



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Apelação Cível - Turma Espec. III - Administrativo e Cível
Nº CNJ : 0004435-74.2007.4.02.5110 (2007.51.10.004435-2)
RELATOR : Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA
APELANTE : UNIAO FEDERAL E OUTROS
PROCURADOR : ADVOGADO DA UNIÃO E OUTROS
APELADO : MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
PROCURADOR : PROCURADOR DA REPÚBLICA
ORIGEM : 03ª Vara Federal de São João de Meriti (00044357420074025110)

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO REGULAR DE TRANSPORTE COLETIVO RODOVIÁRIO INTERESTADUAL IMPRESCINDÍVEL LICITAÇÃO. NÃO PODE SER PERMANENTEMENTE POR AUTORIZAÇÃO OU ATO PRECÁRIO.

1. Trata-se de ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face UNIÃO FEDERAL, AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTE TERRESTRES – ANTT e AUTO AVIAÇÃO 1001 LTDA., objetivando a declaração de nulidade da permissão de serviço público da linha São Paulo (SP) – Rio de Janeiro (RJ), v. Duque de Caxias, prefixo 08-0005-02, bem como a condenação de União Federal e ANTT a realizarem os procedimentos licitatórios neste trecho. Subsidiariamente, requer seja imposta a revisão dos contratos que não foram aditados para conter a cláusula de improrrogabilidade do prazo de vigência, conforme determina o Decreto nº 2.521/98. Alega, em síntese, que as outorgas concedidas sem licitação após a promulgação da Constituição de 1988 são inconstitucionais, devendo ser anulados todos os contratos firmados nesta hipótese, em razão da ausência de licitação. Afirma que existem duas situações: a) a das concessões outorgadas após a CF/88; e b) as delegações promovidas antes da CF/88. Sustenta que, no caso, o contrato estaria enquadrado na primeira situação e, portanto, haveria nulidade por violação à Constituição. A sentença julgou procedentes os pedidos. Houve recurso.

2. Litispendência. Há alegação de existência de litispendência, uma vez que tramita na justiça federal de São Paulo ação civil, que versa sobre os mesmos fatos objeto da presente ação. No entanto, não merece guarida a tese da parte ré. Com efeito, uma vez que se trata de fato impeditivo do direito do autor, o ônus da prova caberia ao próprio réu, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil de 1973. Ocorre que, no caso, o réu não demonstrou que a linha objeto da presente ação civil pública é também objeto de outra ação civil pública a ensejar a litispendência. Com efeito, o réu apenas alegou a ocorrência da litispendência sem trazer ao processo qualquer documento que comprovasse sua alegação.

3. Falta do interesse de agir. A ANTT argui a ausência do interesse de agir, uma vez que não teria havido resistência à pretensão. Sustenta que nos dias 13 e 14 de setembro de 2007 a 3ª CCR/PGR, composta pelos procuradores da república integrantes do Grupo de Trabalho (GT) – Transportes elaboraram a Ata de Reunião para o trato do objeto da presente ação civil pública. Ademais, a UNIÃO FEDERAL também argui a falta de interesse de agir, uma vez que o próprio Ministério Público Federal estaria trabalhando extrajudicialmente, através de membro representante do Grupo de Trabalho – Transportes, para que seja dada solução de âmbito nacional e não apenas de forma pontual. Tal argumento, contudo, não merece acolhida. Isso porque a necessidade do ajuizamento da presente ação civil pública, no caso, está no fato de



que o Ministério Público, como ente superior de fiscalização da aplicação da lei e da Constituição, não poderia declarar, ele próprio, a nulidade de um ato administrativo e realizar a licitação devida. Ressalte-se que o acesso ao Judiciário não pode ser negado quando há o interesse público em se ver declarada a nulidade de um ato administrativo eivado de vícios. Assim sendo, mostra-se patente o interesse de agir no caso.

4. Impossibilidade Jurídica do Pedido. O réu AUTO VIAÇÃO 1001 LTDA. argui a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que o item 'b' do pedido do MPF limita-se a requerer a anulação dos contratos de adesão da linha São Paulo – Rio de Janeiro via Duque de Caxias de prefixo 08-0005-02 que constitui mero acessório da linha prefixo 08.0005-00 São Paulo Rio de Janeiro, que não está contemplado no pedido. Tal alegação diz respeito a mérito, não sendo preliminar. Ademais, o novel CPC de 2015 não prevê a possibilidade jurídica como condição da ação.

5. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal. O réu AUTO VIAÇÃO 1001 LTDA. argui a ilegitimidade ativa do MPF, uma vez que não teria um interesse coletivo a ser defendido. Não merece guarida a alegação apresentada pela parte ré. Isso porque o Ministério Público Federal possui plena legitimidade para propor ação civil pública tendente a anular ato administrativo realizado sem a observância dos princípios estabelecidos na Constituição Federal. Com efeito, o art. 129, inciso III, da Constituição Federal alargou o campo de atuação do Ministério Público, legitimando-o a promover a ação civil pública em defesa de qualquer interesse difuso e coletivo, abarcando nessa previsão o resguardo do patrimônio público. Reza a súmula n. 329 do STJ: *"Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público"*. Vale dizer que a "defesa do patrimônio público" deve ser entendida como bem pertencente a toda a sociedade, ainda que de modo indireto.

6. Legitimidade passiva da União Federal. A UNIÃO FEDERAL argui sua ilegitimidade passiva, uma vez que, desde o advento da Lei 10.233/2001, que criou a ANTT, não consta do rol das competências do Ministério dos Transportes tratar diretamente das questões relativas a concessão e permissão do serviço de transporte. Consoante reza a Constituição Federal em seu art. 21, inciso XII, compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. Além disso, a ANTT está subordinada ao Ministério dos Transportes, como se compreende da leitura do art. 24, inciso III, da Lei 10.233/2001. Preliminar rejeitada.

7. Prescrição/Decadência. A ré AUTO VIAÇÃO 1001 LTDA. sustenta que a presente ação foi promovida quando já operada a prescrição, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, bem como a decadência, nos termos do art. 54 da Lei 9.874/99. Sem razão a ré. Não se desconhece da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é aplicável à ação civil pública, por analogia, o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 21 da Lei 4.717/65, já que a ação civil pública e a ação popular compõem um microssistema de tutela dos direitos difusos. Como ilustração, podemos citar os seguintes precedentes: **AgRg no REsp 1185347/RS**, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 25/04/2012; **REsp 1.283.273/PR**, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 1º .2.2012; **REsp 1070896/SC**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14.4.2010, DJe 4.8.2010; **REsp 1.089.206/RS**, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgado em 23.6.2009, DJe 6.8.2009. Contudo, a questão principal está em saber o termo inicial do referido prazo prescricional, bem como do prazo decadencial do art. 54 da Lei 9.874/99. Dado que se cuida de pedido de declaração de nulidade de ato administrativo por



inconstitucionalidade e ilegalidade, o termo inicial deve ser contado da data da cessação da suposta ilegalidade. Em verdade, a nulidade se perpetua durante toda a vigência do contrato e somente cessa por ocasião do término da vigência contratual. Assim sendo, o termo inicial da decadência e/ou prescrição só pode ser esta data, que, no caso, ainda não ocorreu. Ademais, pode-se até dizer que há imprescritibilidade das ações que visam a declaração de nulidade ato por falta de licitação. **Assim, não vislumbro ocorrência de prescrição ou decadência no caso vertente.**

8. A juridicidade do Decreto e a Aplicação do art. 462 do CPC. No mérito propriamente dito, a solução da questão residia em saber se o dispositivo legal (Decreto 2.521/98) que serviu de fundamento para a prorrogação e celebração dos contratos de adesão e outorga de permissão para o serviço transporte rodoviário contém ou não vício de inconstitucionalidade, a ser apurado em caráter incidental, além do vício de legalidade, frente a norma geral federal (Lei 8.987/95), para que fosse imposto a ANTT a obrigação de fazer, consistente na realização da respectiva licitação. Contudo, tal análise tornou-se desnecessária, uma vez que, posteriormente ao ajuizamento desta ação civil pública, houve o esgotamento do prazo de 15 anos previsto no referido Decreto. Dessa forma, não há sequer a necessidade de haver a análise da juridicidade de tal decreto. Aplica-se ao caso o art. 462 do CPC de 1973. Bom apontar que a manutenção da permissão do serviço público de transporte rodoviário após outubro de 2008 sem licitação, descarta a Constituição Federal, a Lei 8.987/95 e o próprio Decreto 2.521/98, que reza que os contratos de adesão e os termos de autorização, necessariamente deverão prever que sua vigência é pelo prazo improrrogável de quinze anos, contado da data de publicação do Decreto nº 952, de 7 de outubro de 1993.

