Transporte coletivo de passageiros. Exploração de linha intermunicipal. Superposição de linhas. Processo de concorrência ou suplementação de serviços.

A ordem legal assegura ao concessionário o direito de prévia audiência quando for do interesse público o estabelecimento de novos serviços que interfiram, no todo ou em parte, com o que lhe foi concedido. Ademais, não pode o Estado conceder aqueles serviços sem prévia licitação pública. Precedentes.

Recurso ordinário conhecido e provido.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso em Mandado de Segurança nº 2.424
Recorrente: Viação Paraíso Ltda.
Recorrido: Estado do Tocantins.
Relator: Sr. Ministro PÁDUA RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Segunda Turma do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Impedido o Sr. Ministro José de Jesus.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

Brasília, 11 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: — Viação Paraíso Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do Secretário de Viação e Obras Públicas — SEVOP, do Esta-

do do Tocantins, que autorizou, a título precário e pelo prazo de um ano, a Rubens Gonçalves Aguiar (Viação Lontra), litisconsorte, a operar a linha ARAGUAÍNA/PALMAS (Processo SEVOP nº 22/89) e PORTO LEMES/PALMAS (Processo SEVOP nº 82/89), transformando, sem nenhuma previsão legal ou regulamentar, em concessões, as referidas autorizações através de contratos celebrados em 04.03.90, ao findar o Governo anterior. Aduziu, em resumo, que é concessionária de linhas situadas no novo Estado e que o ato impugnado, cuja nulidade pretende, implica superposição de intinerários, causando-lhe prejuízos.

O Egrégio Tribunal *a quo* denegou a ordem em acórdão assim ementado (fls. 163):

"MANDADO DE SEGURANÇA — TRANSPORTE COLETIVO INTERURBANO — CONCESSÃO — EXCLUSIVIDADE — INOCORRÊNCIA.

As expressões "transportadoras", no plural e "compartilhar" contidas no § 3º do art. 6º do Regulamento do Decreto 408/90, demonstram inexistência de direito a exploração, com, exclusividade, de linha de transporte coletivo interurbano, por qualquer empresa em nosso Estado. Ordem denegada."

Daí o presente recurso ordinário, em que a impetrante, em suma, ratifica os argumentos já expendidos, terminando por requerer a anulação dos Contratos de Concessão celebrados com a empresa litisconsorte, assegurando-lhe a exploração de suas linhas concedidas anteriormente.

Contra-razões (fls. 181-187), o recurso, cujo processamento foi negado, subiu a esta Corte em razão do provimento do agravo de instrumento em apenso (fls. 198). Oficiando nos autos a douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer do Dr. Sylvio Fiorencio, opinou pela concessão da Segurança.

É o relatório.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. EXPLORAÇÃO DE LINHA INTERMUNICIPAL. SUPERPOSIÇÃO DE LINHAS. PROCESSO DE CONCORRÊNCIA OU SUPLEMENTAÇÃO DE SERVIÇOS.

I — A ordem legal assegura ao concessionário o direito de prévia audiência quando for do interesse público o estabelecimento de novos serviços que interfiram, no todo ou em parte, com o que lhe foi concedido. Ademais, não pode o Estado conceder aqueles serviços sem prévia licitação pública. Precedentes.

II — Recurso ordinário conhecido e provido.

VOTO

O Senhor Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): — O Ministério Público Federal, oficiando nos autos, assim se pronunciou sobre a controvérsia (fls. 208-211):

"4. Não há dúvida quanto aos fatos arrolados: após a concessão do serviço à Recorrente, o Estado de Tocantins, visando atender a interesse público de transporte de passageiros outorgou novas linhas em maior extensão que atingem, no início e no fim, o trecho concedido à Recorrente, tudo decorrente de processo em inocorrente a licitação pública, e em que, particularmente não foi ouvida.

5. Os serviços públicos visam a consecução de pretensões da coletividade. Não a satisfação de interesses pecuniários dos indivíduos ou de concessionárias. Como tal, é lícito à Administração ampliá-los ou restringi-los. Ato, nimiamente, discricionário cabe a Administração estabelecer soberanamente seus limites.

