

# JUSTIÇA & CIDADANIA

Edição 148 • Dezembro 2012

Ministro Joaquim Barbosa | Presidente do STF

**"A JUSTIÇA POR SI SÓ,  
E SÓ PARA SI, NÃO EXISTE"**

Editorial: Em busca de um Judiciário célere, efetivo e justo

# O princípio constitucional da exigência de licitação é absoluto?

Luciano Oliveira Aragão

Advogado  
Professor de Graduação e Pós Graduação *lato e strictu sensu* em Direito

A Constituição Federal, em seu art. 175, determina a exigência de licitação para a prestação de serviços públicos. Esse é o princípio constitucional da exigência de licitação, que é um subprincípio do princípio constitucional da isonomia.

Não pretendo negar o princípio legal da exigência de licitação e tampouco reduzir sua importância e seu papel de destaque na administração pública, mas fazer uma análise de sua aplicabilidade em casos concretos, mormente nos serviços que foram concedidos antes da Constituição e vêm sendo prestados de forma adequada, em absoluta consonância com o princípio da eficiência, mas que estão com a renovação sob risco de rompimento, em razão da exigência de licitação.

O princípio da exigência de licitação é absoluto e deve ser aplicado em todos os casos de concessão e suas renovações, de forma indistinta, ou é relativo e deve ser analisado a cada caso concreto.

Antes de adentrarmos no tema do conflito dos princípios constitucionais no caso concreto da renovação de concessões públicas concedidas antes da Constituição Federal de 1988, e que estão no prazo da renovação, é preciso estabelecermos a diferença entre norma e princípio constitucional.

Para Joaquim José Gomes Canotilho<sup>1</sup>, os princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem

algo em termos de 'tudo ou nada', impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica.

De outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nesta medida, podem ser somente cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então, é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena, nem mais nem menos<sup>2</sup>.

Comunga da mesma opinião Humberto Ávila<sup>3</sup>, para quem há o critério do modo final de aplicação, sustentado pelo fato das regras serem aplicadas de modo absoluto: tudo ou nada, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual: mais ou menos.

Desta forma, o disposto no art. 175 da Constituição Federal tem o status de princípio, posto que não é absoluto, pois a ressalva que o inciso XXI do art. 37 faz, na medida que expressa que a legislação infraconstitucional pode tornar nulo o mandamento constitucional, caracteriza que o art. 175 não estabelece um critério de tudo ou nada, mas sim, um critério de mais ou menos.

Nesta medida, temos o hiato das concessões concedidas antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e o momento atual de sua renovação.

A interpretação da Constituição nos remete ao princípio da proibição do excesso, ao qual o doutrinador também está vinculado, pois a reflexão do direito positivo é muito mais abrangente quando se defronta com aplicação de princípios do que de normas colidentes em determinado caso concreto.

Carlos Maximiliano<sup>4</sup> expressa que o direito deve ser interpretado inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, tenha conclusões inconsistentes ou impossíveis(...).

Tanto o doutrinador quanto o administrador e o julgador não devem estar ocupados com o sentimento leigo (popular) do justo, sob pena de ferir princípios constitucionais como o da continuidade da prestação do serviço público e da segurança jurídica.

Luís Roberto Barroso<sup>5</sup> define que a interpretação da Constituição, a despeito do caráter político do objeto e dos agentes que levam a efeito, é uma tarefa jurídica, e não política. Sujeitam-se, assim, aos cânones da racionalidade, objetividade e motivação, exigíveis das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Em matéria veiculada no Jornal o Globo<sup>6</sup> denominada "Mão pesada do Estado", empresários do setor de energia, portos, aeroportos e ferrovias dizem não estar mais atraídos em razão de frequentes mudanças regulatórias e incertezas das renovações automáticas da concessão. As alterações regulatórias propostas pelo Governo, em setembro, fez cair em mais de 30% o valor das ações das empresas de energia que acumulam perdas de 20 bilhões do valor em bolsa. Em razão de tais incertezas e inseguranças jurídicas, o empresariado não se sente atraído em investir nestes setores, o que pode trazer sérios problemas de desenvolvimento ao País, se as regras de concessões não forem flexibilizadas.

Para avançarmos em relação ao caso concreto de renovação de concessões anteriores à Constituição de 1988 e à exigência ou não de licitação como conflito de princípios, é preciso esclarecer que não existe hierarquia entre os princípios na Constituição Federal.