9. Obrigatoriedade de licitação. Com efeito, o artigo 21, inciso XII da Constituição da República atribui a competência material exclusiva da União para fins de explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os seguintes serviços: (...) **e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;**(...).Em consonância, o artigo 37 *caput* e inciso XXI traz à baila o regramento da Administração Pública com força nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência com a obrigação, admitindo-se exceções, de que a contratação de obras, serviços, compras e alienações sejam feitos por processo de licitação pública. O certame direciona-se a assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas acerca do pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos, com exigências técnicas de qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação. Para os serviços públicos econômicos também denominados de comerciais ou industriais em razão de possibilidade de serem explorados com intuito lucrativo reverbera a norma do artigo 175 da Constituição da República com a seguinte previsão: *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.*

10. De tal forma, em relação aos serviços de atribuição de entidades públicas, há de se notar a Lei 8.987 de 1995 com a noção de que tanto a concessão, quanto a permissão de serviços públicos, demandam licitação, artigos 2º e 42. Nessa senda, a Lei 10.233 de 2001 estatuiu a exigência licitatória para fins da delegação do serviço público de transporte interestadual e internacional de passageiros na sistemática da permissão conforme a redação originária do artigo 13. O ponto crucial é que a nova redação empreendida pela Lei 12.996 de 2014 retirou a exigência com base na redação do inciso XII do artigo 21 da Constituição na qual se lê a



possibilidade da exploração por meio de autorização. Os institutos são distintos e direcionam a distintas finalidades. Como é cediço, a autorização de serviço público constitui ato administrativo precário, unilateral, discricionário a consentir com o uso de bem público ou viabilizar a prática de uma atividade pelo particular, por isso, intitulada, autorização de serviço público. De fato, o inciso XII do artigo 21 elenca diversas atividades passíveis de autorização. Outrossim, também estatui a permissão e a concessão como meio de delegação dos serviços taxativamente elencados. Tais institutos são diversos e conceituam-se como delegação 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 (concessão). E, ainda, delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco (permissão), artigo 2º da Lei 8.987 de 1995. Nesse panorama, percebe-se que até os serviços complexos a demandar maiores cuidados e análises para fins de descentralização são passíveis de autorização sem precedente licitação. Todavia, não de maneira contínua e permanente por representar inegável violação à ordem jurídica constitucional em uma leitura harmoniosa de todos os institutos administrativos. Para fins de se resguardar o interesse público primário e, igualmente, o secundário, não se pode permitir a entrega de serviço público de titularidade da União sem licitação de maneira estável e irrestrita ao particular como se a relação se desse entre sujeitos privados com livre capacidade dispositiva. Inclusive, a própria Lei 10.233/2001 institui em seu artigo 49 a autorização como modalidade de ato público unilateral para serviços com caráter especial ou de emergência nos seguintes termos: *Art. 49. É facultado à Agência **autorizar** a prestação de serviços de transporte sujeitos a outras formas de outorga, em caráter especial e de emergência.*

11. Obviamente, tais hipóteses são dissonantes da prestação regular do transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros. Por conseguinte, à luz da Constituição, artigos 21, XII, "e", e 175, *caput*, aliada à interpretação sistemática com a Lei 10.233 de 2001, a regra geral no que tange ao serviço de transporte coletivo de passageiros é a concessão ou permissão, com licitação, servindo a autorização apenas para viagens ocasionais ou emergenciais. Além disso, o administrador público não pode descuidar do interesse coletivo vinculado à sua função, tampouco aos direitos fundamentais que subjazem ao próprio serviço público de titularidade do ente federativo. É, inclusive, comum que o tema seja levado ao Judiciário porque o transporte de passageiros interestadual se consolidou muito antes da formalização dos conceitos de serviço público e licitação. Não obstante, isso não pode ser justificativa para a inadequação à exigência democrática e isonômica da realização de licitação pela ordem constitucional vigente. O Supremo Tribunal Federal perfilha o entendimento ora esposado pela exigência da licitação. Em 2005, ao decidir o RE 264.621 afirmou a necessidade do certame, em relação ao direito de uma empresa de operar apenas um trecho sem tal observância. Por isso, reformou decisão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região que havia entendido ser possível a manutenção do serviço até a licitação. Conforme Informativo de Jurisprudência 375: *A [2ª] Turma concluiu julgamento de recurso extraordinário interposto pela União contra acórdão do TRF da 5ª Região que, confirmando decisão de primeira instância reconheceu o direito da recorrida, empresa de transporte particular, de continuar atividade de transporte interestadual de passageiro, independentemente de licitação. A Turma deu provimento ao recurso para julgar improcedente a ação. Entendeu-se que o acórdão recorrido, ao pretender atender ao interesse de potenciais usuários do serviço de transporte,*



*caracterizando-o como de interesse público, o fizera sem nenhuma referência a dados ou circunstâncias concretas, desprestigiando 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. Asseverou-se que **a observância do procedimento licitatório é o único adequado a garantir a efetiva proteção do interesse público e que a omissão administrativa poderia, quando muito, resultar em responsabilização na esfera administrativa ou determinação judicial para a realização de certame, mas não justificar a legitimação de uma única empresa para a exploração direta do serviço.** Considerou-se, ainda, que, diante do fato de a empresa estar explorando o serviço sem licitação desde 1996, a mera eficácia da decisão recorrida estaria interferindo, sem justificativa, no exercício do poder de polícia da União sobre o transporte interestadual de passageiros da região. RE 264621/CE, rel. Min. Joaquim Barbosa, 1º.2.2005.*

12. Novamente, em 2008, o STF assentou a obrigatoriedade da licitação, inclusive mediante leilão no Mandado de Segurança 27.516: **MANDADO DE SEGURANÇA. LINHAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL E INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS. DECRETO PRESIDENCIAL DE 16 DE JULHO DE 2008. PRIVATIZAÇÃO. DESESTATIZAÇÃO. ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 1º, ALÍNEA B, DA LEI 9.491/97. TRANSFERÊNCIA PARA A INICIATIVA PRIVADA DA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE RESPONSABILIDADE DA UNIÃO. ART. 21, INCISO XII, ALÍNEA E, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE DE DESESTATIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE RESPONSABILIDADE DA UNIÃO JÁ EXPLORADOS POR PARTICULARES. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. A titularidade dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, nos termos do art. 21, XII, e, da Constituição Federal, é da União. 2. É possível a desestatização de serviços públicos já explorados por particulares, de responsabilidade da União, conforme disposto no art. 2º, § 1º, b, parte final, da Lei 9.491/97. 3. Inexistência de concessão ou de permissão para a utilização de algumas linhas, além da iminente expiração do prazo de concessão ou permissão de outras linhas. 4. Existência de decisões judiciais proferidas em ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Federal que determinam a imediata realização de certames das linhas em operação. 5. Possibilidade de adoção da modalidade leilão no caso em apreço, nos termos do art. 4º, § 3º, da Lei 9.491/97. 6. **Necessidade de observância do devido processo licitatório, independentemente da modalidade a ser adotada (leilão ou concorrência).** 7. Ordem denegada. (MS 27516, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2008, DJe-232 DIVULG 04-12-2008 PUBLIC 05-12-2008 EMENT VOL-02344-01 PP-00104).**

13. Ainda, há em trâmite, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5549 acerca da nova redação do artigo 13 da Lei 10.233 de 2001 a discutir a exigibilidade constitucional de licitação. No ponto, não se desconhece que o mercado das concessões de transporte rodoviário é extremamente relevante e há de ser observada a inter-relação entre os prestadores na modelagem da licitação. Por isso, não cabe ao Judiciário determinar previamente o *modelo* licitatório, como por exemplo, se por área ou por linha. Mas, o que não pode faltar ou, se ainda faltante, deve a Administração Pública se empenhar em regularizar, é o procedimento licitatório. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, vem decidindo de igual modo como se lê do seguinte excerto: **PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA. DETERMINAÇÃO DE NOVA LICITAÇÃO. 1. A licitação é**



imprescindível na outorga de serviço público - exploração de transporte coletivo de passageiros - formalidade imposta pelo Poder Constituinte Originário de 1988, consoante reconhecido pelo STF, no julgamento do RE n.º 264.621/CE, da relatoria do e. Ministro Joaquim Barbosa, publicado no DJ de 08.04.2005, no qual restou definido a necessidade de realização de prévia licitação para fins de prolongamento de trecho explorado por empresa de transporte interestadual, ao consagrar, que "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.". 2. O art. 175 da Lei Fundamental, na qual é utilizado o advérbio sempre, não enseja dúvidas sobre a eficácia plena, imediata e automática do preceito, que está a obrigar, tanto o legislador e o poder regulamentar, quanto a vincular o ato concreto de concessão (como o ora impugnado pela impetrante, ora Recorrente), à prévia licitação toda vez que não se trate de exploração direta do serviço pelo Poder Público". (RE 140989/RJ Relator Min. OCTAVIO GALLOTTI - Julgamento: 16/03/1993 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA DJ 27-08-1993). 3. Deveras, o Supremo Tribunal Federal reiterou a tese dantes exposta, a fim de exigir licitação na exploração de transporte coletivo de passageiros, nos seguintes termos: "AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO CAUTELAR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DEU EFEITO SUSPENSIVO NA ORIGEM. PEDIDO DE CONTRACAUTELA PARA QUE SE PERMITA A OPERAÇÃO DE PROLONGAMENTO DE LINHA DE TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Decisão agravada que negou seguimento à ação cautelar, ao entendimento de que o Tribunal de origem não usurpou a competência do Supremo Tribunal Federal, ante as Súmulas 634 e 635. De toda forma, ainda que se considere inaugurada a jurisdição cautelar desta egrégia Corte, a decisão recorrida extraordinariamente está em sintonia com a jurisprudência da Casa, no sentido de que a exploração de transporte coletivo de passageiros há de ser precedida de processo licitatório. Precedentes: Recursos Extraordinários n.ºs 140.989, 214.383, 264.621 e 412.978. Agravo regimental a que se nega provimento."(AC -AgR 1066 / RJ – Relator Ministro Carlos Britto - Julgamento 15/05/2007 - DJ 28-09-2007) 4. Os princípios constitucionais relativos à administração pública exigem que a concessão de serviços seja precedida de licitação pública. 5. Outrossim, o entendimento supracitado, de que a implantação de nova linha de transporte, bem como qualquer alteração referente à linha ou à prestação do serviço por empresa de ônibus deverá sempre ser precedida de licitação é tese firmada pelo E. STJ (RESP n.º 617.147/PR, deste relator, DJ de 25.04.2005; REsp 529102/PR deste Relator DJ 10.04.2006; REsp 703399/PA DJ 13.11.2006; REsp 762093/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 18/06/2008). 6. O Ministro relator assentou com precisão que a decisão concessiva da tutela limitou-se a garantir que o departamento de transporte rodoviário se abstinhasse de delegar linhas sem prévia licitação, suspendeu os efeitos de cláusula d contrato de adesão celebrado entre o Detro e as empresas de ônibus; determinou fosse iniciados o procedimento licitatório para escolha de novos delegatários em cento e oitenta dias, bem assim fosse apresentada a classificação final das propostas no prazo de trinta dias após concluída a licitação. 7. A hipótese retrata tutela antecipada em favor da administração pública e da moralidade de suas atividades concedidas; sendo certo que a análise da concessão com outras centenas de ações esbarra na Súmula 07/STJ. 8. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que "a superveniência da sentença de procedência do pedido não prejudica o recurso interposto contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela" (ERESP.



