

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 264.621-1 CEARÁ

RELATOR : **MIN. JOAQUIM BARBOSA**
RECORRENTE(S) : **UNIÃO**
ADVOGADO(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
RECORRIDO(A/S) : **EXPRESSO GUANABARA S/A**
ADVOGADO(A/S) : **LUIZ FERNANDO FERREIRA GALLO**

EMENTA: SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. AÇÃO DECLARATÓRIA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO DE EMPRESA TRANSPORTADORA DE OPERAR PROLONGAMENTO DE TRECHO CONCEDIDO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO.

Afastada a alegação do recorrido de ausência de prequestionamento dos preceitos constitucionais invocados no recurso.

Os princípios constitucionais que regem a administração pública exigem que a concessão de serviços públicos seja precedida de licitação pública.

Contraria os arts. 37 e 175 da Constituição federal decisão judicial que, fundada em conceito genérico de interesse público, sequer fundamentada em fatos e a pretexto de suprir omissão do órgão administrativo competente, reconhece ao particular o direito de exploração de serviço público sem a observância do procedimento de licitação. Precedentes.

Recurso extraordinário conhecido e a que se dá provimento.

A C Ó R D ã O

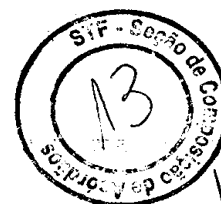
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Brasília, 1º de fevereiro de 2005.


JOAQUIM BARBOSA

-

Relator



26/10/2004

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 264.621-1 CEARÁ

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA
RECORRENTE(S) : UNIÃO
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECORRIDO(A/S) : EXPRESSO GUANABARA S/A
ADVOGADO(A/S) : LUIZ FERNANDO FERREIRA GALLO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição) interposto pela União de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região cuja ementa tem o seguinte teor:

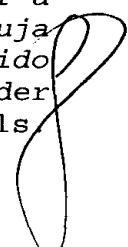
"ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. EXPLORAÇÃO POR PARTICULAR INDEPENDENTE DE LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE.

- Cabe ao Poder Público a prestação de serviço de transporte rodoviário interestadual. Omitindo-se aquele, nada impede a continuidade do serviço oferecido por particular, ainda mais porque há indubitoso interesse social em questão. É imprescindível a continuidade da exploração da linha, até que Administração Pública tome para si tal atribuição, através do competente processo licitatório.

- Embargos improvidos." (Fls. 110)

O acórdão recorrido confirmou sentença com o seguinte dispositivo:

"Isto posto, julgo procedente a ação para o fim de declarar o direito da demandante em continuar a atividade de transporte de passageiro da linha, cuja regularização pleiteia na inicial, até que o aludido percurso passe a ser operado diretamente pelo Poder Público, ou seja submetido à licitação pública." (Fls. 58 - Grifo original)

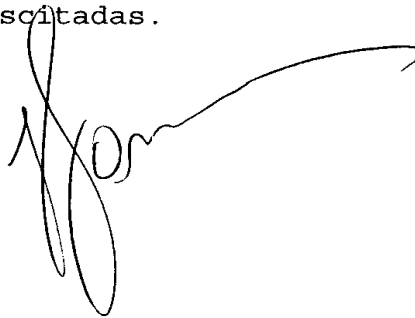


Alega a recorrente violação do disposto nos arts. 37 e 175 da Constituição federal.

Sem contra-razões (fls. 142).

Em seu parecer, a Procuradoria-Geral da República manifesta-se pelo não-conhecimento do recurso, por falta de prequestionamento das questões suscitadas.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.

26/10/2004

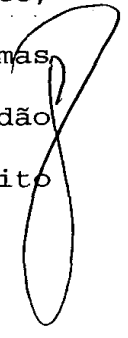
SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 264.621-1 CEARÁV O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Divirjo do parecer da douta Procuradoria-Geral da República na parte em que reputa não prequestionadas as questões suscitadas no recurso.