Robert Alexy<sup>7</sup> entende que não existem relações absolutas de precedência, porque sempre serão determinadas pelas circunstâncias do caso concreto. Não existe um princípio que, invariavelmente, prepondere sobre os demais, sem que devam ser levadas em consideração as situações específicas do caso. Em última análise, não existem princípios constitucionais absolutos ou um princípio constitucional absoluto que, em colisão com outros princípios, precederá independentemente da situação posta.

O conflito de princípios constitucionais ocorre em razão da impossibilidade da Constituição prever todas as circunstâncias do caso concreto. É um erro estabelecer critérios rígidos e hierárquicos para aplicação dos princípios constitucionais a todas as hipóteses, sem fazer análise do caso concreto com o olhar da harmonização, razoabilidade e proporcionalidade.

Do mesmo pensamento comunga José Carlos Vieira de Andrade<sup>8</sup>, quando ressalta que haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege



Foto: Arquivo pessoal

simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta (...) e que ambos (todos) se apresentam efetivamente protegidos como fundamentais.

Não obstante, no Brasil, não podemos admitir que haja uma hierarquia entre os princípios constitucionais, pois cada caso concreto deve ser analisado de acordo com as suas especificidades, que esteja *sub judice*, pois há conflitos constantes. Como exemplos desses casos, podemos citar: o caso de invasões das fazendas pelos sem-terras, onde o princípio da propriedade conflita com o da função social da terra; as fotos e notícias de celebridades em jornais, em que o princípio da liberdade de informação conflita com o da preservação da intimidade da vida privada; a prisão processual antes do trânsito em julgado, no qual o princípio da presunção de inocência conflita com o da Segurança Pública; o direito de expressão com o da dignidade da pessoa humana; o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência com o princípio da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, entre muitos outros.

Alguns dos conflitos acima foram enfrentados pelo STF, vide RE 208.685/RJ; ADI 391/DF e HC-82.424/RS.

Na distribuição da justiça, pode o mesmo julgador dar prevalência ora a um princípio e ora a outro, dependendo do caso concreto. Por exemplo, se a terra é produtiva, prima-se pelo princípio da propriedade, mas se é devoluta, prima-se pelo princípio da função social da terra.

Afastada a hipótese de hierarquia entre os princípios constitucionais, duas questões nos afligem: a primeira, onde repousa o conflito entre princípios constitucionais, no caso concreto de nosso estudo; a segunda, como resolvê-lo.

A Constituição Federal, em seu art. 175, estabelece que a prestação do serviço público se dá diretamente ou mediante concessão ou permissão, mas sempre por meio de licitação. Quando se cogita em prorrogar as concessões concedidas antes da constituição, cujos prazos estão a vencer, ou no caso de vigência precária, que já vigem por prazo indeterminado, o que se imagina é que o princípio da licitação estaria sendo violado.

Na verdade, o princípio constitucional da licitação não é absoluto, mesmo porque não existem regras absolutas na Constituição, como destacamos anteriormente.

Repousa o conflito em razão do princípio da licitação como um dos princípios que norteiam a atividade da administração pública, mas não é o único, de forma que os princípios da eficiência, da economicidade, da continuidade do serviço público e o da proteção da confiança legítima, defendido pelo STF, são princípios que podem e devem autorizar a administração pública a realizar uma prorrogação e/ou alteração no prazo final das concessões, como bem asseverou o Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Gustavo Binenbojn<sup>9</sup>.

Para corroborar com este entendimento, podemos citar a dispensa de licitação contida no art. 17 da Norma Interna 13.03/A de 10 de maio de 2001, que dispensa a licitação das áreas utilizadas pelos concessionários e permissionários de serviços aéreos públicos, quando esta área se destinar a suas instalações de despacho, escritório, oficina e depósito, abrigo, reparação e abastecimento de aeronaves. Tal norma foi cancelada pelo art. 47 da Lei 11.182/2005 e pelo Tribunal de Contas da União – acórdão 1.661/2005 – Plenário no TC – 017.119/2004-6.

Podemos citar também outros exemplos, quando já estava vigente o art. 175 da CF/88, vide [www.sbda.org.br/revista/Anterior/1730.htm](http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1730.htm).

