



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

PROC. Nº 006.08.003320-9

Requerente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.

**Requerido: MUNICÍPIO DE ARACRUZ, EXPRESSO ARACRUZ LTDA e
CORDIAL TRANSPORTE E TURISMO LTDA.**

SENTENÇA

Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, em face de MUNICÍPIO DE ARACRUZ, EXPRESSO ARACRUZ LTDA e CORDIAL TRANSPORTE E TURISMO LTDA, conforme inicial de fls. 02/20 e documentos de fls. 21/389, na qual visa o *Parquet* I) a declaração da mora do Município por omissão por não ter contratado empresa prestadora de serviço público de transporte coletivo de passageiros através de regular procedimento licitatório; II) a declaração de nulidade de todos os decretos municipais ilegais que supostamente serviram de amparo para a prestação do serviço público; III) a condenação do Município de Aracruz para providenciar todos os procedimentos administrativos, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, para dar início à realização de certame licitatório para a contratação de empresa de transporte público coletivo municipal de passageiros.

Narra o Signatário da peça pórica, que por meio do Procedimento Administrativo nº. 039, anexo à inicial, restou comprovado que as



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

Empresas Requeridas, que atualmente prestam serviço público de transporte coletivo municipal de passageiros, não foram contratadas mediante prévio procedimento licitatório, em total afronta ao princípio da legalidade.

Aduz o *Parquet*, que o próprio Município de Aracruz informou que a prestação do mencionado serviço público foi “transferido”, por força de decretos municipais datados do ano de 1993, da Viação CABOCLO BERNARDO LTDA. para as atuais prestadoras do serviço EXPRESSO ARACRUZ LTDA. e CORDIAL TRANSPORTE E TURISMO LTDA. sendo que a Administração Pública salientou que inexistem contratos administrativos entre o Município de Aracruz e as atuais prestadoras dos serviços.

Sustenta ainda o Autor, que o Município de Aracruz transferiu a prestação do serviço de transporte público da empresa CABOCLO BERNARDO LTDA. para as Requeridas com o supedâneo no artigo 3º, da Lei Municipal nº. 219/1976, a qual dispõe sucintamente acerca da possibilidade de transferência da titularidade na prestação do serviço público de transporte de passageiros.

Deste modo, segundo o Órgão Ministerial, com base na mencionada Lei Municipal, bem como nos decretos municipais 4.734/93, 4.733/93, 4.735/93, 4.947/93, 4.970/93, 4.731/93, 5.054/93, 4.732/93 e 4736/93, 4734/93, 4735/93, 4736/93, 4947/93, 4747/93, 4970/93, 4731/93, 5054/93, 12731, 12732, 9678, as empresas Demandadas vem prestando o serviço público neste Município desde dezembro de 1992 de forma irregular, uma vez que todos os contratos de prestação de serviço público celebrados na



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

vigência da Constituição de 1988 sem prévia licitação são considerados extintos de pleno direito.

Igualmente, aduz o *Parquet* que a ausência de contratos administrativos formais dificulta a exigibilidade de cumprimento das cláusulas essenciais para a prestação do serviço, sendo que grande parte da população desta Municipalidade não se sente devidamente atendida pelas Empresas Demandadas.

Por fim, concluiu o Signatário da peça inicial, relatando que, decorridos quase 20 (vinte) anos da Constituição da República de 1988, o Município de Aracruz ainda não providenciou a regularização da prestação de serviços de transporte coletivo municipal preferindo omitir-se e continuar na ilegalidade.

Decisão concedendo em parte a medida liminar às fls. 390/392.

Citada, a empresa EXPRESSO ARACRUZ LTDA. apresentou contestação às fls. 460/492, oportunidade em que alegou que o direito do Autor exercer a pretensão jurisdicional está prescrito, bem como levantou as preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e a falta de interesse de agir. No mérito, rebateu os fatos apontados na inicial pugnando ao final pela improcedência da ação.

Já a empresa demandada CORDIAL TRANSPORTE E TURISMO LTDA. apresentou sua contestação às fls. 530/543, na qual, em sede de mérito, rebateu as imputações constantes na peça exordial, sendo que ao final requereu a improcedência da pretensão autoral.



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

O Município de Aracruz informou às fls. 599/600 que, em cumprimento a decisão liminar proferida, iniciou o procedimento interno para realizar a licitação na modalidade de Concorrência Pública visando selecionar empresa capacitada para operar o serviço de transporte público de passageiros nesta Comarca.

Réplica apresentada às fls. 614/624.

Decisão saneadora às fls. 643/646, na qual rejeitou-se as preliminares arguidas e fixou-se os pontos controvertidos da lide.

Alegações Finais do Ministério Público oferecidas às fls. 650/667.

Já as alegações finais dos Requeridos foram apresentadas, respectivamente, às fls. 688/689, 719/733 e 749/759.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório. Fundamento e decido.

Inicialmente, verifico que as preliminares levantadas pelos Requeridos já foram objeto de análise por este Juízo quando da decisão saneadora (fls. 643/646).

No mérito, conforme relatado, pretende o Autor ver decretada a nulidade de todos os decretos municipais que supostamente serviriam de amparo para a prestação do serviço público de transporte de passageiros, visto a



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

incompatibilidade com a legislação específica e com a Constituição da República de 1988, sendo que, ao final, pugna pela condenação do Município de Aracruz para providenciar todos os procedimentos administrativos, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, para dar início à realização de certame licitatório para a contratação de empresa de transporte público coletivo municipal de passageiros.

Pois bem. Como já relatado, as empresas demandadas EXPRESSO ARACRUZ LTDA. e CORDIAL TRANSPORTE E TURISMO LTDA. vêm operando nesta Municipalidade desde 1992 prestando o serviço de transporte público de passageiros sem terem passado por prévia licitação.

Consta nos autos às fls. 37/50, 204/218 e 264/387, dentre outros documentos, cópias dos decretos municipais que autorizaram a transferência da concessão dos serviços de transporte coletivo municipal da empresa VIAÇÃO CABOCLO BERNARDO para as empresas ora requeridas EXPRESSO ARACRUZ LTDA. e CORDIAL TRANSPORTE E TURISMO LTDA. Segundo consta, a VIAÇÃO CABOCLO BERNARDO LTDA. recebeu a concessão para realizar o mencionado serviço público em 1978, por meio da Lei nº. 219/1976, tendo em vista que a mesma operava o serviço desde 1976.

Ocorre que, em 1993 a concessão outorgada para a empresa CABOCLO BERNARDO LTDA foi “transferida”, por meio de diversos decretos municipais e sem o devido processo licitatório, às empresas Requeridas, sendo que tal fato restou incontroverso, uma vez que os próprios Demandados trouxeram aos autos informações que as mencionadas “transferências” se deram por meio de atos administrativos, conforme



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

documentos de fls. 131/132, 262/263 e 201/203.

Nota-se, inclusive, que a Lei Municipal nº. 219/76, que foi invocada para dar ares de legalidade aos atos administrativos que promoveram a “transferência” da concessão para as empresas Requeridas, previa em seu artigo 2º que: *“as permissões para os serviços de transporte coletivo de passageiros são concedidas às empresas vencedoras de concorrência pública [...]”*, ou seja, a própria Lei nº. 219/76 já exigia a seleção pública (modalidade concorrência) para que determinada empresa pudesse receber a concessão dos serviços de transporte urbano de passageiros no âmbito do Município de Aracruz.

Ainda, no tocante a referida Lei Municipal, cabe aqui uma análise do insistentemente invocado artigo 3º, que supostamente autorizaria a “transferência” da concessão de serviço público de transporte coletiva para empresa que não passou pelo processo de seleção pública mediante aprovação do Prefeito Municipal, vejamos:

“art. 3º – Qualquer permissão outorgada na vigência desta Lei só poderá ser transferida depois de 02 (dois) anos de efetivo exploração e mediante prévia autorização expressa pelo Prefeito”.

No caso apreciação, como a “transferência” da concessão realizou-se sem prévia licitação, com base no dispositivo da Lei Municipal retro invocado, a decisão acerca da validade dos atos administrativos impugnados pressupõe a análise da constitucionalidade do dispositivo legal em referência.



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

Neste liame, denoto que o artigo 3º, da Lei nº. 219/76 não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, uma vez que, de uma simples análise da redação do aludido instituto, se conclui que a redação constante naquele ponto permite a transferência de concessão de serviço público sem a devida licitação, vinculando tal ato ao exclusivamente ao crivo da discricionariedade do Prefeito Municipal, em total desacordo com a norma constitucional.

A Constituição Federal, em seu artigo 175, dispõe acerca da imprescindibilidade de prévia licitação para outorga de concessão e permissão de serviços públicos e neste diapasão, não há como vincular-se a concessão de serviço público discricionariamente a determinado particular sem o devido processo legal de seleção pública.

É certo que identificada a inconstitucionalidade o julgador deverá declará-la imediato, conforme orientação jurisprudencial:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDÁGIO. LITISPENDÊNCIA. LEGITIMIDADE. DIREITO DOS CONSUMIDORES. LEGITIMIDADE DA UNIÃO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE VIAS ALTERNATIVAS. INEXISTÊNCIA DE SENTENÇA ULTRA PETITA. Quanto à possibilidade jurídica da declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de ação civil pública, a matéria não mais comporta discussões. Proclamou o Supremo Tribunal Federal não ocorrer usurpação da própria competência quando a inicial da ação civil pública encerra pedido de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo abstrato e autônomo, seguindo-se o relativo à providência buscada jurisdicionalmente - Reclamação nº 2.460-1/RJ. Ressalva de entendimento. Rcl2687 / PA - PARÁ'.A declaração incidental de inconstitucionalidade, que já vimos, é possível em sede de ação civil pública, independe de provocação das partes, podendo ser declarada, *ex officio* pelo órgão



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

jurisdicional que conhece do feito. A sentença não é ultra petita.
(TRF 400116076 DJ. 16/11/2005 Relator (a) VÂNIA HACK DE ALMEIDA Decisão)

Sendo assim, reconheço, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do artigo 3º, da Lei nº. 219/76, porquanto viola o disposto no artigo 175 da Carta Magna.

Em continuação, a Constituição Federal de 1988, como já mencionado, ressaltou, em seu art. 175, *caput*, como regra geral para as delegações de serviços públicos, seja pela via da concessão, seja por meio de permissão, a necessidade de prévia realização de licitação, de modo a selecionar, por critérios objetivos e impessoais, fundados nos princípios da eficiência e da economicidade, o melhor prestador privado de serviços públicos.

O art. 2º, incs. II e III, da Lei nº 8.987/95, a seu turno, seguindo a trilha constitucional, ao definir “a concessão de serviço público” e “concessão de serviço público precedida da execução de obra pública”, exige licitação, na modalidade de concorrência. No inciso IV, ao definir a “permissão de serviço público”, fala em licitação, sem especificar a modalidade cabível. Contudo, o art. 40, parágrafo único, manda aplicar o disposto nessa lei às permissões de serviço público, o que permite deduzir que a modalidade de licitação cabível é também a concorrência.

Da mesma forma, dispôs o artigo 210 da Constituição do Estado do Espírito Santo que “*incumbe ao Estado e aos Municípios, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a*



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

prestação de serviço público, na forma da lei”.

Logo, não se pode conceber, como regra geral, em vista da Ordem Constitucional vigente, que se possa delegar ou transferir, discricionariamente, a determinado particular, mediante concessão ou permissão, a prestação de serviço público de transporte de passageiros (seja coletivo, seja individual) sem licitação.

Admitir tal possibilidade consistiria em inaceitável quebra do sistema constitucional regente das contratações administrativas do Estado, o que, ante a interpretação sistemática dos arts. 1º, *caput*, 37, *caput*, inciso XXI e 175, *caput*, todos da Carta Constitucional não se pode conceber.

A doutrina clássica e contemporânea não discrepa a respeito do tema. Confirmam-se, por todos, os magistérios doutrinários de Ives Gandra da Silva Martins, Celso Ribeiro Bastos e Marçal Justen Filho:

“(…) A nossa Constituição anterior já tinha norma voltada à disciplina parcial do serviço público. O presente artigo, contudo, não é uma mera reprodução sua. Há diversos pontos de inovação que merecerão agora a nossa atenção. Cite-se, em primeiro lugar, a maior abrangência da atual norma que inclui também a permissão dentro de sua disciplina. Se, portanto, desde a Constituição de 1934 já se cuidava das concessões de serviço público, esta preocupação do constituinte se estende agora também à modalidade da permissão, sujeita, desde já, à necessidade de licitação. Não importa, pois, se de concessão ou permissão se trate, porque em ambas as hipóteses de transferência do serviço público há de obedecer-se à lei regulamentadora prevista na Constituição, assim como há de anteceder-se este ato translativo de licitação.”¹

“(…) A Constituição de 1988 determinou, de modo

¹ in Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 07, p. 130.



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

explícito, a obrigatoriedade de concessão e permissão serem concedidas mediante prévia licitação (art. 175 da CF/88). Assinale-se que, tal como todo ato praticado pelo Poder Público, a outorga de concessão e permissão deve ser norteadas pelos princípios da vantajosidade e da isonomia. O ente estatal está obrigado a buscar a melhor solução (técnica e econômica) para a prestação do serviço por via de concessão. Por outro lado, está constrangido a propiciar a todos os interessados a oportunidade de competir em igualdade de condições para obter a outorga. A incidência dos princípios da licitação assimila a concessão (e a permissão) às demais atividades administrativas, no sentido de que nenhuma circunstância justifica privilégios na seleção do particular selecionado. Concessão e permissão não são institutos "especiais", refratários à licitação. Bem por isso, todas as leis sobre concessões impuseram a obrigatoriedade do procedimento licitatório prévio."²

Ainda o jurista Hely Lopes Meirelles³ apregoa que:

"A concessão do serviço público está prevista na Constituição da República (Art. 175), cabendo a entidade concedente expedir a lei sobre a matéria, observados os requisitos constitucionais, sempre através de licitação, como já exigia o Estatuto (art. 21, § 1º). Essa é a regra para a prestação dos serviços públicos em geral..."

De observar, ainda, que após o advento da Constituição da República de 1988 e antes mesmo da vigência da Lei geral nacional de concessões e permissões de serviços públicos, o E. Supremo Tribunal Federal já havia assentado o entendimento aqui exposto, consoante se infere de trecho do seguinte acórdão, em temática análoga:

"(...) Exploração de transporte urbano, por meio de linha de ônibus. Necessidade de prévia licitação para autorizá-la, quer sob a forma de permissão quer sob a de concessão. Recurso extraordinário provido por contrariedade do art. 175 da Constituição Federal."⁴

² in Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 192.

³ MEIRELLES. Hely Lopes, em sua consagrada obra Direito Administrativo Brasileiro, 16ª edição, página 291

⁴ in RE 140.989, REL. MIN. OCTAVIO GALLOTTI, julgamento em 16. 3-93, DJ de 27.08.93.



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

Não significa dizer que a concessão ou permissão de serviço público será sempre precedida de licitação, embora a primeira leitura da Constituição da República possa nos conduzir a esse entendimento, na medida em que estabelece a dicção legal que as concessões e permissões serão, “*sempre*”, precedidas de procedimento licitatório (CF/88, art. 175, *caput*).

Sem dúvida alguma, a diretriz constitucional da contratação por meio de licitação será a regra geral, na enorme maioria dos casos de delegação de serviços públicos. De parte isso, pode restar configurada hipótese de contratação direta, seja por dispensa ou inexigibilidade de licitação (CF/88, art. 37, XXI c/c arts. 24 e 25 da Lei nº 8666/93, aplicável por força do art. 18 da Lei nº 8.987/95), o que, todavia, não retrata a conjuntura em que operada a exploração do serviço de transporte de passageiros no âmbito dos Requeridos.

Logo, deve-se entender a determinação constitucional no sentido de que as concessões e permissões de serviços públicos devem ser precedidas de licitação sempre que não esteja cabalmente configurada uma hipótese de contratação direta admitida pelo ordenamento jurídico⁵, como sói acontecer.

Da mesma forma, a própria Constituição Federal 1988 resolveu estabelecer, expressamente, dentre tantos aspectos contratuais pertinentes, a possibilidade de prorrogação dos contratos de concessão e

⁵ Neste sentido, confira-se a doutrina de Marcos Juruena Villela Souto e Flávio Amaral Garcia *In: Parceria mediante contratação direta de concessão de serviço público com empresa sob controle estatal de outra entidade federada. Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, pp. 217-233. Ainda que assim não fosse, a mesma conclusão pode ser extraída do marco regulatório infraconstitucional regente da matéria. Com efeito, densificando os comandos constitucionais aludidos, a lei geral nacional de concessões e permissões de serviços públicos – Lei nº 8987/95 – consagrou o princípio licitatório como princípio fundamental inerente às delegações de serviços públicos. É o que se extrai, em especial, dos arts. 2º, II, IV, art. 4º, 9º, 11, 14 à 22, todos da Lei nº 8987/95.



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

permissão de serviço público (CF/88, art. 175, parágrafo único, I). Todavia, a possibilidade citada e constitucionalmente admitida, deve ser ponderada caso a caso, em vista do sistema normativo vigente e dos diversos interesses e valores em jogo, próprios do Estado Democrático de Direito (CF/88, art. 1º, *caput*). Portanto, a prorrogação contratual a que alude a Constituição de 1988, em seu art. 175, parágrafo único, I, assim como qualquer alteração ou mutação contratual, só será constitucional, legal, legítima e lícita se atender, conjunta e ponderadamente, em última análise, à vastíssima gama de valores e princípios que informam o Estado Democrático de Direito, o que, como dito, deve ser examinado caso a caso.

Esta realidade, contudo, não resta configurada na hipótese vertente, mesmo porque, tomando-se como marco regulatório a Constituição Federal de 1988 e os documentos colacionados com a inicial e contestações, tem-se que as indevidas permissões efetivadas no âmbito do Município sem prévia licitação foram implementadas após o advento da Carta Magna, o que impunha observância, pelos Requeridos, da necessidade de prévia realização de licitação, não havendo, assim, respaldo constitucional que justifique a manutenção e/ou prorrogação desses atos administrativos, ainda que sob a assertiva de suposta necessidade de resguardo da segurança jurídica e/ou da continuidade de prestação do serviço público em tela, porquanto, na feliz observação do Supremo Tribunal Federal:

“Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito.” (ADI 3.521, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 28-9-2006, Plenário, DJ de 16-3-2007).

No precedente acima enfocado, o Pretório Excelso, em interpretação que se aplica rigorosamente ao caso *subexamine*, reconheceu a



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

inconstitucionalidade de dispositivo de LC do Estado do Paraná que buscou consolidar, com respaldo no § 2º, do art. 42, da Lei Federal nº 8.987/95, a manutenção de outorgas vencidas e/ou com caráter precário ou que estivessem em vigor por prazo indeterminado, ante sua violação ao disposto nos arts. 37, XXI, e 175, *caput* e parágrafo único, I e IV, da CF/88. Segue a íntegra do aresto:

*“Arts. 42 e 43 da LC 94/2002, do Estado do Paraná. Delegação da prestação de serviços públicos. Concessão de serviço público. Regulação e fiscalização por agência de ‘serviços públicos delegados de infraestrutura’. Manutenção de ‘outorgas vencidas e/ou com caráter precário’ ou que estiverem em vigor por prazo indeterminado. Violação do disposto nos arts. 37, XXI; e 175, caput e parágrafo único, I e IV, da CF. O art. 42 da Lei Complementar estadual afirma a continuidade das delegações de prestação de serviços públicos praticadas ao tempo da instituição da agência, bem assim sua competência para regulá-las e fiscalizá-las. Preservação da continuidade da prestação dos serviços públicos. Hipótese de não violação de preceitos constitucionais. O art. 43, acrescentado à LC 94 pela LC 95, autoriza a manutenção, até 2008, de ‘outorgas vencidas, com caráter precário’ ou que estiverem em vigor com prazo indeterminado. Permite, ainda que essa prestação se dê em condições irregulares, a manutenção do vínculo estabelecido entre as empresas que atualmente a ela prestam serviços públicos e À Administração estadual. Aponta como fundamento das prorrogações o § 2º do art. 42 da Lei federal 8.987, de 13-2-1995. Sucede que a reprodução do texto da Lei federal, mesmo que fiel, não afasta a afronta à Constituição do Brasil. **O texto do artigo 43 da LC 94 colide com o preceito veiculado pelo art. 175, caput, da CF/1988 – ‘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’. Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito.”***

(ADI 3.521, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 28-9-



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

2006, Plenário, DJ de 16-3-2007)⁶.

Na mesma toada, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em conjuntura semelhante, que:

“(…). 3. A delegação de serviço público de transporte [...] pressupõe a realização de licitação desde a Constituição da República de 1988, em razão de sempre haver limitação do número de delegatários e o manifesto interesse na exploração daquela atividade pelos particulares, seja pela via da permissão, seja pela via da autorização. A propósito, tratando-se de delegações de caráter precário, por natureza, não há falar em direito adquirido à autorização ou à permissão concedidas antes de 5/10/1988. (...)”

(STJ-1ª Turma, AgRg no REsp 1115508/MG, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES, j. 22/03/2011, DJe 07/04/2011).

Tem-se, portanto, que a concessão/permissão de serviço público devem ser objeto de prévia licitação e precisam ser formalizadas em contrato administrativo (CF/88, art. 175, *caput*). Destarte, não se pode firmar contrato de permissão ou concessão de serviço público sem que ele seja antecedido de licitação.