765105/TO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, DJ. 25.08.2010). 9. Recurso Especial parcialmente conhecidos, e nessa parte, desprovido, nos termos do voto do i. relator. (REsp 964.946/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 06/03/2012)

14. E, recentemente, conforme entendeu o órgão especial do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região: 0000481-74.2012.4.02.5003 (TRF2 2012.50.03.000481-9) *Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MPF. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL. INTERESSE RECURSAL. UNIÃO. TEORIA DA ASSERÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. PEDIDO. REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO. LEI Nº 12.996/2014. SUPERVENIÊNCIA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. INTERESSE DE AGIR. PERMANÊNCIA. ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO. POSSÍVEL OFENSA. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUSPENSÃO DO JULGAMENTO.* 1. A sentença extinguiu, sem resolução de mérito, por falta de interesse superveniente, art. 267, VI, do CPC/1973, ação civil pública na qual o MPF pede a condenação da União e da ANTT a licitar a operação das 20 linhas de transporte interestadual de passageiros exploradas pela Viação Águia Branca S.A, com decretação da nulidade dos contratos por esta celebrados sem licitação desde a década de 1990. 2. Sujeita a remessa necessária, por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/1965, a sentença também foi impugnada por apelo do MPF, que deve ser conhecido. Embora tenha opinado, em fevereiro de 2015, pela carência da ação, por outro de seus membros, o princípio da independência funcional, consagrado no art. 127, § 1º, da Constituição, autoriza os membros do Ministério Público, ao se substituírem no processo, a apresentarem manifestações desvinculadas de seus antecessores. Precedente do STJ. 3. Pela teoria da asserção, verificam-se as condições da ação, inclusive a legitimidade, considerando-se os fatos, fundamentos e pedidos formulados pelo autor. O MPF quer obrigar a União a analisar e aprovar os planos de outorgas a serem propostos pela ANTT para regularizar as permissões de linhas interestaduais de transporte de passageiros, atribuição conferida pelo art. 24, III, da Lei nº 10.233/2001 a ela, União, parte passiva legítima. 4. O MPF pede a condenação da ANTT e da União a cumprir a obrigação de realizar e aprovar, em 120 (cento e vinte) dias, estudos de mercado necessários a apurar a possibilidade de exploração, por mais de uma empresa, de 20 itinerários e, após, em mais 120 dias, promover licitação para regularizar a outorga da prestação do serviço, com a admissão de tantos novos concessionários quantos admitirem aquelas linhas, atualmente operadas pela Viação Águia Branca S.A., em caráter precário. 5. Os réus-apelados, à sua vez, defendem a tese acolhida pela sentença, perda superveniente do interesse de agir do Parquet, argumentando que, com a vigência da Lei nº 12.996/2014, que alterou algumas normas da Lei nº 10.233/2001, instituiu-se a autorização como regime de outorga da prestação dos "serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura", o que afasta a necessidade de prévia licitação. **6. Estando o pedido fundado diretamente no art. 175 da Constituição, que exige a licitação na delegação da exploração dos serviços públicos, a superveniência de lei afastando tal necessidade, ao instituir a autorização como regime para o transporte rodoviário interestadual de passageiros, não esvazia o objeto da demanda; antes atrai o incidente de arguição de inconstitucionalidade, art. 948 do CPC/2015.** 7. O art. 49 da Lei 10.233/2001 institui a autorização como modalidade de ato público unilateral para serviços com caráter especial ou de emergência, que diferem da prestação regular do transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros. A interpretação



sistemática da Lei nº 10.233/2001, à luz da Constituição, arts. 21, XII, "e", e 175, caput, convence de que, no transporte coletivo de passageiros, a regra geral é a concessão ou permissão, com licitação, servindo a autorização apenas para viagens ocasionais ou emergenciais. 8. O STF não tergiversa quanto à impossibilidade da prestação de serviços de transporte interestadual de passageiros a título precário, sem prévio procedimento licitatório (STA 73 AgR / SP, STF, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 17/3/2008). 9. A autorização, "ato unilateral, discricionário e precário pelo qual o poder público delega a execução de um serviço público de sua titularidade, para que o particular o execute em seu próprio benefício", "não depende de licitação, porque, sendo o serviço prestado no interesse exclusivo ou predominante do beneficiário, não há viabilidade de competição" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 21 ed., 2008). 10. O serviço de transporte rodoviário não pode ser prestado em benefício do delegatário, e sequer é verossímil a inviabilidade de competição entre empresas de transporte rodoviário para interligar cidades dos Estados do Espírito Santo, Bahia, Minas e Rio de Janeiro. 11. Parece casuística e em choque com o art. 175, caput, da Constituição (princípio da licitação) a regra do inciso V, "e", do art. 13 da Lei nº 10.233/2001, incluída pelo art. 3º da Lei nº 12.996/2014 - que afasta a licitação ao estabelecer a autorização como forma de delegação da exploração de parte do serviço público de transporte rodoviário interestadual de passageiros - o que recomenda o julgamento da sua possível inconstitucionalidade, pelo Órgão Especial deste Tribunal, na forma do art. 97 da CRFB/88 e arts. 948 e 949, II, do CPC/2015. 12. Arguição de inconstitucionalidade suscitada. Suspendo o julgamento das apelações e da remessa necessária. Classe: Arguição de Inconstitucionalidade - Incidentes - Outros Procedimentos - Processo Cível e do Trabalho Órgão julgador: ÓRGÃO ESPECIAL Data de decisão 28/11/2016 Data de disponibilização 01/12/2016 Relator NIZETE LOBATO CARMO

15. Em conclusão sobre a arguição de inconstitucionalidade, decidiu o Órgão Especial acerca do tema: 0000481-74.2012.4.02.5003 (TRF2 2012.50.03.000481-9) Ementa: Nº CNJ : 0000481-74.2012.4.02.5003 (2012.50.03.000481-9) RELATOR : Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAUJO FILHO APELANTE : MINISTERIO PUBLICO FEDERAL E OUTRO PROCURADOR : Procurador Regional da República APELADO : UNIAO FEDERAL E OUTROS PROCURADOR : ADVOGADO DA UNIÃO E OUTROS ORIGEM : 5ª Vara Federal Cível (0 0 0 0 4 8 1 7 4 2 0 1 2 4 0 2 5 0 0 3) E M E N T A A R G U I Ç Ã O D E INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 13, V, ALÍNEA E, DA LEI Nº 10.233/2001. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO REGULAR DE TRANSPORTE COLETIVO RODOVIÁRIO INTERESTADUAL E INTERNACIONAL. LICITAÇÃO. AUTORIZAÇÃO. 1. Considerando os termos do art. 21, XII, da CF, que se refere à "autorização", bem como que a própria Constituição, em relação a serviços de elevado grau de essencialidade, admite a prestação sob o regime privado coexistente com a prestação pelo Estado, possível o desenvolvimento das atividades elencadas no referido inciso por meio da atuação empresarial privada. 2. A Constituição, no entanto, é expressa ao consignar que a prestação dos serviços elencados no inciso XII do art. 21 será feita pela União, diretamente ou mediante concessão, permissão e autorização, pelo que o legislador infraconstitucional não pode desconsiderar as três referências, estabelecendo que as atividades ali elencadas passem a ser exploradas sob regime exclusivamente privado, mediante autorização, com inteira supressão do regime de direito público da concessão e da permissão. 3. O art. 13, V, e, da Lei nº 10.233/2001, com redação dada pela Lei nº 12.996/2014, prevendo a delegação da prestação de serviço regular de transporte coletivo rodoviário interestadual e internacional desvinculado da



exploração de infraestrutura tão somente por meio de autorização, não precedida de licitação e sob regime de livre competição, acaba por tornar letra morta a disposição do art. 21, XII, e, da CF, pois submete tal atividade exclusivamente ao regime privado. 4. Arguição de inconstitucionalidade acolhida, para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 13, V, e, da Lei nº 10.233/2001, com redação dada pela Lei nº 12.996/2014. Classe: Arguição de Inconstitucionalidade - Incidentes - Outros Procedimentos - Processo Cível e do Trabalho Órgão julgador: ÓRGÃO ESPECIAL Data de decisão 04/10/2017 Data de disponibilização 10/10/2017 Relator LUIZ PAULO DA SILVA ARAUJO FILHO

