluía o débito anterior a uma nova concessão para a exploração do serviço público e a segunda é que vincularia este instrumento, a saber transferência de débito, à relação de acordo envolvendo a situação transitória.

Portanto, acerca da lei nº 8.987/95, entende-se que buscou solucionar a problemática de prestadores de serviço público sem contrato formal, e como a União é detentora da competência para legislar sobre matéria específica, no caso o transporte público coletivo interestadual e internacional, devem, portanto, os Municípios e Estados que se encontram em situações irregulares, resolver os referidos problemas, baseados nesta lei.

Quanto à Lei nº 12.996/14, lê-se no seu art. 3º que:

Art. 3º A Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 13.

(...)

IV - permissão, quando se tratar de:

- a) prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual semiurbano de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura;
- b) prestação regular de serviços de transporte ferroviário de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura;

V - autorização, quando se tratar de:

(...)

- e) prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura.” (NR)

“Art. 14.

(...)

III – (...)

- j) transporte rodoviário coletivo regular interestadual e internacional de passageiros, que terá regulamentação específica expedida pela ANTT;

IV – (...)

- a) transporte rodoviário coletivo regular interestadual semiurbano de passageiros;” (NR)

Esta lei, veio para buscar solucionar o grave quadro existente na concessão de serviços públicos de transporte interestadual e internacional, como já citado acima, que se encontra com concessões expiradas ou prestes a acontecer, atuando com contratos precários.

Assim, observa-se que a lei nº 12.996/14 altera a Lei nº 10.233/01, principalmente no que se refere à prestação de serviço de transporte. Assim sendo, no art. 3º, alterando o art. 13º da Lei nº 10.233/10, o legislador permite que seja dada autorização para a prestação do serviço regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados de exploração de infraestrutura.

Ora, há necessidade de licitação para tal exploração, porém no intuito de solucionar a questão de concessionários que não possuíam contratos formais com o Poder Público para a exploração do serviço público, o legislador elaborou a lei, que diverge da Lei de Licitação e própria constituição.

É sabido que, é a concessão que respalda o Poder Público a qualquer tempo requerer os serviços das empresas vencedoras de uma licitação, uma vez que, por não haver concessão eterna, a concedente pode reaver o poder de prestação do serviço.

Quanto à Lei nº 12.996/14 e a Lei nº 8.987/95, entendemos que, em decorrência do princípio da supremacia constitucional, a Constituição Federal deve ser a base para todas as demais leis, portanto, há hierarquia entre a Constituição Federal e as leis federais, estaduais e municipais. Não restando dúvida que ambas estão em desacordo com a norma maior do país, que não permite a autorização em concessão de serviço público de transporte.

Há de ser falar que, a relação, concessionário e concedente, não afasta a sociedade, antes pelo contrário, é ela o usufruto deste serviço, sendo, portanto, partícipe da concessão. Como bem afirma Marçal Justen Filho, no artigo As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público:

Ora, a concepção de um Estado Democrático exclui a visão de que o “poder concedente” corresponderia a uma manifestação meramente

formal da organização burocrática estatal. A concessão da prestação do serviço público pressupõe atuação conjunta e conjugada do Estado e da Sociedade Civil. Não se hesita em afirmar que concessão envolve não apenas a decisão unilateral do Estado de delegar a prestação do serviço público a um sujeito privado, mas exige manifestação e intervenção da comunidade. Somente se pode obter a integral e satisfatória operacionalização da concessão a partir do reconhecimento de que a comunidade e, em especial, os usuários do serviço não são terceiros à relação jurídica. Adota-se a concepção de que a concessão se configura como uma relação jurídica trilateral, em que um dos pólos é ocupado por instituições representativas da comunidade. Por isso, não se pode restringir a definição de concessão a um conjunto de decisões adotadas pelos agentes estatais, sem participação da comunidade e dos usuários. A delegação de serviço público, produzida por meio da concessão, envolve uma decisão conjunta e harmônica do Estado e da Sociedade Civil. (JUSTEN FILHO, 2003, p.)

Como bem afirmado acima, é necessário que a sociedade civil, o Estado e o particular, vencedor da concessão, atuem juntos no propósito maior que é a concessão ter resultado positivo. Não há de ser colocado na posição de terceiro na relação jurídica àquele que será o usuário deste serviço, a saber a sociedade.

Assim posto, o Estado precisa observar os anseios e necessidades da sociedade quando conceder a particulares qualquer serviço público, a fim de que de fato ela possa usufruir de um bom serviço, como se a própria Administração o tivesse oferecendo.

CONCLUSÃO

Ao analisar os diversos textos para a criação deste artigo, compreende-se a grande importância de conhecer mais, buscar mais e aprender mais sobre todas as leis e as normas as quais estamos submissos e que estão representadas pelos nossos governantes.

Conhecer sobre a “Imprescindibilidade de procedimento da licitação para a concessão de autorização de serviço de transporte público coletivo interestadual” faz-nos refletir ao mesmo tempo sobre as diversas ações que o Estado toma para buscar solucionar problemas decorrentes de não aplicação de leis.