Por fim, cabe citar que o Decreto-Lei 236/67, em seu art. 14, parágrafo 2º, dispensa de licitação a execução de serviço de radiodifusão com o fim educativo e, mesmo que anterior a CF/88, foi reforçado pelo art. 41 da Lei 8.987/95 e do Decreto nº 2.108/96, que conferiu nova redação ao art. 13, parágrafo primeiro, do Decreto 52.795/63, validando a dispensa de licitação de serviço de radiodifusão com o fim educativo.

Vários são os exemplos de inexigibilidade de licitação, de acordo com análise ponderal do caso concreto, pois o art. 175 da CF/88, ao definir que os serviços públicos serão sempre prestados por meio de licitação, deve ser interpretado em conjunto com o art. 37, XXI, da CF/88, pois, como mencionou Eros Grau,<sup>11</sup> “a interpretação do direito, é interpretação do direito e não textos isolados, desprendidos do direito.”

O princípio da licitação é um subprincípio do princípio da isonomia, consagrado no *caput* do artigo 5º da CF/88, que expressa que todos são iguais perante a lei.

Contudo, como tudo na Constituição, esta igualdade não é absoluta e sim relativa, pois a própria Constituição cria exceções. Luís Roberto Barroso<sup>12</sup>, assevera que o fato de a Constituição desigualar pessoas e discriminar situações, isto é, abrir exceção à regra geral da igualdade, não constitui, em si, qualquer anomalia. Isto significa que usar o princípio da licitação como regra geral não é o mais correto, caracterizando que o Poder Executivo age com excesso quando não analisa o caso concreto, pois não estamos tratando de uma compra de equipamentos ou da contratação de um novo serviço.

Não pode o concessionário de serviço público, que presta serviço muito antes da CF/88 e da lei de concessões, cair no valo comum dos novéis serviços, que têm por obrigação constitucional a licitação. Agindo dessa forma, não está obedecendo ao princípio da isonomia, pois este dá tratamento igual aos desiguais, o que não é aceito pela Constituição Federal.

Desta forma, quando o Executivo trata o princípio da licitação de forma absoluta, o primeiro princípio que fere é o da isonomia, do qual o princípio da licitação é derivado.

Mas não é isso apenas: nas palavras de Gustavo Binenbojn, no caso concreto, o princípio da eficiência significa a maximização de resultados para a sociedade, através da otimização dos recursos dela, retirados pelo poder público, ou seja, é a ideia de gestão eficiente dos recursos públicos.

O princípio da economicidade, outro que é ferido quando o princípio da licitação é tratado de forma absoluta, significa que não pode haver dispêndio de recursos públicos sem a demonstração de que se trata do melhor custo-benefício. Neste particular, a inovação legislativa trazida pelo art. 42 da lei geral de concessões e permissões, o qual expressa que os investimentos realizados pelos concessionários e não amortizados no período da concessão devem ser indenizados, nos dá a sensação de que a prorrogação das concessões se enquadra perfeitamente nesta hipótese.

Por certo, o Executivo, no edital, irá repassar este custo para o licitante. O licitante, se não repassar o custo para a tarifa, com a finalidade de cumprir o princípio da modicidade, terá o equilíbrio econômico e financeiro do contrato afetado, pois como irá recuperar o capital investido para se tornar o vencedor do certame?

Caso não exista esta forma de compensação, ou seja, a indicação da fonte de custeio para o retorno do capital inicialmente investido, por certo, teremos certame sem licitante. E, caso exista a fonte de custeio, haverá ferimento ao princípio da economicidade. Isso tudo sem falar que as incertezas e inseguranças jurídicas afastam os empresários, conforme notícia do jornal “O Globo”, citada linhas acima.

O princípio da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima fica maculado quando o Poder Público induz o particular a realizar investimentos, modernizar equipamentos, atender às gratuidades, sem a devida fonte de custeio e, ainda assim, altera a legislação e impõe regras não negociadas. Essas atitudes fazem perecer o investimento realizado, geram incertezas jurídicas e carregam consigo risco de perda do negócio ao final de cada concessão. Por faltarem justamente a garantia de retorno do capital investido e a certeza da continuidade das atividades empresariais, essas iniciativas estatais, nos moldes atuais, podem levar à licitação sem licitantes.

Por todo o exposto, estamos diante de um conflito de princípios constitucionais, ou seja, o princípio da licitação em conflito com os princípios da isonomia, da economicidade, da continuidade do serviço público, da eficiência e da proteção da confiança legítima, como bem asseverou Gustavo Binenbojn<sup>13</sup>.