16. Com base em tais considerações, é necessário reconhecer a inconstitucionalidade da nova redação do inciso V do artigo 13 da Lei 10.233 de 2001 dada pela Lei 12.996 de 2014. Nota-se inexistir interferência indevida no Poder Legislativo, tampouco violação ao princípio da separação dos poderes. Com efeito, o que o Judiciário efetivamente opera aqui é o cumprimento da Constituição de maneira a corrigir o desvio de atuação do órgão legislativo. A legitimidade da atuação exsurge de próprio mandamento constitucional, sobretudo na inafastabilidade, com a correta aplicação da Lei Maior. Assim, em conformidade com o art. 13, IV, da Lei 10.233/2001 e com o art. 6º, I, alínea a, do Decreto 2.521/98, a modalidade de delegação do serviço público de transporte interestadual de passageiros é a permissão de serviço público. A obrigatoriedade da licitação decorre do art. 37, XXI, e 175, *caput*, ambos da CRFB; do art. 40, parágrafo único, da Lei 8.987/95; e, mais especificamente, do próprio Decreto 2.521/98, em seu art. 3º, XVIII. Deixe-se claro que a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o constituinte conferiu à União a competência para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, o serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (CF, art. 21, XII, alínea e), incumbindo "ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos" (art. 175, *caput*). A regulamentação do art. 175 da Constituição Federal de 1988, feita pela Lei 8.987/95, provocou a revisão do Decreto nº 952/1993, que dispunha sobre a outorga de permissão e autorização para a exploração de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. Tal revisão deu origem ao Decreto nº 2.521, de 20/03/1998, atualmente em vigor, que revogou expressamente o Decreto nº 952/93, extinguindo a possibilidade de prorrogação contratual prevista anteriormente, além de determinar a manutenção das permissões e autorizações decorrentes de disposições legais e regulamentares anteriores, sem caráter de exclusividade, pelo prazo improrrogável de quinze anos contado da data de publicação do Decreto nº 952/1993, ou seja, até o dia 8 de outubro de 2008. O Decreto nº 2.521/98 não padece de ilegalidade, tendo em vista que a Administração Pública não exorbitou do seu poder regulamentar ao estabelecer um prazo (de 07 de outubro de 1993 a 8 de outubro de 2008) para adequação dos contratos às regras da Constituição Federal. Com efeito, ao Executivo é lícito editar Decreto para determinar, de forma geral e abstrata, que todos os atos de permissão de transporte interestadual são improrrogáveis a partir de então, mesmo os firmados anteriormente, de forma a adequar as situações às novas regras impostas por lei e pela Constituição. O artigo 42 da Lei nº 8.987/95, ao permitir a continuidade das permissões concedidas anteriormente à Lei, determina a observância do art. 43 do mesmo Diploma, que dispõe: "Ficam extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988." Ainda que a nulidade dos art. 98 e 99 do Decreto nº 2.521/98 fosse decretada e a regra constitucional de licitação prévia pudesse ser afastada, a possibilidade de prorrogação prevista no Decreto nº 952/1993 é mera expectativa de direito, dependendo do juízo de conveniência e oportunidade da Administração



Pública para sua efetivação. Devido ao caráter precário da relação entre particular e Administração, consubstanciada por um instrumento de permissão, não poderia a apelante alegar direito adquirido à prorrogação do prazo de vigência dos ajustes e à formalização de novos contratos. Além disso, o transporte rodoviário interestadual de passageiros é serviço cuja competência cabe exclusivamente à União (art. 21, XII, "e", CF). O Poder Judiciário não pode pretender suprir a omissão do Poder Executivo, com o objetivo de autorizar o funcionamento de serviços de transporte de passageiros, sob pena de desorganizar o modelo político da divisão de tarefas pelos Poderes, seja para a exploração do serviço por empresa ainda não legitimada pela respectiva agência reguladora seja para a prorrogação das concessões/permissões já concedidas pelo Poder Público competente

17. Vale ressaltar que a licitação é imprescindível na outorga de serviço público, ainda que para fins de prolongamento de trecho explorado por empresa de transporte interestadual. Demais disso, o entendimento de que a implantação de nova linha de transporte, bem como qualquer alteração referente à linha ou à prestação do serviço por empresa de ônibus deverá sempre ser precedida de licitação é tese firmada também pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos precedentes: *REsp 703399/PA DJ 13.11.2006*; *REsp 762093/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 18/06/2008*; *REsp 964.946/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 06/03/2012*. Portanto, na hipótese presente, mostra-se fundamental a realização do procedimento licitatório da linha São Paulo (SP) – Rio de Janeiro (RJ), v. Duque de Caxias, prefixo 08-0005-02 para o atendimento do melhor interesse público. O prazo de 15 anos previsto no art. 99, §1º, do Decreto 2.591/98 tinha, exatamente, a função de preencher a discricionariedade do art. 42, §2º, da Lei 8.987/95. Neste ponto, a Lei prevê um prazo mínimo (24 meses) para a “realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações”, mas não estabelece um prazo máximo, ficando a critério da discricionariedade da Administração Pública estabelecer tal prazo. No entanto, esta discricionariedade não pode ser absoluta. O prazo para a realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações não pode ser tão alargado a ponto de violar a razoabilidade e, indiretamente, a regra constitucional da obrigatoriedade da licitação. Não se deixa de reconhecer que, tendo em vista a essencialidade da prestação do serviço público, de fato, o procedimento administrativo de licitação não pode ser feito às pressas ou sem a devida realização de levantamentos e avaliações necessários à sua correta realização, sob pena de causar aos usuários do serviço prejuízos irreparáveis em decorrência da realização de uma licitação falha. Sucede que a Administração pública tinha perfeitas condições de realizar um procedimento administrativo correto, tendo em conta que o Decreto 2.591/98 concedeu o prazo de 15 anos para que fossem feitos todos os levantamentos e avaliações. Não obstante, constatando-se os sucessivos adiamentos, percebe-se que houve flagrante relapso por parte da Administração Pública, que deixou de realizar, efetivamente, a escolha da melhor proposta, através de um procedimento transparente e idôneo. Registre-se que o término do contrato deveria ocorrer em outubro de 2008, oportunidade na qual já deveria haver um sucessor na prestação do serviço público. No caso, sequer se mostra necessário discutir a razoabilidade do prazo de 15 anos estabelecido no Decreto 2.591/98. Tal prazo já foi ultrapassado e nenhuma licitação foi concluída. Longos anos se passaram e a Administração Pública ainda afirma que deve haver um “prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações”. Alegação desarrazoada. Ademais, parece casuística e em choque com o art. 175, caput, da Constituição (princípio da licitação) a regra do inciso V, "e", do art. 13 da Lei nº 10.233/2001, incluída pelo art. 3º da Lei nº



12.996/2014 - que afasta a licitação ao estabelecer a autorização como forma de delegação da exploração de parte do serviço público de transporte rodoviário interestadual de passageiros. O art. 175 da Lei Fundamental, na qual é utilizado o advérbio sempre, não enseja dúvidas sobre a eficácia plena, imediata e automática do preceito, que está a obrigar, tanto o legislador e o poder regulamentar, quanto a vincular o ato concreto de concessão (como o ora impugnado pela impetrante, ora Recorrente), à prévia licitação toda vez que não se trate de exploração direta do serviço pelo Poder Público". (RE 140989/RJ Relator Min. OCTAVIO GALLOTTI - Julgamento: 16/03/1993 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA DJ 27-08-1993). Dessarte, não se mostra outra solução para o caso concreto, a não ser a procedência dos pedidos feitos pelo Ministério Público Federal na presente ação civil pública. Deve-se, assim, declarar a nulidade da avença que está produzindo efeitos entre as partes ANTT/União Federal e a empresa AUTOAVIAÇÃO 1001 LTDA, bem como haver a condenação das primeiras em realizar o devido procedimento licitatório. Correta a sentença do juízo a quo, a qual não merece reparos. A licitação deve realizar-se no prazo máximo de 9 (nove) meses, sendo certo que aí está compreendido todo o procedimento licitatório, abarcando não só o seu início como também o prazo para a conclusão. Destaque-se que tal prazo é razoável, tendo em vista que faculta à Administração Pública a possibilidade de realizar a licitação conforme o seu juízo de conveniência e oportunidade para melhor atender ao interesse público. Outrossim, não há que se tenha a produção instantânea dos efeitos da declaração da nulidade do ato de permissão, com o afastamento imediato do particular da prestação do serviço público. Isso porque não se pode olvidar o interesse público da continuidade da prestação do serviço público. A interrupção da prestação do serviço público, ainda que momentânea, pode gerar transtornos enormes para a população. Mantenho integralmente a sentença do juízo a quo.

18. Negado provimento às apelações e à remessa necessária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Oitava Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, **por unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa necessária**, na forma do Relatório e do Voto, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Rio de Janeiro, 10 de julho de 2019 (data do julgamento)

MARCELO GUERREIRO
Juiz Federal Convocado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Apelação Cível - Turma Espec. III - Administrativo e Cível
Nº CNJ : 0004435-74.2007.4.02.5110 (2007.51.10.004435-2)
RELATOR : Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA
APELANTE : UNIAO FEDERAL E OUTROS
PROCURADOR : ADVOGADO DA UNIÃO E OUTROS
APELADO : MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
PROCURADOR : PROCURADOR DA REPÚBLICA
ORIGEM : 03ª Vara Federal de São João de Meriti (00044357420074025110)

RELATÓRIO

(Juiz Federal Convocado MARCELO GUERREIRO - Relator)

Trata-se de remessa necessária e de recursos de apelação interpostos por UNIÃO FEDERAL, por AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT e por AUTO VIAÇÃO 1001 LTDA. em face de sentença de fls. 605/630, que julgou procedente o pedido inicial *“para declarar a nulidade da prorrogação do contrato de permissão de serviço de transporte rodoviário interestadual de passageiro celebrada entre as partes rés da linha São Paulo (SP) – Rio de Janeiro (RJ), v. Duque de Caxias, prefixo 08-0005-02, concedendo o prazo máximo de 9 (nove) meses, a contar do trânsito em julgado, para que se realize a licitação da referida linha, momento em que cessarão os efeitos do contrato referido”*. Fundamentou o juízo que *“a manutenção da permissão do serviço público de transporte rodoviário após outubro de 2008 sem licitação, viola a um só tempo a Constituição Federal, a Lei 8.987/95 e o próprio Decreto 2.521/98, que estabelece que os contratos de adesão e os termos de autorização, necessariamente deverão prever que sua vigência é pelo prazo improrrogável de quinze anos, contado da data de publicação do Decreto nº 952, de 7 de outubro de 1993.”* e que, no presente caso, *“sequer se mostra necessário discutir a razoabilidade do prazo de 15 anos estabelecido no Decreto 2.591/98. Tal prazo já foi ultrapassado e nenhuma licitação foi concluída. Longos 19 anos se passaram e a Administração Pública ainda afirma que deve haver um “prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações”. Em verdade, tal prazo já se passou a muito.”*. Condenou, ainda, a parte ré ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa.