6. Em tal sentido pode, e mesmo deve onde se fizer presente interesse dos usuários, em prol da livre concorrência — outorgar novas linhas, evitando, assim o predomínio ou o abuso do poder econômico, de resto, vedado pela Constituição.

7. Assim, no caso, em princípio, era direito da Administração conceder, como fez, trecho maior à Recorrida mesmo atingido o início e o fim da área outorgada à Recorrente.

8. Em tal sentido disse o juízo de admissibilidade:

"... os tempos mudaram e o Estado moderno dever pensar e agir de forma mais arejada, dinâmica, e voltada exclusiamente para o interesse coletivo.

Insistir na prática egoística em atribuir o

monopólio do bem público a uns poucos em detrimento do grupo social maior é regressão que a Lei Maior, no seu artigo 173, § 4º, veio coibir e, como tal, reprimir sistematicamente o abuso do poder econômico.

Afinal, a livre iniciativa é uma conquista que deve ser preservada."

9. Em que pese a esta verdade não menos o é que no Estado de Direito isto há de ser feito na forma da lei. Há de se cumprir o ritual nela previsto: o processo legal devido. E este assenta em dois princípios básicos: um de hierarquia constitucional, dirigido a todos, a coletividade, o de ser indispensável a prévia licitação pública para a outorga de serviços públicos, cabendo a qualquer um impugná-la quando da sua inobservância.

É o que dispões a Constituição no:

"Art. 37 .....

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

10. Outro, de ordem legal dizendo respeito a direito do próprio concessionário, ao lhe assegurar o direito de prévia audiência quando for do interesse público o estabelecimento de novos serviços que interfiram, no todo ou em parte, com o que lhe foi concedido. É o que prescreve a lei estadual no:

"Art. 6º — parágrafo 3º: constatada insuficiência quantitativa ou qualitativa no atendimento do mercado, a SEVOP notificará o responsável para, no prazo de 15 (quinze) dias, supri-la ou oferecer justificação: decorrido esse prazo sem que a insuficiência haja sido suprida e sem oferecimento de justificação ou rejeitada pela SEVOP a que houver sido apresentada, esta assinalará novo prazo de 30 (trinta) dias para o interessado suprir a insuficiência constatada, sob pena de, se tratar de insuficiência de transporte. ser elevado o número de transportadoras para compartilhar o atendimento do mercado, obedecidos os critérios de implantação de serviços, previstos neste Regulamento."

11. Ora, no caso, de um lado, tinha a Impetrante, efetivamente, o direito de ser previamente ouvida sobre se lhe interessava, ou não explorar os trechos outorgados; de outro, não podia o Estado conceder o serviço sem prévia licitação pública.

12. Caracterizando o desrespeito à norma constitucional impõe-se a nulidade do ato e da concessão.

13. Assim opino pelo provimento do recurso com a concessão da Segurança."

A transcrita fundamentação têm a ampará-la os precedentes desta Corte sobre a matéria. No voto que proferi no RMS 1.703-5-TO, aduzi:

"No mérito, a questão é análoga à que foi decidida por esta Turma no RMS nº 1.674-2-TOCANTINS, de que foi Relator o eminente Ministro Américo Luz, cujo acórdão ficou assim ementado:

"MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. EXPLORAÇÃO DE LINHA. AUTORIZAÇÃO CONCEDIDA A TÍTULO PRECÁRIO. CELEBRAÇÃO POSTERIOR DE CONTRATO DE CONCESSÃO. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO.

— Hipótese em que, taxados que foram de insuficientes os serviços prestados pela concessionária-recorrente, deveria a autoridade impetrada proceder na forma do disposto no art. 6º, parágrafo 3º do Decreto Estadual nº 408/90, ouvindo a impetrante em 15 dias, com outros 30 para corrigir a deficiência, antes de qualquer outra decisão ou medida administrativa.

— Recurso provido".

No seu douto voto, argumentou o Ministro Américo Luiz:

"Penso que, na hipótese, aí reside o *punctun saliens* da questão, não dilucidada pelo acórdão. Deveras, com propriedade, acentua o recorrente em suas razões (fls. 142/143):

"... Para que V. Exas. tenham a cabal noção do tema, é que fulcral significação, alertar que a norma básica, de regência do Transporte Coletivo Rodoviário Intermuncipal de Passa-

geiros do Estado do Tocantins, se acha condensada no seu Regulamento, aprovado pelo Decreto Estadual Nº 408/90, de 30.03.90, que, de modo bem cristalino, prevê em que hipótese, e somente nela, se dá a possibilidade de fragmentar linhas já em execução, derivadas de Contratos de Concessão.

Há um procedimento a ser obedecido, há necessidade da comprovação irrefutável de certos pressupostos, e nada disso se observou.

Para a compreensão, transcreve-se o art. 6º *caput*, e o parágrafo 3º do aludido Regulamento, *verbis*:

"Artigo 6º — Os serviços poderão atender de forma qualitativa e quantitativa a seus mercados e, para verificação desse atendimento, a SEVOP procederá controle permanente de sua qualidade e ao exame dos dados estatísticos referentes aos honorários realizados e relativos a, no mínimo 6 (seis) meses consecutivos".

Parágrafo 3º — Constatada insuficiência quantitativa ou qualitativa no atendimento ao mercado, a SEVOP notificará o responsável para, no prazo de 15 (quinze) dias, supri-la ou oferecer justificação ou rejeitada pela SEVOP a que houver sido apresentada, esta assinalará novo prazo de 30 (trinta) dias para o interessado suprir a insuficiência constatada, sob pena de, se tratar de insuficiência de transporte, ser elevado o número de transportadoras para compartilhar o atendimento do mercado, obedecidos os critérios de implantação de serviços, previstos neste Regulamento".

Fez-se *tabula rasa* da disposição, o que traz à tona flagrantemente a bipolaridade para a concessão da segurança: A ILEGALIDADE E O ABUSO DO PODER.

De uma penada, em cumprir a norma, sem sequer ouvir a Impetrante, ora Recorrente, se permitiu pela via de algumas "AUTORIZAÇÕES", que outra empresa entrasse na exploração das linhas. Em boa hora a Constituição Federal de 1988, consagrou, de vez, a noção da subordinação integral ao *due process of law* em qualquer situação conforme está no inciso LV do artigo 5º.

"Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes".

Nada disso foi observado pela autoridade coatora, nenhuma ciência foi dada à Impetrante, ora Recorrente, pelo contrário, nas informações prestadas, há todavia, uma confissão explícita em dois aspectos modais:

1º — Que a concessão da Impetrante, ora Recorrente é legal, normal e que está vigente; e

2º — Que ao Litisconsorte Necessário foi dada, *PASMEM-SE*, autorizações a título precário para atender à demanda do mercado de passageiros.

Isto tudo, em desacordo com os preceitos legais já citados."

Com percuciência, em abono da tese esposada pela recorrente, obtempera o parecer exarado pelo culto Subprocurador-Geral da República Dr. Eduardo Weaver de Vasconcellos Barros, *in verbis* (fls. 171-172):

"A digna autoridade impetrada, por sua vez, justifica seu ato a partir das deficiências, segundo ela, notórias do serviço prestado pela Impetrante.

Nesse passo, teria a Autoridde Impetrado violado, efetivamente, o direito de defesa da Impetrante, eis que, tendo seus serviços inquinados de deficientes, como justificativa da autorização da concorrência ou da suplementação dos mesmos serviços por outra empresa, teria, necessariamente, que ser ouvida, em 15 dias, com outros 30 dias para corrigir a deficiência, antes de qualquer outra decisão ou medida administrativa.

Isto porque parece lesivo aos superiores interesses da segurança e transparência dos negócios públicos que a Autoridade possa a seu exclusivo critério autoriza terceiros a explorar serviço concedido em concorrência ruinosa com o atual concessionário sem se estabelecer, ainda que no plano administrativo, contraditório esclarecedor da questão, uma vez que não parece configurado um ato discricionário da administração.

Formado esse contraditório, e ou a vantagem paa o público da concorrência, não tem o concessionário, tão-só em razão de seu título, direito de impedir a extensão da concessão a terceiros.

Consigne-se que a concorrência não é por si só, tampouco, garantia de qualidade do serviço público concedido, até porque, em muitas situações, a garantia do bom serviço tem, como ponto de partida, a exclusividade na concessão, e, como estabilizador, a fiscalização permanente por parte do poder concedente.

O que se estabelece hoje como garantia fundamental é o direito (o dever) ao contraditório, derrubando o poder arbitrário e os privilégios irrazoáveis do sistema anterior.

Lesado, tanto o direito contratual, quanto a norma constitucional, que assegura o direito de ampla defesa, seja nos processos judiciais, seja nos processos administrativos, conforme garante o inciso LV do notável artigo 5º da Constituição Federal, de 1988, não vejo como negar a ordem que assegure o direito de contraditório com a Impetrante antes da outorga à terceiros da exploração de serviços concorrentes, sem embargo do reconhecimento da coexistência, paralela, dos direitos do concessionário de demonstrar a inviabilidade econômica da concorrência e do Estado de estabelecer a exploração concorrente de serviços públicos".

Do exposto, dou provimento ao recurso para que se proceda, anuladas as autorizações concedidas à litisconsorte, a processo de concorrência ou de suplementação dos serviços, observado o devido processo legal".

A propósito, aliás, a douta Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer, cita precedente da Egrégia 1ª Turma de que foi Relator o saudoso Ministro Geraldo Sobral, assim ementado (fls. 303-304):

"MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS. CONCESSIONÁRIO. EXCLUSIVIDADE.

I — Na exploração de serviço, o direito de exclusividade pode estar fundado em normas regulamentares.

II — A permissão somente é válida quando outorgada com observância dos pressupostos legais.

III — Se o ato atacado ofendeu ao direito de exclusividade da recorrente e em desconformidade com as normas regulamentares, concede-se a segurança, sem prejuízo, contudo, das medidas administrativas que possam ser tomadas pela administração com observância do Regulamento próprio.

IV — Recurso provido". (RMS nº 203-PA, STJ, 1ª Turma, Rel. Ministro GERALDO SOBRAL, DJ de 05.11.90, p. 12.416)."

No mesmo sentido, o decidido no RMS 1.704-7-TO, cujo acórdão ficou assim ementado:

"ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS. TRANSFORMAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO PRECÁRIA EM CONCESSÃO PERMANENTE. NULIDADE.

1. A inobservância das formalidades legais na tansformação da autorização a título precário em concessão definitiva de serviço público conduz à nulidade do ato praticado pela Administração.

2. Recurso conhecido e provido para determinar que se proceda à concorrência regular para exploração das linhas de transportes disputadas na presente ação."

(Relator Min. Peçanha Martins — Julg. 07.12.92 — Publ. DJ 15.03.93).

Isto posto, em conclusão, conheço do recurso e dou-lhe provimento para anular os atos impugnados e determinar que se proceda a concorrência ou suplementação de serviços, observado o devido processo legal.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
Segunda Turma

Nº Registro: 92/0032591-2. PAUTA: 11.05.1994. *Relator:* Antonio de Padua Ribeiro. *Presidente da Sessão*: Exmo. Sr. Min. Antonio de Padua Ribeiro. *Subprocurador Geral da República*: Exmo. Sr. Dr. Sylvio Fiorencio. *Secretária*: Nely Delgado de Farias

AUTUAÇÃO

Recte.: Viação Paraíso Ltda. *Advogado*:

José Perdiz de Jesus e outro. *T. Origem*: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. *Impdo.:* Secretário de Viação e Obras Públicas do Estado de Tocantins — SEVOP. *Recdo.:* Rubens Gonçalves Aguiar-Viação Lontra. *Advogado:* Almir Ferreira de Moraes e outro. *Recdo.:* Estado do Tocantins. *Advogado*: Sergio Carvalho e outros

CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Helio Mosimann e Peçanha Martins.

Impedido o Sr. Ministro José de Jesus.

Ausente, jusitificadamente, o Sr. Ministro Américo Luz.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 11 de maio de 1994.