A tese do extraordinário é a da impossibilidade de concessão de serviço público sem processo licitatório, com fundamento nos arts. 37 e 175 da Constituição federal. Verifico nos autos que esse tema é claramente examinado - com ou sem expressa referência ao dispositivo da Carta Magna - na contestação da União (fls. 42), na sentença (fls. 54), na apelação (fls. 64), no acórdão da apelação (fls. 76, 77 e 81), nos embargos infringentes e também no acórdão ora recorrido (fls. 103).

Relativamente à alegação de afronta à legislação federal aplicável, a Procuradoria-Geral da República também se manifesta pelo não-conhecimento do recurso. Não obstante, verifico que o argumento relativo à ofensa a normas infraconstitucionais é irrelevante na espécie, pois o acórdão recorrido não tem por base normas dessa natureza, mas conceito



genérico de interesse público, sequer fundamentado em fatos eventualmente verificados. Por essa razão, entendo que não obsta ou prejudica o conhecimento do presente recurso a circunstância de ter o Superior Tribunal de Justiça negado seguimento ao recurso especial da União.

Passo a analisar o mérito do recurso.

É procedente a alegação, devidamente prequestionada, de ofensa à exigência constitucional de licitação para concessão de serviços públicos.

A recorrida afirma que requereu administrativamente ao DNER o prolongamento, até Caruaru-PE, da linha que já explorava entre Fortaleza-CE e Recife-PE (fls. 04), mas não obteve resposta da autoridade, de modo que teria havido concordância tácita do poder público (fls. 07).

A sentença e o acórdão recorrido, ao assegurar o direito da recorrida de explorar linha interestadual não licitada, fundamentaram-se no interesse público.

No entanto, além da duvidosa validade dessa substituição jurisdicional ao juízo administrativo, é necessário ponderar que não existem interesses públicos "fracionados".

Explico.

O TRF da 5ª Região pretendeu atender ao interesse de potenciais usuários do serviço de transporte, caracterizando-o como interesse público, e o fez sem nenhuma referência a dados

ou circunstâncias concretas. Ao assim proceder, desprestigiou aspectos fundamentais da própria noção de serviço público, a qual traz como implicações necessárias a obrigação de continuidade e o poder de fiscalização da autoridade pública, entre outras características.

Em hipótese semelhante, esta Corte já se manifestou nesse sentido:

"CONTRATO ADMINISTRATIVO. Serviços municipais. As empresas transportadoras têm legítimo interesse na realização da concorrência para a concessão do transporte de carne, de responsabilidade do município. A preterição do princípio da licitação, porém, não importa legitimação de qualquer empresa para realizar aquele serviço livremente, sem concessão do poder público municipal." (RE 101.732, rel. min. Carlos Madeira, Segunda Turma, DJ 26.11.1985)

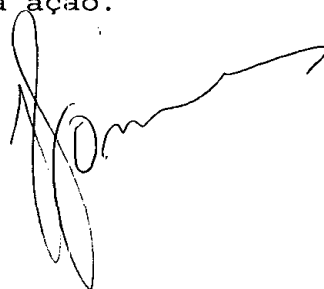
A taxatividade das disposições constitucionais aplicáveis a casos como o presente impõe, sem maiores dúvidas, a observância do procedimento licitatório, como único adequado para garantir a efetiva proteção do interesse público, salvo situações excepcionais previstas na legislação.

No caso, a omissão administrativa poderia, quando muito, resultar em responsabilização na esfera administrativa ou determinação judicial para a realização de certame, mas nunca justificaria a legitimação de uma única empresa, em detrimento de outras eventualmente interessadas, para a exploração direta do serviço.

Além disso, é necessário considerar que, com base na decisão recorrida, o serviço vem sendo explorado irregularmente há mais de uma década (v. petição inicial, fls. 04). Entendo que a mera eficácia da decisão recorrida vem interferindo, sem justificativa, no exercício do poder de polícia da União sobre o transporte interestadual de passageiros da região.

E mais: é juridicamente inaceitável a tese sustentada pela recorrida e endossada pelo acórdão recorrido, de ser direito da empresa continuar prestando os serviços. Ora, nenhuma empresa privada tem "direito" de prestar serviço público via concessão, se para tanto não foi ela regularmente escolhida mediante procedimento licitatório.