Em razões de apelação (fls. 646/672), a parte ré, UNIÃO FEDERAL, pugna pela reforma da sentença sustentando, em síntese, que: não seria parte legítima para figurar no polo passivo da demanda em razão de a lei que criou a ANTT ter excluído do rol de competências do Ministério dos Transportes a realização de licitações; não haveria interesse de agir por parte do MPF tendo em vista existir um grupo de trabalho do próprio órgão voltado a resolver a questão em âmbito nacional; não haveria que se falar em inconstitucionalidade ou ilegalidade do Decreto n.º 2.521/98, pois a determinação de prorrogação por quinze anos dos contratos visava conferir segurança jurídica às permissões realizadas antes do advento da Lei nº 8.987/95; e a ação civil pública em tela pretende se imiscuir indevidamente no âmbito do mérito administrativo.

Em razões de apelação (fls. 679/704), a parte ré, AGÊNCIA NACIONAL DE



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT, pugna pela reforma da sentença sustentando, em síntese, que: não haveria interesse de agir por parte do MPF tendo em vista existir um grupo de trabalho do próprio órgão voltado a resolver a questão em âmbito nacional; o procedimento preliminar visando à licitação da linha objeto da demanda já teria sido iniciado desde 2008; devido a situações excepcionais, não foi possível realizar a licitação no prazo firmado, razão pela qual a ANTT, fundada no princípio da continuidade do serviço público, poderia se utilizar da autorização especial prevista no art. 49 da Lei nº 10.233/2001 para prorrogar a vigência das permissões até 2014, não havendo que se falar em qualquer nulidade daí decorrente.

Em razões de apelação (fls. 710/730), a parte ré, AUTO VIAÇÃO 1001 LTDA., pugna pela reforma da sentença sustentando, preliminarmente, que: haveria impossibilidade jurídica do pedido, posto que a linha em relação a qual se pleiteou a anulação contratual é meramente acessória de uma linha principal, prefixo 08-0005-00, contra a qual não foi requerida a nulidade; haveria litispendência com outra ação em curso na Justiça Federal de São Paulo, com idêntico objeto; e haveria ilegitimidade ativa por parte do MPF, posto que não haveria interesse coletivo a ser defendido na causa em tela. No mérito, sustentou que, prejudicialmente, haveria decadência do direito do MPF de anular a permissão, desde 29 de janeiro de 2004 e que a sentença seria *ultra petita*, pois adentrou no mérito do ato de prorrogação da permissão originária, que não era objeto da ação.

Contrarrazões de MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF apresentadas, às fls. 733/748.

Parecer da Procuradoria Regional da República às fls. 762/772 opinando pelo improvimento dos recursos de apelação.

É o relatório. Peço pauta.

MARCELO GUERREIRO
Juiz Federal Convocado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Apelação Cível - Turma Espec. III - Administrativo e Cível
Nº CNJ : 0004435-74.2007.4.02.5110 (2007.51.10.004435-2)
RELATOR : Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA
APELANTE : UNIAO FEDERAL E OUTROS
PROCURADOR : ADVOGADO DA UNIÃO E OUTROS
APELADO : MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
PROCURADOR : PROCURADOR DA REPÚBLICA
ORIGEM : 03ª Vara Federal de São João de Meriti (00044357420074025110)

VOTO

Trata-se de ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face UNIÃO FEDERAL, AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTE TERRESTRES – ANTT e AUTO AVIAÇÃO 1001 LTDA., objetivando a declaração de nulidade da permissão de serviço público da linha São Paulo (SP) – Rio de Janeiro (RJ), v. Duque de Caxias, prefixo 08-0005-02, bem como a condenação de União Federal e ANTT a realizarem os procedimentos licitatórios neste trecho. Subsidiariamente, requer seja imposta a revisão dos contratos que não foram aditados para conter a cláusula de improrrogabilidade do prazo de vigência, conforme determina o Decreto nº 2.521/98. Alega, em síntese, que as outorgas concedidas sem licitação após a promulgação da Constituição de 1988 são inconstitucionais, devendo ser anulados todos os contratos firmados nesta hipótese, em razão da ausência de licitação. Afirma que existem duas situações: a) a das concessões outorgadas após a CF/88; e b) as delegações promovidas antes da CF/88. Sustenta que, no caso, o contrato estaria enquadrado na primeira situação e, portanto, haveria nulidade por violação à Constituição.

A sentença julgou procedentes os pedidos. Houve recurso.

Litispendência

Há alegação de existência de litispendência, uma vez que tramita na justiça federal de São Paulo ação civil, que versa sobre os mesmos fatos objeto da presente ação. No entanto, não merece guarida a tese da parte ré. Com efeito, uma vez que se trata de fato impeditivo do direito do autor, o ônus da prova caberia ao próprio réu, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil de 1973. Ocorre que, no caso, o réu não demonstrou que a linha objeto da presente ação civil pública é também objeto de outra ação civil pública a ensejar a litispendência. Com efeito, o réu apenas alegou a ocorrência da litispendência sem trazer ao processo qualquer documento que comprovasse sua alegação.

Falta do interesse de agir

A ANTT argui a ausência do interesse de agir, uma vez que não teria havido resistência à pretensão. Sustenta que nos dias 13 e 14 de setembro de 2007 a 3ª CCR/PGR,



composta pelos procuradores da república integrantes do Grupo de Trabalho (GT) – Transportes elaboraram a Ata de Reunião para o trato do objeto da presente ação civil pública. Ademais, a UNIÃO FEDERAL também argui a falta de interesse de agir, uma vez que o próprio Ministério Público Federal estaria trabalhando extrajudicialmente, através de membro representante do Grupo de Trabalho – Transportes, para que seja dada solução de âmbito nacional e não apenas de forma pontual. Tal argumento, contudo, não merece acolhida. Isso porque a necessidade do ajuizamento da presente ação civil pública, no caso, está no fato de que o Ministério Público, como ente superior de fiscalização da aplicação da lei e da Constituição, não poderia declarar, ele próprio, a nulidade de um ato administrativo e realizar a licitação devida. Ressalte-se que o acesso ao Judiciário não pode ser negado quando há o interesse público em se ver declarada a nulidade de um ato administrativo eivado de vícios. Assim sendo, mostra-se patente o interesse de agir no caso.

Impossibilidade Jurídica do Pedido

O réu AUTO VIAÇÃO 1001 LTDA. argui a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que o item ‘b’ do pedido do MPF limita-se a requerer a anulação dos contratos de adesão da linha São Paulo – Rio de Janeiro via Duque de Caxias de prefixo 08-0005-02 que constitui mero acessório da linha prefixo 08.0005-00 São Paulo Rio de Janeiro, que não está contemplada no pedido. Tal alegação diz respeito a mérito, não sendo preliminar. Ademais, o novel CPC de 2015 não prevê a possibilidade jurídica como condição da ação.

Legitimidade ativa do Ministério Público Federal

O réu AUTO VIAÇÃO 1001 LTDA. argui a ilegitimidade ativa do MPF, uma vez que não teria um interesse coletivo a ser defendido. Não merece guarida a alegação apresentada pela parte ré. Isso porque o Ministério Público Federal possui plena legitimidade para propor ação civil pública tendente a anular ato administrativo realizado sem a observância dos princípios estabelecidos na Constituição Federal. Com efeito, o art. 129, inciso III, da Constituição Federal alargou o campo de atuação do Ministério Público, legitimando-o a promover a ação civil pública em defesa de qualquer interesse difuso e coletivo, abarcando nessa previsão o resguardo do patrimônio público.

Reza a súmula n. 329 do STJ: “*Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público*”. Vale dizer que a “defesa do patrimônio público” deve ser entendida como bem pertencente a toda a sociedade, ainda que de modo indireto.

Legitimidade passiva da União Federal

A UNIÃO FEDERAL argui sua ilegitimidade passiva, uma vez que, desde o advento da Lei 10.233/2001, que criou a ANTT, não consta do rol das competências do Ministério dos Transportes tratar diretamente das questões relativas a concessão e permissão do serviço de transporte.



Consoante reza a Constituição Federal em seu art. 21, inciso XII, compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. Além disso, a ANTT está subordinada ao Ministério dos Transportes, como se compreende da leitura do art. 24, inciso III, da Lei 10.233/2001.

Preliminar rejeitada.

Prescrição/Decadência

A ré AUTO VIAÇÃO 1001 LTDA. sustenta que a presente ação foi promovida quando já operada a prescrição, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, bem como a decadência, nos termos do art. 54 da Lei 9.874/99. Sem razão a ré.

Não se desconhece da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é aplicável à ação civil pública, por analogia, o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 21 da Lei 4.717/65, já que a ação civil pública e a ação popular compõem um microssistema de tutela dos direitos difusos. Como ilustração, podemos citar os seguintes precedentes: **AgRg no REsp 1185347/RS**, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 25/04/2012; **REsp 1.283.273/PR**, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 1º .2.2012; **REsp 1070896/SC**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14.4.2010, DJe 4.8.2010; **REsp 1.089.206/RS**, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgado em 23.6.2009, DJe 6.8.2009.

Contudo, a questão principal está em saber o termo inicial do referido prazo prescricional, bem como do prazo decadencial do art. 54 da Lei 9.874/99.

Dado que se cuida de pedido de declaração de nulidade de ato administrativo por inconstitucionalidade e ilegalidade, o termo inicial deve ser contado da data da cessação da suposta ilegalidade. Em verdade, a nulidade se perpetua durante toda a vigência do contrato e somente cessa por ocasião do término da vigência contratual. Assim sendo, o termo inicial da decadência e/ou prescrição só pode ser esta data, que, no caso, ainda não ocorreu. Ademais, pode-se até dizer que há imprescritibilidade das ações que visam a declaração de nulidade ato por falta de licitação.

Assim, não vislumbro ocorrência de prescrição ou decadência no caso vertente.

A juridicidade do Decreto e a Aplicação do art. 462 do CPC

No mérito propriamente dito, a solução da questão residia em saber se o dispositivo legal (Decreto 2.521/98), que serviu de fundamento para a prorrogação e celebração dos



contratos de adesão e outorga de permissão para o serviço transporte rodoviário, contém ou não vício de inconstitucionalidade, a ser apurado em caráter incidental, além do vício de legalidade, frente a norma geral federal (Lei 8.987/95), para que fosse imposto a ANTT a obrigação de fazer, consistente na realização da respectiva licitação.

Contudo, tal análise tornou-se desnecessária, uma vez que, posteriormente ao ajuizamento desta ação civil pública, houve o esgotamento do prazo de 15 anos previsto no referido Decreto. Dessa forma, não há sequer a necessidade de haver a análise da juridicidade de tal decreto. Aplica-se ao caso o art. 462 do CPC de 1973.

Bom apontar que a manutenção da permissão do serviço público de transporte rodoviário após outubro de 2008 sem licitação, descursa a Constituição Federal, a Lei 8.987/95 e o próprio Decreto 2.521/98, que reza que os contratos de adesão e os termos de autorização, necessariamente deverão prever que sua vigência é pelo prazo improrrogável de quinze anos, contado da data de publicação do Decreto nº 952, de 7 de outubro de 1993.

Obrigatoriedade de licitação

Com efeito, o artigo 21, inciso XII da Constituição da República atribui a competência material exclusiva da União para fins de explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os seguintes serviços:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela

Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

Em consonância, o artigo 37 *caput* e inciso XXI traz à baila o regramento da Administração Pública com força nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência com a obrigação, admitindo-se exceções, de que a contratação de obras, serviços, compras e alienações sejam feitos por processo de licitação pública.

O certame direciona-se a assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas acerca do pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta,



nos termos, com exigências técnicas de qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação.

Para os serviços públicos econômicos também denominados de comerciais ou industriais em razão de possibilidade de serem explorados com intuito lucrativo reverbera a norma do artigo 175 da Constituição da República com a seguinte previsão:

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.

De tal forma, em relação aos serviços de atribuição de entidades públicas, há de se notar a Lei 8.987 de 1995 com a noção de que tanto a concessão, quanto a permissão de serviços públicos, demandam licitação, artigos 2º e 42.

Nessa senda, a Lei 10.233 de 2001 estatuiu a exigência licitatória para fins da delegação do serviço público de transporte interestadual e internacional de passageiros na sistemática da permissão conforme a redação originária do artigo 13.

O ponto crucial é que a nova redação empreendida pela Lei 12.996 de 2014 retirou a exigência com base na redação do inciso XII do artigo 21 da Constituição na qual se lê a possibilidade da exploração por meio de autorização.

Os institutos são distintos e direcionam a distintas finalidades. Como é cediço, a autorização de serviço público constitui ato administrativo precário, unilateral, discricionário a consentir com o uso de bem público ou viabilizar a prática de uma atividade pelo particular, por isso, intitulada, autorização de serviço público.

De fato, o inciso XII do artigo 21 elenca diversas atividades passíveis de autorização. Outrossim, também estatui a permissão e a concessão como meio de delegação dos serviços taxativamente elencados.

Tais institutos são diversos e conceituam-se como delegação 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 (concessão). E, ainda, delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco (permissão), artigo 2º da Lei 8.987 de 1995.

Nesse panorama, percebe-se que até os serviços complexos a demandar maiores cuidados e análises para fins de descentralização são passíveis de autorização sem precedente licitação.



Todavia, não de maneira contínua e permanente por representar inegável violação à ordem jurídica constitucional em uma leitura harmoniosa de todos os institutos administrativos.

Para fins de se resguardar o interesse público primário e, igualmente, o secundário, não se pode permitir a entrega de serviço público de titularidade da União sem licitação de maneira estável e irrestrita ao particular como se a relação se desse entre sujeitos privados com livre capacidade dispositiva.

Inclusive, a própria Lei 10.233/2001 institui em seu artigo 49 a autorização como modalidade de ato público unilateral para serviços com caráter especial ou de emergência nos seguintes termos:

*Art. 49. É facultado à Agência **autorizar** a prestação de serviços de transporte sujeitos a outras formas de outorga, em caráter especial e de emergência.*

Obviamente, tais hipóteses são dissonantes da prestação regular do transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros.

Por conseguinte, à luz da Constituição, artigos 21, XII, "e", e 175, *caput*, aliada à interpretação sistemática com a Lei 10.233 de 2001, a regra geral no que tange ao serviço de transporte coletivo de passageiros é a concessão ou permissão, com licitação, servindo a autorização apenas para viagens ocasionais ou emergenciais.

Além disso, o administrador público não pode descuidar do interesse coletivo vinculado à sua função, tampouco aos direitos fundamentais que subjazem ao próprio serviço público de titularidade do ente federativo.

É, inclusive, comum que o tema seja levado ao Judiciário porque o transporte de passageiros interestadual se consolidou muito antes da formalização dos conceitos de serviço público e licitação.

Não obstante, isso não pode ser justificativa para a inadequação à exigência democrática e isonômica da realização de licitação pela ordem constitucional vigente. O Supremo Tribunal Federal perfilha o entendimento ora esposado pela exigência da licitação.

Em 2005, ao decidir o RE 264.621 afirmou a necessidade do certame, em relação ao direito de uma empresa de operar apenas um trecho sem tal observância. Por isso, reformou decisão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região que havia entendido ser possível a manutenção do serviço até a licitação.

Conforme Informativo de Jurisprudência 375:



A [2ª] Turma concluiu julgamento de recurso extraordinário interposto pela União contra acórdão do TRF da 5ª Região que, confirmando decisão de primeira instância reconheceu o direito da recorrida, empresa de transporte particular, de continuar atividade de transporte interestadual de passageiro, independentemente de licitação. A Turma deu provimento ao recurso para julgar improcedente a ação. Entendeu-se que o acórdão recorrido, ao pretender atender ao interesse de potenciais usuários do serviço de transporte, caracterizando-o como de interesse público, o fizera sem nenhuma referência a dados ou circunstâncias concretas, desprestigiando 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. Asseverou-se que **a observância do procedimento licitatório é o único adequado a garantir a efetiva proteção do interesse público e que a omissão administrativa poderia, quando muito, resultar em responsabilização na esfera administrativa ou determinação judicial para a realização de certame, mas não justificar a legitimação de uma única empresa para a exploração direta do serviço**. Considerou-se, ainda, que, diante do fato de a empresa estar explorando o serviço sem licitação desde 1996, a mera eficácia da decisão recorrida estaria interferindo, sem justificativa, no exercício do poder de polícia da União sobre o transporte interestadual de passageiros da região. RE 264621/CE, rel. Min. Joaquim Barbosa, 1º.2.2005.

Novamente, em 2008, o STF assentou a obrigatoriedade da licitação, inclusive mediante leilão no Mandado de Segurança 27.516:

MANDADO DE SEGURANÇA. LINHAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL E INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS. DECRETO PRESIDENCIAL DE 16 DE JULHO DE 2008. PRIVATIZAÇÃO. DESESTATIZAÇÃO. ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 1º, ALÍNEA B, DA LEI 9.491/97. TRANSFERÊNCIA PARA A INICIATIVA PRIVADA DA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE RESPONSABILIDADE DA UNIÃO. ART. 21, INCISO XII, ALÍNEA E, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE DE DESESTATIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE RESPONSABILIDADE DA UNIÃO JÁ EXPLORADOS POR PARTICULARES. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. A titularidade dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, nos termos do art. 21, XII, e, da Constituição Federal, é da União. 2. É possível a desestatização de serviços públicos já explorados por particulares, de responsabilidade da União, conforme disposto no art. 2º, § 1º, b, parte final, da Lei 9.491/97. 3. Inexistência de concessão ou de permissão para a utilização de algumas linhas, além da iminente expiração do prazo de concessão ou permissão de outras linhas. 4. Existência de decisões judiciais proferidas em ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Federal que determinam a imediata realização de certames das linhas em operação. 5. Possibilidade de adoção da modalidade leilão no caso em apreço,



*nos termos do art. 4º, § 3º, da Lei 9.491/97. 6. **Necessidade de observância do devido processo licitatório, independentemente da modalidade a ser adotada (leilão ou concorrência).** 7. Ordem denegada. (MS 27516, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2008, DJe-232 DIVULG 04-12-2008 PUBLIC 05-12-2008 EMENT VOL-02344-01 PP-00104)*

Ainda, há em trâmite a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5549 acerca da nova redação do artigo 13 da Lei 10.233 de 2001 a discutir a exigibilidade constitucional de licitação.

No ponto, não se desconhece que o mercado das concessões de transporte rodoviário é extremamente relevante e há de ser observada a inter-relação entre os prestadores na modelagem da licitação.