Assim, há conflito entre os princípios constitucionais acima expostos, pois o Poder Executivo faz prevalecer o princípio da licitação de forma absoluta, sem fazer uma análise ponderada de acordo com o caso concreto.

Diagnosticado o conflito, passamos ao segundo ponto: como resolvê-lo.

Segundo Eros Roberto Grau<sup>14</sup>, “não há, no sistema, nenhuma norma a orientar o intérprete e o aplicador a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles estabelecido, que deve ser privilegiado e qual deve ser desprezado. Em cada caso, pois, em cada situação, a dimensão do peso ou importância dos princípios não de ser ponderadas”.

No ambiente judicial, a razoabilidade é o fundamento da aplicação justa do direito e alicerce do primado da distribuição da justiça, pois o princípio da vedação do excesso, outro

**“O princípio da segurança jurídica ou da proteção da confiança legítima fica maculado quando o Poder Público induz o particular a realizar investimentos, modernizar equipamentos, atender às gratuidades, sem a devida fonte de custeio e, ainda assim, altera a legislação e impõe regras não negociadas.”**

*nomem juris* do princípio da proporcionalidade, é o norteador das decisões judiciais e administrativas, pois o árbitro deve analisar a norma e o ambiente social a que ela se dirige, adequando sua aplicação de forma razoável e proporcional ao caso concreto, p. ex: RE 208.685-1 e ADIn 1.753-2.

Para se chegar a uma acomodação na aplicação dos princípios que cumpram com os fins sociais esperados, deve-se moderar as restrições impostas e a validade do princípio limitado de acordo com a proporcionalidade e razoabilidade da escolha dos efeitos da aplicação do princípio eleito/efetivado.

Humberto Ávila<sup>15</sup> entende que a teoria da proibição do excesso é um desdobramento da ponderação de interesses. Esse postulado proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental. Não necessitando da relação de causalidade entre meio e fim que deve ser observada na ponderação, bastando incidir uma restrição mais severa a um direito fundamental.

Na visão de Joaquim José Gomes Canotilho<sup>16</sup>, as noções de ponderação (*abwagung*) ou de balanceamento (*balancing*) representam uma viragem metodológica no âmbito do direito constitucional. Identifica três razões para essa viragem: “a) a inexistência de uma hierarquia abstrata de bens constitucionais, o que exige uma norma de decisão que considere as circunstâncias do caso concreto; b) a natureza principal de muitas normas constitucionais, de modo especial aquelas que conferem direitos fundamentais, o que, na hipótese de colisão, exige um juízo de peso, um balanceamento, uma ponderação, portanto uma solução diferenciada do conflito de normas (antinomia), na qual há um juízo de validade; c) fratura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a várias leituras dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma fundamentação rigorosa do balanceamento efetuado para a solução dos conflitos”.

E continua Joaquim José Gomes Canotilho<sup>17</sup>: “Neste viés, a aplicação do método da ponderação de bens requer a observância de pelo menos três pressupostos básicos: 1) a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização ou otimização de um implica a restrição do outro; 2) a inexistência de uma hierarquia abstrata entre os direitos de colisão; 3) a justificação e motivação da regra de prevalência parcial assente na ponderação, devendo-se ter em conta, sobretudo, os princípios constitucionais da igualdade, da justiça, da segurança jurídica.”

Desta forma, avançamos para uma nova hermenêutica constitucional, baseada na experiência bem sucedida da utilização do princípio da proporcionalidade na resolução de conflitos entre princípios constitucionais.

A proposta, então, da solução do conflito, depende não só das possibilidades reais, mas também jurídicas de harmonização e ponderação.

O princípio da proporcionalidade é composto de subprincípios.

Pelo subprincípio da adequação, entende-se que decisões judiciais e administrativas e também a legislação em si devem estar em verdadeira sinergia com a realidade social de seu tempo. O que se pretende é que sua aplicação deva alcançar ao fim social que o legislador idealizou para lei.

O subprincípio da necessidade exige que o Poder Judiciário apure se a medida ou a decisão tomada, dentre as aptas à consecução do fim pretendido, é a que produz menor prejuízo aos cidadãos envolvidos ou à coletividade. Dentre as medidas disponíveis, deve ser escolhida a menos onerosa, que em menor dimensão restrinja e limite os direitos fundamentais dos cidadãos. “O pressuposto do princípio da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável para a consecução do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.<sup>18</sup>”

A este subprincípio também podemos chamar de “intervenção mínima”.

O subprincípio da ponderação, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, é a busca do objetivo almejado com intervenção mínima no princípio limitado e proporcional ao grau intervencionista coercitivo no princípio efetivado. Robert Alexy alerta que o fundamento ao princípio da ponderação reside nos princípios de direito fundamental, sem que se exclua, contudo, outras fundamentações como os princípios do Estado de Direito, a prática jurisprudencial e o conceito de justiça<sup>19</sup>.

Para concluir, podemos afirmar que a colisão entre princípios constitucionais se resolve no campo da discricionariedade do administrador ou do juiz, porém motivados na adequação, razoabilidade e proporcionalidade. No caso concreto das licitações de serviços públicos prestados antes da Constituição Federal de 1988 e da Lei de Concessões, fazendo a análise com base nas circunstâncias que cercam o caso concreto, para que, sopesados os aspectos específicos da situação, os princípios da isonomia, eficiência, economicidade, da continuidade do serviço público e o da proteção da confiança legítima tenham maior relevância que o princípio da licitação, preponderando aqueles sobre este, por terem maior peso e maior valor no caso concreto.

Não se está negando validade ao princípio da licitação e tampouco minorando seu valor para a administração pública, ele apenas recua frente ao maior peso, no caso concreto objeto desse estudo, dos outros princípios também reconhecidos pela Constituição.

Se há conflito entre princípios, o intérprete deve realizar uma ponderação, sobressaindo o de maior valor social. Essa relação de sopesar princípios elegendo qual será limitado e qual será efetivado como solução nos casos de colisão de princípios constitucionais, motivado nos

ditames da adequação, razoabilidade e proporcionalidade, chamamos de “relação de precedência condicionada”.

Finalmente, conforme salientou Daniel Sarmento<sup>20</sup>, a discricionariedade judicial, pressuposta no método da ponderação, convola-se em pura arbitrariedade, quando o julgador, sob o pretexto de ponderar, aniquila direitos e interesses que a sua ideologia pessoal não favoreça. Afinal, é preciso não esquecer que, no vernáculo, ponderação é sinônimo de prudência e de bom senso.



## Notas

<sup>1</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra. Livraria Almedina. 2000, p.544-545.

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica*. Doha: Cuadernos de Filosofía del Derecho. N.5,1988,p.143-144.

<sup>3</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 6. ed. Malheiros: São Paulo, 2006,p.39.

<sup>4</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 9. Ed. Forense, 1979, p.166.

<sup>5</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo. Ed. Saraiva, 199, p.186.

<sup>6</sup> FARRIELO, Danilo. *O nó da Infraestrutura*. In *Jornal O Globo* de 21-10-2012, p.41-42.

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.94.

<sup>8</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p.220.

<sup>9</sup> BINENBOJN, Gustavo. *Seminário Questões Jurídicas Relevantes no Transporte Coletivo*, Realizado pela EMERJ em 31 de maio de 2008 em Mangaratiba/RJ, Anais do Evento publicado pela Editora JC p.36-46.

<sup>10</sup> ALVARENGA, Ricardo. *Concessão, Permissão e Autorização para a Exploração de Serviços Públicos de Transporte Aéreo*. Disponível no site <http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1730.htm>, acessado em 6/10/2012.

<sup>11</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 3. ed, 2005, p.127.

<sup>12</sup> Op. Cit. p.186.

<sup>13</sup> Op. Cit. p.44.

<sup>14</sup> GRAU, Eros Roberto. *Despesa Pública – Conflito entre Princípios e Eficácia das Regras Jurídicas – O Princípio da Sujeição da Administração às Decisões do Poder Judiciário e o Princípio da Legalidade e da Despesa Pública*. Revista Trimestral de Direito Público. n. 2. São Paulo: Malheiros, 1993.

<sup>15</sup> Op. Cit. p.103.

<sup>16</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5. Ed., Lisboa, Almedina. 2000, p.141.

<sup>17</sup> *Idem* p.143-144.

<sup>18</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Op. Cit. P. 76. *apud* CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A resolução das Colisões entre Princípios constitucionais. Disponível no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3682&p=2>, acessado em 8/12/8.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 112-115, *apud* CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A resolução das Colisões entre Princípios constitucionais. Disponível no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3682&p=2>, acessado em 8/12/8.

<sup>20</sup> SARMENTO, Daniel. *Ponderação de Interesses na Constituição*. 1. ed. Lumem Juris. Rio de Janeiro 2002, p.203.