Do exposto, conheço do presente recurso e dou-lhe provimento, para julgar improcedente a ação.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.

Supremo Tribunal Federal

26/10/2004

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 264.621-1 CEARÁ**V I S T A**

A Sra. Ministra Ellen Gracie – Sr. Presidente, sensibilizo-me com a preocupação do eminente Relator em relação a essas concessões judiciais de linhas de transporte intermunicipal, que se verificam não apenas aí nessa região, mas, volta e meia, ocorrem pela região Sul, onde já tive oportunidade de enfrentar o problema algumas vezes.

No entanto, também levo em consideração algo que Vossa Excelência muito bem ponderou, qual seja, a eventual interrupção de um serviço público absolutamente necessário ao deslocamento dessas populações.

Gostaria, para votar com mais tranqüilidade, de pedir vista dos autos.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 264.621-1

PROCED.: CEARÁ

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

RECTE.(S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RECDO.(A/S): EXPRESSO GUANABARA S/A

ADV.(A/S): LUIZ FERNANDO FERREIRA GALLO

Decisão: Depois do voto do Relator, **conhecendo e dando** provimento ao recurso extraordinário, o julgamento foi **suspenso** em virtude de pedido de vista formulado pela eminente Ministra Ellen Gracie. **Falou**, pela recorrida, o Dr. Luiz Fernando Ferreira Gallo. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Carlos Velloso e Gilmar Mendes. 2ª Turma, 26.10.2004.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

Supremo Tribunal Federal

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 08.04.2005

01/02/2005

EMENTÁRIO Nº 2 1 8 6 - 3

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 264.621-1 CEARÁ

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA
 RECORRENTE(S) : UNIÃO
 ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
 RECORRIDO(A/S) : EXPRESSO GUANABARA S/A
 ADVOGADO(A/S) : LUIZ FERNANDO FERREIRA GALLO

VOTO VISTA

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, ao negar provimento a apelação e remessa oficial, bem como a posteriores embargos infringentes, confirmou sentença que julgara procedente a ação para declarar o direito do demandante (ora recorrido) em continuar a atividade de transporte de passageiros na linha Fortaleza/CE – Caruaru/PE, até que o aludido percurso passe a ser operado diretamente pelo Poder Público, ou seja submetido à licitação pública.

Eis a ementa do acórdão que negou provimento aos embargos infringentes:

“ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. EXPLORAÇÃO POR PARTICULAR INDEPENDENTE DE LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE.

- Cabe ao Poder Público a prestação de serviço de transporte rodoviário interestadual. Omitindo-se aquele, nada impede a continuidade do serviço oferecido por particular, ainda mais porque há indubitoso interesse social em questão. É imprescindível a continuidade da exploração da linha, até que a Administração Pública tome para si tal atribuição, através do competente processo licitatório.

- Embargos improvidos.” (fl. 110).

Alega a União ofensa aos arts. 37 e 175 da CF, pois *“inexiste (...) possibilidade de concessão ou permissão para o transporte de passageiros, à empresa privada, sem que se processe os trâmites administrativos inerentes à licitação pública, dentro dos princípios constitucionais estabelecidos, como os da moralidade, impessoalidade, legalidade e da publicidade”* (fl. 137).

Supremo Tribunal Federal

RE 264.621 / CE

Em sessão de 26.10.2004, o Ministro Joaquim Barbosa, relator, trouxe o feito a julgamento.

Após afastar a tese de ausência de prequestionamento dos dispositivos constitucionais, entendeu o eminente relator que o fato de o STJ ter negado seguimento ao recurso especial não prejudicou o conhecimento do recurso extraordinário, eis que o acórdão recorrido não tem por base normas de natureza infraconstitucional.

Passando ao exame do mérito, votou pelo provimento do recurso extraordinário para julgar improcedente a ação, por entender, apoiando-se em precedente da Corte (RE 101.732, rel. Min. Carlos Madeira, 2ª Turma, DJ de 26.11.1985), que *“a taxatividade das disposições constitucionais aplicáveis a casos como o presente impõe, sem maiores dúvidas, a observância do procedimento licitatório, como único adequado para garantir a efetiva proteção do interesse público, salvo as situações excepcionais previstas na legislação”*.