A constitucionalidade das leis no Brasil precisa ser revista e analisada a fundo a fim de que não ocorra o que vem ocorrendo com as leis nº 8.987/95 e a 12.996/14. Há uma problemática que precisa também ser corrigida, a saber: a prestação de serviço público por particulares sem respaldo jurídico algum, devido ausência de licitações e contrato nesta relação. Porém, não pode o Estado, com seu poder discricionário agir sem observar a legalidade de seus atos.

A sociedade é que mais sai prejudicada com o descaso do Estado quanto à prestação de serviço público realizado de qualquer maneira e principalmente sem observar a legalidade. Portanto, é necessário que esta mesma sociedade seja observadora do que ocorre nas licitações de concessão de serviço público. Infelizmente, na maioria das vezes, não damos a menor importância, não tomamos conhecimento e assim não temos como acompanhar e verificar a fidelidade em que acontecem as ações de nossos administradores.

As licitações ajudam a avaliar a qualidade e o serviço que será contratado e assim, o Estado, decide qual será contratado e executado. Portanto, deve ser um serviço que seja bom para quem contrata, para o contratado a prestar o serviço e também que venha beneficiar a sociedade que receberá o serviço solicitado.

Percebe-se que, é fundamental apresentar à comunidade, ou à sociedade, com muita clareza o que é realizado dentro da administração pública, para o bem comum de todos.

Quando se fala em concessão de transporte público, é um assunto que deve interessar a todos os cidadãos, pois a demanda de usuários é considerada grande. São milhares de pessoas que o utiliza com frequência os serviços públicos de transporte diariamente, portanto nada mais sensato de que todos, ou uma maioria, usuários destes serviços sejam bem informados sobre todo o processo envolvendo a escolha de uma empresa que lhes oferecerá os serviços.

Sabe-se ainda que, as licitações devem acontecer e serem acompanhadas pela população. É importante e necessário que a sociedade conheça as peculiaridades que envolvem as licitações, para compreender os vários seguimentos das mesmas.

Sabe-se, também, que, o transporte público é dever do Estado, mas na prática diária o transporte coletivo é oferecido por empresa particular. Porém, o Estado, como vimos, tem esse poder de conceder aos particulares a prestação desse serviço, só não pode ocorrer de qualquer forma e sem observar os princípios constitucionais e todo o ordenamento jurídico existente no Brasil no momento.

Assim sendo, entende-se que, a licitação é de grande importância e que deve acontecer mesmo que seja burocrático e oneroso. Uma vez que é o meio mais honesto para com a sociedade brasileira e para com os cofres públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993. Regulamenta o Artigo 37, Inciso XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DOU, 22 de Junho de 1.993.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995. Dispõe sobre o regime de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos previsto no Art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. Brasília, DOU de 14 de fevereiro de 1.995 e republicado em 28 de setembro de 1.998.

BRASIL. Lei nº 10.233 de 05 de Junho de 2.001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquário e terrestre, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte, e dá outras providências. Brasília, DOU, de 6.6.2001.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 383/2010. Representação Processo TC 027.527/2009-4. Responsável: Ricardo Luiz Henry. Interessados: Secretaria Federal de Controle Interno - CGU/PR. Entidade: Município de Cárceres/MT. Ministro Relator Aroldo Cedraz, Brasília - DF 09 de fevereiro de 2010.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 97/2010. Representação Processo TC 018.592/2008-5, Decisão da Segunda Câmara. Interessados: Roosevelt Patriota Cota, Luiza Rosa Luz Surica e Jorge Mário da Silva. Ministro Relator José Jorge, Brasília-DF 26 de janeiro de 2010.

BRASIL, Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2.387. Representação Processo TC 018.872/2014-0, Decisão Colegiada Plenário. Interessado: GSI – Gestão de Segurança Integrada – Vigilância e Segurança LTDA. Ministro Relator Benjamin Zymler, Brasília-DF 10 de setembro de 2014.

BRASIL. Lei nº 12.996, de 18 de junho de 2014. Altera as Leis nº 12.715, de 17 de setembro de 2012, que institui o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores - INOVAR-AUTO, 12.873, de 24 de outubro de 2013, e 10.233, de 5 de junho de 2001; e dá outras providências. Brasília, DOU, de 20.06.2014.

BRASIL. Tribunal de Contas de União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 4ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19ª Edição. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2008.

FÜHER, Maximilianus C.A & MILARÉ, Édís. Manual de Direito Público e Privado. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. Concessão de Serviço Público. Comentários às Leis nº 8.987 e 9.074, de 1995. Editora Dialética. São Paulo. 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. Editora Dialética. São Paulo. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª Edição. Editora Malheiros. São Paulo. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo. 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2003.

Normas Gerais nas Licitações e Contratos Administrativos, Revista de Direito Público, nº 96, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, out/dez de 1990, p.87.

OUVIDORIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Relatório de Resultados 2014/Ouvidoria. Brasília-DF.

Sites Pesquisados:

ARRUDA, Carlos Ari Sunfeld Jacinto. Transição da Exploração Precária para o Regime de Concessões: o caso de transporte coletivo de passageiros. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-21-FEVEREIRO-2010-CARLOS-ARI-SUNDFELD-JACINTHO-ARRUDA.pdf> .Acessado em 01 dez 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público. Disponível em <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf60.pdf> . Acessado em 15 jan 2016.