Por isso, não cabe ao Judiciário determinar previamente o *modelo* licitatório, como por exemplo, se por área ou por linha. Mas, o que não pode faltar ou, se ainda faltante, deve a Administração Pública se empenhar em regularizar, é o procedimento licitatório.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, vem decidindo de igual modo como se lê do seguinte excerto:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA. DETERMINAÇÃO DE NOVA LICITAÇÃO. 1. A licitação é imprescindível na outorga de serviço público - exploração de transporte coletivo de passageiros - formalidade imposta pelo Poder Constituinte Originário de 1988, consoante reconhecido pelo STF, no julgamento do RE n.º 264.621/CE, da relatoria do e. Ministro Joaquim Barbosa, publicado no DJ de 08.04.2005, no qual restou definido a necessidade de realização de prévia licitação para fins de prolongamento de trecho explorado por empresa de transporte interestadual, ao consagrar, que "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.". 2. O art. 175 da Lei Fundamental, na qual é utilizado o advérbio sempre, não enseja dúvidas sobre a eficácia plena, imediata e automática do preceito, que está a obrigar, tanto o legislador e o poder regulamentar, quanto a vincular o ato concreto de concessão (como o ora impugnado pela impetrante, ora Recorrente), à prévia licitação toda vez que não se trate de exploração direta do serviço pelo Poder Público". (RE 140989/RJ Relator Min. OCTAVIO GALLOTTI - Julgamento: 16/03/1993 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA DJ 27-08-1993). 3. Deveras, o Supremo Tribunal Federal reiterou a tese dantes exposta, a fim de exigir licitação na exploração de transporte coletivo de passageiros, nos seguintes



termos: "AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO CAUTELAR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DEU EFEITO SUSPENSIVO NA ORIGEM. PEDIDO DE CONTRACAUTELA PARA QUE SE PERMITA A OPERAÇÃO DE PROLONGAMENTO DE LINHA DE TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Decisão agravada que negou seguimento à ação cautelar, ao entendimento de que o Tribunal de origem não usurpou a competência do Supremo Tribunal Federal, ante as Súmulas 634 e 635. De toda forma, ainda que se considere inaugurada a jurisdição cautelar desta egrégia Corte, a decisão recorrida extraordinariamente está em sintonia com a jurisprudência da Casa, no sentido de que a exploração de transporte coletivo de passageiros há de ser precedida de processo licitatório. Precedentes: Recursos Extraordinários nºs 140.989, 214.383, 264.621 e 412.978. Agravo regimental a que se nega provimento."(AC -AgR 1066 / RJ – Relator Ministro Carlos Britto - Julgamento 15/05/2007 - DJ 28-09-2007) 4. Os princípios constitucionais relativos à administração pública exigem que a concessão de serviços seja precedida de licitação pública. 5. Outrossim, o entendimento supracitado, de que a implantação de nova linha de transporte, bem como qualquer alteração referente à linha ou à prestação do serviço por empresa de ônibus deverá sempre ser precedida de licitação é tese firmada pelo E. STJ (RESP n.º 617.147/PR, deste relator, DJ de 25.04.2005; REsp 529102/PR deste Relator DJ 10.04.2006; REsp 703399/PA DJ 13.11.2006; REsp 762093/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 18/06/2008). 6. O Ministro relator assentou com precisão que a decisão concessiva da tutela limitou-se a garantir que o departamento de transporte rodoviário se abstinhasse de delegar linhas sem prévia licitação, suspendeu os efeitos de cláusula d contrato de adesão celebrado entre o Detro e as empresas de ônibus; determinou fosse iniciados o procedimento licitatório para escolha de novos delegatários em cento e oitenta dias, bem assim fosse apresentada a classificação final das propostas no prazo de trinta dias após concluída a licitação. 7. A hipótese retrata tutela antecipada em favor da administração pública e da moralidade de suas atividades concedidas; sendo certo que a análise da concessão com outras centenas de ações esbarra na Súmula 07/STJ. 8. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que "a superveniência da sentença de procedência do pedido não prejudica o recurso interposto contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela" (ERESP. 765105/TO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, DJ. 25.08.2010). 9. Recurso Especial parcialmente conhecidos, e nessa parte, desprovido, nos termos do voto do i. relator. (REsp 964.946/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 06/03/2012)

E, recentemente, conforme entendeu o órgão especial do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

0000481-74.2012.4.02.5003 (TRF2 2012.50.03.000481-9)



*Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MPF. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL. INTERESSE RECURSAL. UNIÃO. TEORIA DA ASSERÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. PEDIDO. REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO. LEI Nº 12.996/2014. SUPERVENIÊNCIA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. INTERESSE DE AGIR. PERMANÊNCIA. ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO. POSSÍVEL OFENSA. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUSPENSÃO DO JULGAMENTO. 1. A sentença extinguiu, sem resolução de mérito, por falta de interesse superveniente, art. 267, VI, do CPC/1973, ação civil pública na qual o MPF pede a condenação da União e da ANTT a licitar a operação das 20 linhas de transporte interestadual de passageiros exploradas pela Viação Águia Branca S.A, com decretação da nulidade dos contratos por .esta celebrados sem licitação desde a década de 1990. 2. Sujeita a remessa necessária, por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/1965, a sentença também foi impugnada por apelo do MPF, que deve ser conhecido. Embora tenha opinado, em fevereiro de 2015, pela carência da ação, por outro de seus membros, o princípio da independência funcional, consagrado no art. 127, § 1º, da Constituição, autoriza os membros do Ministério Público, ao se substituírem no processo, a apresentarem manifestações desvinculadas de seus antecessores. Precedente do STJ. 3. Pela teoria da asserção, verificam-se as condições da ação, inclusive a legitimidade, considerando-se os fatos, fundamentos e pedidos formulados pelo autor. O MPF quer obrigar a União a analisar e aprovar os planos de outorgas a serem propostos pela ANTT para regularizar as permissões de linhas interestaduais de transporte de passageiros, atribuição conferida pelo art. 24, III, da Lei nº 10.233/2001 a ela, União, parte passiva legítima. 4. O MPF pede a condenação da ANTT e da União a cumprir a obrigação de realizar e aprovar, em 120 (cento e vinte) dias, estudos de mercado necessários a apurar a possibilidade de exploração, por mais de uma empresa, de 20 itinerários e, após, em mais 120 dias, promover licitação para regularizar a outorga da prestação do serviço, com a admissão de tantos novos concessionários quantos admitirem aquelas linhas, atualmente operadas pela Viação Águia Branca S.A., em caráter precário. 5. Os réus-apelados, à sua vez, defendem a tese acolhida pela sentença, perda superveniente do interesse de agir do Parquet, argumentando que, com a vigência da Lei nº 12.996/2014, que alterou algumas normas da Lei nº 10.233/2001, instituiu-se a autorização como regime de outorga da prestação dos "serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura", o que afasta a necessidade de prévia licitação. 6. **Estando o pedido fundado diretamente no art. 175 da Constituição, que exige a licitação na delegação da exploração dos serviços públicos, a superveniência de lei afastando tal necessidade, ao instituir a autorização como regime para o transporte rodoviário interestadual de passageiros, não esvazia o objeto da demanda; antes atrai o incidente de arguição de inconstitucionalidade, art. 948 do CPC/2015.** 7. O art. 49 da Lei 10.233/2001 institui a autorização como modalidade de ato público unilateral para*



serviços com caráter especial ou de emergência, que diferem da prestação regular do transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros. A interpretação sistemática da Lei nº 10.233/2001, à luz da Constituição, arts. 21, XII, "e", e 175, caput, convence de que, no transporte coletivo de passageiros, a regra geral é a concessão ou permissão, com licitação, servindo a autorização apenas para viagens ocasionais ou emergenciais. 8. O STF não tergiversa quanto à impossibilidade da prestação de serviços de transporte interestadual de passageiros a título precário, sem prévio procedimento licitatório (STA 73 AgR / SP, STF, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 17/3/2008). 9. A autorização, "ato unilateral, discricionário e precário pelo qual o poder público delega a execução de um serviço público de sua titularidade, para que o particular o execute em seu próprio benefício", "não depende de licitação, porque, sendo o serviço prestado no interesse exclusivo ou predominante do beneficiário, não há viabilidade de competição" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 21 ed., 2008). 10. O serviço de transporte rodoviário não pode ser prestado em benefício do delegatário, e sequer é verossímil a inviabilidade de competição entre empresas de transporte rodoviário para interligar cidades dos Estados do Espírito Santo, Bahia, Minas e Rio de Janeiro. 11. Parece casuística e em choque com o art. 175, caput, da Constituição (princípio da licitação) a regra do inciso V, "e", do art. 13 da Lei nº 10.233/2001, incluída pelo art. 3º da Lei nº 12.996/2014 - que afasta a licitação ao estabelecer a autorização como forma de delegação da exploração de parte do serviço público de transporte rodoviário interestadual de passageiros - o que recomenda o julgamento da sua possível inconstitucionalidade, pelo Órgão Especial deste Tribunal, na forma do art. 97 da CRFB/88 e arts. 948 e 949, II, do CPC/2015. 12. Arguição de inconstitucionalidade suscitada. Suspenso o julgamento das apelações e da remessa necessária.

Classe: Arguição de Inconstitucionalidade - Incidentes - Outros Procedimentos - Processo Cível e do Trabalho

Órgão julgador: ÓRGÃO ESPECIAL

Data de decisão 28/11/2016

Data de disponibilização 01/12/2016

Relator NIZETE LOBATO CARMO

Em conclusão sobre a arguição de inconstitucionalidade, decidiu o Órgão Especial acerca do tema:

0000481-74.2012.4.02.5003 (TRF2 2012.50.03.000481-9) Ementa: Nº CNJ : 0000481-74.2012.4.02.5003 (2012.50.03.000481-9) RELATOR : Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAUJO FILHO APELANTE : MINISTERIO PUBLICO FEDERAL E OUTRO PROCURADOR : Procurador Regional da República APELADO : UNIAO FEDERAL E OUTROS



PROCURADOR : ADVOGADO DA UNIÃO E OUTROS ORIGEM : 5ª Vara Federal Cível (0 0 0 0 4 8 1 7 4 2 0 1 2 4 0 2 5 0 0 3) E M E N T A A R G U I Ç Ã O D E INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 13, V, ALÍNEA E, DA LEI Nº 10.233/2001. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO REGULAR DE TRANSPORTE COLETIVO RODOVIÁRIO INTERESTADUAL E INTERNACIONAL. LICITAÇÃO. AUTORIZAÇÃO.

1. Considerando os termos do art. 21, XII, da CF, que se refere à "autorização", bem como que a própria Constituição, em relação a serviços de elevado grau de essencialidade, admite a prestação sob o regime privado coexistente com a prestação pelo Estado, possível o desenvolvimento das atividades elencadas no referido inciso por meio da atuação empresarial privada.

2. A Constituição, no entanto, é expressa ao consignar que a prestação dos serviços elencados no inciso XII do art. 21 será feita pela União, diretamente ou mediante concessão, permissão e autorização, pelo que o legislador infraconstitucional não pode desconsiderar as três referências, estabelecendo que as atividades ali elencadas passem a ser exploradas sob regime exclusivamente privado, mediante autorização, com inteira supressão do regime de direito público da concessão e da permissão.