Pedi vista para melhor exame.

No caso, a empresa recorrida (Expresso Guanabara S/A), permissionária da linha Fortaleza/CE – Recife/PE, pleiteou junto ao DNER, em 29.5.1990, o prolongamento de itinerário, em determinados horários, para a cidade de Caruaru/PE (fls. 10-15).

Em razão do silêncio do DNER, e afirmando já realizar, com a tácita concordância do Poder Público, o transporte de passageiros na linha pretendida, requereu, na inicial, datada de 20.9.1993, a declaração de seu direito de operar o aludido trecho prolongado.

A sentença julgou procedente a ação, tendo sido confirmada pelo Tribunal Regional Federal.

Inicialmente, tenho por prequestionados os dispositivos constitucionais invocados, eis que sobre os mesmos houve expresso debate na instância *a quo*.

No mérito, embora não afaste, *a priori*, a excepcionalíssima possibilidade de o Poder Judiciário suprir manifesta omissão da Administração,

Supremo Tribunal Federal

RE 264.621 / CE

quando inequivocamente em jogo interesse público de natureza relevante, tenho por acertada a observação do eminente Relator de que o TRF da 5ª Região, ao pretender atender ao interesse de potenciais usuários do serviço de transporte, caracterizando-o como interesse público, o fez sem nenhuma referência a dados ou circunstâncias concretas.

No caso, a referendar esse entendimento, digno de nota que ao lado do potencial interesse dos passageiros interessados na aludida linha de transporte, fato que estaria a caracterizar o interesse público, há documentos nos autos que noticiam disputa de natureza comercial entre empresas transportadoras da região. Nesse sentido, observa-se que o pleito administrativo da ora recorrida foi impugnado, à época, pela empresa Auto Viação Progresso S/A, que se dizia prejudicada com o deferimento do aludido prolongamento, alegando inviabilidade em razão da insuficiente demanda no trecho, vez que já era o mesmo operado por diversas empresas, com grande frequência de linhas e intervalo de quinze minutos entre as mesmas.

Com efeito, a exigência de que a prestação de serviços públicos mediante concessão ou permissão seja sempre precedida de licitação (art. 175 da CF), visa propiciar à Administração a possibilidade de selecionar a proposta mais vantajosa, sem com isso descuidar dos princípios basilares da isonomia e da moralidade administrativa.

Ademais, colho precedente da Primeira Turma desta Corte em sentido oposto ao entendimento manifestado no acórdão recorrido:

*“Transporte rodoviário interestadual de passageiros.
Não pode ser dispensada, a título de proteção da livre iniciativa, a regular autorização, concessão ou permissão da União, para a sua exploração por empresa particular.*

Recurso extraordinário provido por contrariedade ao disposto no art. 21, XII, e, da Constituição Federal.” (RE 214.382, rel. Min. Octavio Gallotti, 1ª Turma, unânime, DJ de 19.11.1999)

No mesmo sentido a decisão monocrática proferida pelo Min. Carlos Britto no RE 412.978 (DJ de 15.6.2004).

Ante o exposto, acompanho o eminente Ministro Relator para **conhecer do recurso e dar-lhe provimento**, de forma a julgar improcedente a ação.

/amp

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 264.621-1
PROCED.: CEARÁ
RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA
RECTE.(S): UNIÃO
ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECDO.(A/S): EXPRESSO GUANABARA S/A
ADV.(A/S): LUIZ FERNANDO FERREIRA GALLO

Decisão: Depois do voto do Relator, **conhecendo e dando** provimento ao recurso extraordinário, o julgamento foi **suspenso** em virtude de pedido de vista formulado pela eminente Ministra Ellen Gracie. **Falou**, pela recorrida, o Dr. Luiz Fernando Ferreira Gallo. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Carlos Velloso e Gilmar Mendes. 2ª Turma, 26.10.2004.

Decisão: A Turma, por votação unânime, **conheceu** do recurso extraordinário e lhe **deu** provimento, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 01.02.2005.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador