CONCESSÇÃO DE OBRA PÚBLICA — CONCORRÊNCIA PÚBLICA

— Sendo exigida a concorrência pública para a concessão de obra pública, à falta deste requisito é nulo o ato administrativo que a concedeu.

— Interpretação do art. 32 da Lei n.º 3.751, de 1960.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Distrito Federal *versus* Empresa Nacional de Construções e Melhoramentos Ltda. Recurso extraordinário n.º 70.571 — Relator: Sr. Ministro BILAC PINTO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília, 15 de março de 1971. *Adalício Nogueira*, Presidente. *Bilac Pinto*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Bilac Pinto — Adoto, como relatório, o despacho do ilustre Desembargador Raimundo Ferreira de Macedo, Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que indeferiu o recurso extraordinário da Autora e admitiu o da Ré.

"Empresa Nacional de Construções e Melhoramentos Ltda. obteve da Prefeitura do Distrito Federal autorização para construir em terreno a esta pertencente, na cidade satélite de Taguatinga, uma estação rodoviária, a ser explorada pela Construtora, que cederia parte dela para alguns serviços públicos.

Posteriormente, quando a Construtora iniciara os preparativos da constru-

ção, foi o ato desfeito, para que se procedesse a concorrência pública.

Veio, então, a Construtora com ação cominatória contra a Prefeitura, alegando a nulidade do ato que impediu se prosseguisse no empreendimento, pedindo a declaração de nulidade argüida e, conseqüentemente, a restauração do seu direito de realizar a obra, sob a pena compensatória de vinte milhões de cruzeiros antigos (Cr$ 20.000.000,00), acrescida de 5% ao mês até "seu integral pagamento" (fls. 34).

A ação foi julgada procedente, em parte. Entendeu o Juiz que, não havendo concorrência pública nem contrato que impusesse à Administração a cominação de autorizar o início da obra, devia a autora ser apenas indenizada das despesas que fizera com os preparatórios para o início da construção, e condenou a ré a indenizar aquelas despesas, como se liquidasse em execução.

Essa decisão foi mantida em segunda instância.

E contra o acórdão que a manteve recorrem extraordinariamente autora e ré, ambas com fundamento no artigo 114, III, letras *a* e *d*, da Constituição de 1967.

A autora alega que a decisão recorrida contrariou o art. 150, § 3.º, da mesma Constituição e divergiu da jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal, ao negar eficácia ao ato administrativo não contrário à lei e de que resultara direito subjetivo da recorrente.

A ré fundamenta seu recurso na alegação de que o aresto recorrido negou vigência ao art. 4.º do Código de Processo Civil e ao art. 32 da Lei n.º 3.751, de 1960, e divergiu da jurisprudência uniforme do egrégio Supremo Tribunal Federal, consubstanciada na *Súmula* n.º 346.

A ementa do acórdão recorrido é a seguinte:

"O ato administrativo, depois de legitimamente concluído, não pode ser desfeito por iniciativa da autoridade que o praticou. Se o fizer, responde a Fazenda Pública pelas perdas e danos que produzir".

O enunciado da decisão recorrida encerra o princípio estatuído no artigo 150, § 3.º, da Constituição de 1967, dado pela 1.ª recorrente como infringido por aquele julgado.

Vê-se, daí, que o recurso não medra pelo permissivo da letra *a*.

Por outro lado, a tese do acórdão da Segunda Turma deste Tribunal harmoniza-se com a dos acórdãos apontados como divergentes, pois todas consideram irrevogável o ato legitimamente concluído de que resultou direito subjetivo.

Por assim julgar foi que o acórdão recorrido mandou indenizar a recorrente. Esta, porém, se insurge contra a resolução da obrigação de fazer em perdas e danos; na transformação de um pedido cominatório em petitório. Quer a prestação em espécie e não o seu equivalente em pecúnia.

Mas não apontou, onde, assim decidindo, tenha a Segunda Turma contrariado a lei ou a jurisprudência.

Por isso, o seu recurso não tem guarida.

A 2.ª recorrente diz que o acórdão julgou *extra petita*, ao dar à autora uma indenização que ela não pediu.

O acórdão deu à autora o equivalente ao pedido. Não violou o art. 4.º do Código de Processo Civil.

Se podia fazê-lo em ação cominatória, é matéria que não foi prequestionada no processo.

Só por essa argüição não caberia o recurso sob o fundamento da letra *a*. Todavia, aponta também a recorrente como não observado o art. 32 da Lei n.º 3.751, de 1960, que exige a licitação para os contratos de serviços e obras da Prefeitura.

É matéria cujo reexame se comporta no recurso extraordinário.

O exame se dará com o do segundo fundamento do recurso — o de que o acórdão diverge da *Súmula* n.º 346.

Não cabe decidir se foi negada vigência ao citado art. 32, quando a sua matéria é pressuposto da aplicacia ou não de ato nulo a que a lei não atribui qualquer efeito.

A sentença, confirmada pelo acórdão recorrido, declarou que não procedia a cominatória porque não houvera licitação. Isto parecia uma premissa de declaração de nulidade do ato objeto da demanda. Contudo, foi decidido mandar indenizar a autora, o que valeu como efeito do ato desfeito pela Administração.

Assim:

Nego seguimento ao recurso da autora e admito o da ré"" (fls. 165-7).

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 178-9, opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Bilac Pinto (Relator) — Conheço do recurso do Distrito Federal pelas letras *a* e *d* do art. 119, inciso III, da Constituição.

Para o exame do mérito, na espécie, deveremos preliminarmente definir a natureza do negócio administrativo sôbre o qual versou a demanda.

A autora pretendia construir, em terreno da Prefeitura do Distrito Federal, na cidade satélite de Taguatinga, uma estação rodoviária, correndo as despesas de construção por sua própria conta.

Para viabilizar essa forma de cooperação entre o Município e o particular, o direito administrativo criou o instituto da concessão de obra pública. Tal concessão é o contrato mediante o qual o particular, indivíduo ou empresa, se compromete a construir e a explorar uma obra pública sem reclamar o pagamento do seu preço.

É, com efeito, o modo de remuneração que distingue um contrato de construção de obra pública de um contrato de concessão de obra pública. Neste último, a remuneração do concessionário consiste no direito de explorar a obra, em seu proveito, durante certo prazo, para cuja fixação o poder concedente tem em vista o tempo necessário a que o particular se remunere e tenha amortizado o capital que empregou, pelos benefícios decorrentes da exploração. Ao termo de tal prazo a obra pública reverte ao poder concedente, sem que isso dê lugar a qualquer indenização.

A exploração da obra pública consiste normalmente em fazer funcionar, graças à obra, um serviço público, mediante a retribuição paga por seus usuários. O concessionário, entretanto, não pode fixar arbitrariamente a retribuição que reclamará daqueles. Para proteger os usuários, a autoridade pública se incumbe de fixar a tarifa dos diferentes serviços.

Tratando-se de estação rodoviária, deverá ainda o poder público baixar normas complementares obrigando as empresas de transporte coletivo a adotá-la como ponto inicial e terminal de suas linhas. Em síntese, verifica-se que a estação rodoviária é um serviço público sujeito a complexa regulamentação, que deve figurar necessariamente no ato da concessão. Essa a ampla operação que, na espécie, autora e réu pretenderam realizar.

No curso dos entendimentos foram as autoridades administrativas alertadas para um obstáculo legal às negociações iniciadas: o art. 32 da Lei n.º 3.751, de 13/4/60, exigia concorrência pública ou administrativa, na forma determinada pela lei, para a consecução da pretendida concessão de obra pública.

Ficou, desse modo, prejudicado o propósito da autora, qual seja o de re-

ceber a concessão sem essas formalidades.

Tanto a sentença de primeira instância como a decisão recorrida negaram vigência à norma moralizadora do art. 32 da Lei n.º 3.751/60, deixando de reconhecer sua incidência sôbre a espécie.

A decisão recorrida, por outro lado, entra em ostensivo conflito com a *Súmula* n.º 346, ao conceituar como ato administrativo legitimamente concluído o despacho irrelevante e inepto do Engenheiro-Chefe da Seção Técnica, que figura à fl. 18 do processo administrativo anexo, e cujo conteúdo, ao qual se reporta expressamente a sentença de primeira instância, é o seguinte:

"*Autorização.*

A firma Empresa Nacional de Construções e Melhoramentos está autorizada, a título precário, a iniciar a construção da Estação Rodoviária conforme projeto apresentado no processo n.º 687/61 e despacho do Sr. Subprefeito no mesmo processo.

(*a*) *ilegível.*

Eng. Chefe da Seção Técnica. Em 20/9/61".

Em matéria de concessão de obra pública, que deve obedecer a complexo processo de elaboração contratual, no qual devem necessariamente figurar todas aquelas condições que apontamos ao conceituar sua natureza jurídica, o despacho em que a sentença para dá-lo como ato jurídico perfeie a decisão recorrida se arrimaram, to, é uma escandalosa aberração jurídica, que não tem valia nem eficácia.

Ademais, foi ele proferido por autoridade incompetente para deliberar sobre concessão de obra pública, matéria que era de alçada do Prefeito do Distrito Federal.

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso e condeno a recorrida ao pagamento de honorários à razão de dez por cento (10%) do valor da causa.

VISTA

O Sr. Ministro Thompson Flores — Senhor Presidente, peço vista dos autos.

EXTRATO DA DATA

RE 70.571 — DF — Rel., Ministro Bilac Pinto. Recte., Distrito Federal (Adv., Valtênio Mendes Cardoso). Recda. Empresa Nacional de Construções e Melhoramentos Limitada (Adv., Luiz Carlos Bettiol).

Decisão: Adiado o julgamento por haver pedido vista o Ministro Thompson Flores, depois do voto do Relator (Ministro Bilac Pinto) que conhecia do recurso e lhe dava provimento. Falou, pelo Ministério Público, o Dr. Oscar Corrêa Pina, Procurador-Geral da República, substituto, para retificar o parecer e opinar, assim, pelo conhecimento e provimento do recurso, interposto pelo Governo do Distrito Federal.

Presidência do Sr. Ministro Adalício Nogueira. Presentes à sessão os Srs. Ministros Eloy da Rocha, Thompson Flores e Bilac Pinto. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Adaucto Cardoso. Procurador-Geral da República, substituto, Dr. Oscar Corrêa Pina.

VOTO

O Sr. Ministro Thompson Flores — Em sessão de 11 do corrente, foi a espécie assim relatada (*leu*).

2. Houve por bem o eminente Relatro conhecer do recurso, dando-lhe provimento.

Fê-lo pelas razões que passo a ler (*leu*).

3. Tendo pedido vista dos autos, devolvo-os, dado que, pelo seu estudo, dissipei a dúvida que me havia assaltado, então.

II. Como o eminente Relator, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar improcedente a ação,

sujeitando a autora ao pagamento de honorários, os quais fixo em vinte por cento sobre o valor do pedido, acréscimo que introduzo ao voto do eminente Relator.

1. Justifico o conhecimento do recurso pelo dissídio, adotando a própria fundamentação do despacho presidencial, o qual encontrou distonia com a *Súmula* n.º 346, nos termos em que resultou posta a questão, seja pela sentença, seja pelo decisório impugnado.

2. E merece provido o excepcional.

Com efeito.

A espécie é de *concessão de obra pública*, com os característicos doutrinários consignados no voto que foi lido.

Para sua validade, indispensável se tornaria a concorrência pública, nos têrmos da Lei n.º 3.751, de 1960, art. 32, vigente ao tempo.

Omitido que foi esse requisito legal, o ato é nulo, não produzindo qualquer efeito, tal como sucede aos atos jurídicos em geral, nos termos do art. 145, III, do Código Civil, aplicável ao Direito Administrativo, como se tem decidido.

3. Reconhecendo a nulidade do ato, como reconheceram as instâncias ordinárias, e acentuou o despacho aludido, dissentiram da *Súmula* n.º 346, e, mais precisamente, da de n.º 473, 1.ª parte, as quais, aplicadas, levam não só ao conhecimento do excepcional e ao seu provimento como aos efeitos já mencionados.

4. Em conclusão acompanhando o voto do eminente Relator, acrescento a condenação, em honorários, da recorrida.

É o meu voto.

EXTRATO DA DATA

RE 70.571 — DF — Rel., Ministro Bilac Pinto. Recte., Distrito Federal (Adv., Valtênio Mendes Cardoso). Recda., Empresa Nacional de Construções e Melhoramentos Limitada (Adv., Luiz Carlos Bettiol).

Decisão: Conhecido e provido nos termos do voto do Relator. Unânime.

Presidência do Sr. Ministro Adalício Nogueira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Eloy da Rocha, Thompson Flores e Bilac Pinto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Adaucto Cardoso. Procurador-Geral da República, substituto, Dr. Oscar Corrêa Pina.