3. O art. 13, V, e, da Lei nº 10.233/2001, com redação dada pela Lei nº 12.996/2014, prevendo a delegação da prestação de serviço regular de transporte coletivo rodoviário interestadual e internacional desvinculado da exploração de infraestrutura tão somente por meio de autorização, não precedida de licitação e sob regime de livre competição, acaba por tornar letra morta a disposição do art. 21, XII, e, da CF, pois submete tal atividade exclusivamente ao regime privado.

4. Arguição de inconstitucionalidade acolhida, para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 13, V, e, da Lei nº 10.233/2001, com redação dada pela Lei nº 12.996/2014.

Classe: Arguição de Inconstitucionalidade - Incidentes - Outros Procedimentos - Processo Cível e do Trabalho Órgão julgador: ÓRGÃO ESPECIAL

Data de decisão 04/10/2017

Data de disponibilização 10/10/2017

Relator LUIZ PAULO DA SILVA ARAUJO FILHO

Com base em tais considerações, é necessário reconhecer a inconstitucionalidade da nova redação do inciso V do artigo 13 da Lei 10.233 de 2001 dada pela Lei 12.996 de 2014.

Nota-se inexistir interferência indevida no Poder Legislativo, tampouco violação ao princípio da separação dos poderes. Com efeito, o que o Judiciário efetivamente opera aqui é o cumprimento da Constituição de maneira a corrigir o desvio de atuação do órgão legislativo.

A legitimidade da atuação exsurge de próprio mandamento constitucional, sobretudo



na inafastabilidade, com a correta aplicação da Lei Maior.

Assim, em conformidade com o art. 13, IV, da Lei 10.233/2001 e com o art. 6º, I, alínea *a*, do Decreto 2.521/98, a modalidade de delegação do serviço público de transporte interestadual de passageiros é a permissão de serviço público.

A obrigatoriedade da licitação decorre do art. 37, XXI, e 175, *caput*, ambos da CRFB; do art. 40, parágrafo único, da Lei 8.987/95; e, mais especificamente, do próprio Decreto 2.521/98, em seu art. 3º, XVIII.

Deixe-se claro que a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o constituinte conferiu à União a competência para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, o serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (CF, art. 21, XII, alínea *e*), incumbindo "ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos" (art. 175, *caput*).

A regulamentação do art. 175 da Constituição Federal de 1988, feita pela Lei 8.987/95, provocou a revisão do Decreto nº 952/1993, que dispunha sobre a outorga de permissão e autorização para a exploração de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.

Tal revisão deu origem ao Decreto nº 2.521, de 20/03/1998, atualmente em vigor, que revogou expressamente o Decreto nº 952/93, extinguindo a possibilidade de prorrogação contratual prevista anteriormente, além de determinar a manutenção das permissões e autorizações decorrentes de disposições legais e regulamentares anteriores, sem caráter de exclusividade, pelo prazo improrrogável de quinze anos contado da data de publicação do Decreto nº 952/1993, ou seja, até o dia 8 de outubro de 2008.

O Decreto nº 2.521/98 não padece de ilegalidade, tendo em vista que a Administração Pública não exorbitou do seu poder regulamentar ao estabelecer um prazo (de 07 de outubro de 1993 a 8 de outubro de 2008) para adequação dos contratos às regras da Constituição Federal. Com efeito, ao Executivo é lícito editar Decreto para determinar, de forma geral e abstrata, que todos os atos de permissão de transporte interestadual são improrrogáveis a partir de então, mesmo os firmados anteriormente, de forma a adequar as situações às novas regras impostas por lei e pela Constituição.

O artigo 42 da Lei nº 8.987/95, ao permitir a continuidade das permissões concedidas anteriormente à Lei, determina a observância do art. 43 do mesmo Diploma, que dispõe: "Ficam extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988."



Ainda que a nulidade dos art. 98 e 99 do Decreto nº 2.521/98 fosse decretada e a regra constitucional de licitação prévia pudesse ser afastada, a possibilidade de prorrogação prevista no Decreto nº 952/1993 é mera expectativa de direito, dependendo do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública para sua efetivação.

Devido ao caráter precário da relação entre particular e Administração, consubstanciada por um instrumento de permissão, não poderia a apelante alegar direito adquirido à prorrogação do prazo de vigência dos ajustes e à formalização de novos contratos. Além disso, o transporte rodoviário interestadual de passageiros é serviço cuja competência cabe exclusivamente à União (art. 21, XII, "e", CF). O Poder Judiciário não pode pretender suprir a omissão do Poder Executivo, com o objetivo de autorizar o funcionamento de serviços de transporte de passageiros, sob pena de desorganizar o modelo político da divisão de tarefas pelos Poderes, seja para a exploração do serviço por empresa ainda não legitimada pela respectiva agência reguladora seja para a prorrogação das concessões/permissões já concedidas pelo Poder Público competente

Vale ressaltar que a licitação é imprescindível na outorga de serviço público, ainda que para fins de prolongamento de trecho explorado por empresa de transporte interestadual.

Demais disso, o entendimento de que a implantação de nova linha de transporte, bem como qualquer alteração referente à linha ou à prestação do serviço por empresa de ônibus deverá sempre ser precedida de licitação é tese firmada também pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos precedentes: *REsp 703399/PA DJ 13.11.2006; REsp 762093/RJ, Rel . Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 18/06/2008; REsp 964.946/RJ, Rel . Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 06/03/2012.*

Portanto, na hipótese presente, mostra-se fundamental a realização do procedimento licitatório da linha São Paulo (SP) – Rio de Janeiro (RJ), v. Duque de Caxias, prefixo 08-0005-02 para o atendimento do melhor interesse público.

O prazo de 15 anos previsto no art. 99, §1º, do Decreto 2.591/98 tinha, exatamente, a função de preencher a discricionariedade do art. 42, §2º, da Lei 8.987/95.

“Art . 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art . 43 desta Lei .

§ 2º As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que



não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses.

Neste ponto, a Lei prevê um prazo mínimo (24 meses) para a “realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações”, mas não estabelece um prazo máximo, ficando a critério da discricionariedade da Administração Pública estabelecer tal prazo.

No entanto, esta discricionariedade não pode ser absoluta. O prazo para a realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações não pode ser tão alargado a ponto de violar a razoabilidade e, indiretamente, a regra constitucional da obrigatoriedade da licitação.

Não se deixa de reconhecer que, tendo em vista a essencialidade da prestação do serviço público, de fato, o procedimento administrativo de licitação não pode ser feito às pressas ou sem a devida realização de levantamentos e avaliações necessários à sua correta realização, sob pena de causar aos usuários do serviço prejuízos irreparáveis em decorrência da realização de uma licitação falha.

Sucede que a Administração pública tinha perfeitas condições de realizar um procedimento administrativo correto, tendo em conta que o Decreto 2.591/98 concedeu o prazo de 15 anos para que fossem feitos todos os levantamentos e avaliações. Não obstante, constatando-se os sucessivos adiamentos, percebe-se que houve flagrante relapso por parte da Administração Pública, que deixou de realizar, efetivamente, a escolha da melhor proposta, através de um procedimento transparente e idôneo.

Registre-se que o término do contrato deveria ocorrer em outubro de 2008, oportunidade na qual já deveria haver um sucessor na prestação do serviço público.

No caso, sequer se mostra necessário discutir a razoabilidade do prazo de 15 anos estabelecido no Decreto 2.591/98. Tal prazo já foi ultrapassado e nenhuma licitação foi concluída. Longos anos se passaram e a Administração Pública ainda afirma que deve haver um “prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações”. Alegação desarrazoada.

Ademais, parece casuística e em choque com o art. 175, caput, da Constituição (princípio da licitação) a regra do inciso V, “e”, do art. 13 da Lei nº 10.233/2001, incluída pelo art. 3º da Lei nº 12.996/2014 - que afasta a licitação ao estabelecer a autorização como forma de delegação da exploração de parte do serviço público de transporte rodoviário interestadual de passageiros.

O art. 175 da Lei Fundamental, na qual é utilizado o advérbio sempre, não enseja dúvidas sobre a eficácia plena, imediata e automática do preceito, que está a obrigar, tanto o legislador e o poder regulamentar, quanto a vincular o ato concreto de concessão (como o ora



impugnado pela impetrante, ora Recorrente), à prévia licitação toda vez que não se trate de exploração direta do serviço pelo Poder Público". (RE 140989/RJ Relator Min. OCTAVIO GALLOTTI - Julgamento: 16/03/1993 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA DJ 27-08-1993).

Dessarte, não se mostra outra solução para o caso concreto, a não ser a procedência dos pedidos feitos pelo Ministério Público Federal na presente ação civil pública. Deve-se, assim, declarar a nulidade da avença que está produzindo efeitos entre as partes ANTT/União Federal e a empresa AUTOAVIAÇÃO 1001 LTDA, bem como haver a condenação das primeiras em realizar o devido procedimento licitatório. Correta a sentença do juízo a quo, a qual não merece reparos.

A licitação deve realizar-se no prazo máximo de 9 (nove) meses, sendo certo que aí está compreendido todo o procedimento licitatório, abarcando não só o seu início como também o prazo para a conclusão. Destaque-se que tal prazo é razoável, tendo em vista que faculta à Administração Pública a possibilidade de realizar a licitação conforme o seu juízo de conveniência e oportunidade para melhor atender ao interesse público.

Outrossim, não há que se tenha a produção instantânea dos efeitos da declaração da nulidade do ato de permissão, com o afastamento imediato do particular da prestação do serviço público. Isso porque não se pode olvidar o interesse público da continuidade da prestação do serviço público. A interrupção da prestação do serviço público, ainda que momentânea, pode gerar transtornos enormes para a população

Mantenho integralmente a sentença do juízo a quo.

Isto posto, nego provimento às apelações e à remessa necessária.

É como voto.

MARCELO GUERREIRO
Juiz Federal Convocado