O Supremo Tribunal Federal, além do precedente acima enfatizado (ADI 3.521, Rel. Min. Eros Grau, j. 28/09/2006, DJ 16/03/2007), onde teve a oportunidade de declarar a inconstitucionalidade de lei estadual que visou prorrogar, sem licitação, contratos de concessão vencidos, também já teve oportunidade de cassar decisão judicial que reconheceu o “direito” de o particular prestar serviço público sem prévia licitação (RE 264.621/CE, Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJU 08/04/2005). Em suma, há

⁶ No mesmo sentido: RE 412.921-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-2-2011, Primeira Turma, DJE de 15-3-2011; AI 811.216-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2-12-2010, Primeira Turma, DJE de 1º-2-2011. Vide: RE 422.591, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 1º-12-2010, Plenário, DJE de 11-3-2011.



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

“precedentes do STF no sentido da impossibilidade de prestação de serviços de transporte de passageiros a título precário, sem a observância do devido procedimento licitatório” (STA/AgR 89-PI, Ministra ELLEN GRACIE, DJU 15/02/2008).

No caso dos autos, não há sequer contratos administrativos firmados entre a Administração Pública e as Empresas Requeridas que amparem a dita “transferência” de concessão/permissão, conforme informado pelo Município de Aracruz em resposta ao ofício 1ª PJ/Nº. 112/07 enviado pelo Ministério Público, *in verbis*:

“Pergunta do Promotor: Solicito que seja encaminhada a esta 1ª Promotoria de Justiça cópia dos contratos administrativos firmados com a(s) respectiva(s) empresa(s).

Resposta da Administração: A atual administração desconhece a existência de contratos, tendo conhecimento de que as empresas obtiveram autorização por meio de Decretos [...]”

(Documentos de fls. 201/203, Ofício/SEAJU nº. 475/07, Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos)

Dito e imperioso regramento, todavia, não foi observado pelo requerido que, conferindo tratamento de cunho privado e discricionário na ilícita e descriteriosa distribuição e exploração do serviço público de transporte de passageiros nos limites geográficos da Municipalidade, ignorou o dever constitucional de submissão da delegação (por meio de permissão) para execução privada do reportado *mister* a prévio e moralizador procedimento licitatório, com isso propiciando, em contrariedade aos princípios regentes da Administração Pública, notadamente os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, lealdade e eficiência, indevido favorecimento de alguns interessados, em detrimento dos *standart's* da



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

isonomia e da competitividade e, em última análise, de toda a coletividade.

Como de corriqueiro saber, o princípio constitucional republicano se efetiva a partir da observância, pelo Estado, em especial, dos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, da licitação e da economicidade na seleção dos parceiros contratuais do Estado (CF/88, arts. 37, *caput*, inciso XXI, 70, *caput* e 175). Já o princípio constitucional da participação, que decorre do princípio do Estado Democrático de Direito (CF/88, art. 1º, *caput* e p. único), impõe que a outorga, pelo Estado, de vantagens econômicas aos agentes econômicos privados se dê num ambiente de competitividade entre os interessados, com oportunidades igualitárias a todos que se encontrem em condições de receber as vantagens públicas, no caso, um contrato de permissão de serviço público de transporte de passageiros.

E essa competitividade, a partir da efetividade do princípio constitucional da participação, insista-se, vai se operar no procedimento licitatório, que é a via constitucional naturalmente eleita para a seleção dos parceiros contratuais do Estado (CF/88, art. 37, XXI c/c art. 175, *caput*).

Por tal razão é que o Poder Concedente deve empreender a licitação, na medida em que o seu interesse fundamental é – ou deveria ser - o interesse público, consubstanciado na adequada prestação dos serviços públicos transferidos e a preços módicos, diretrizes gerais que inspiram toda a sistemática constitucional de delegações de serviços públicos (CF/88, art. 175 c/c Lei nº 8987/95, art. 6º).

Se é assim, não se pode deixar que esses objetivos de relevante interesse



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

coletivo fiquem ao talante de gestores públicos e dos agentes econômicos privados prestadores dos serviços públicos, sob pena de se frustrar toda a axiologia que informa a delegação de serviços públicos econômicos, como é o caso do transporte de passageiros. É como entende a jurisprudência pátria, *in verbis*:

DECISÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL. PRORROGAÇÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO E PERMISSÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO SEM LICITAÇÃO. AGRAVO PROVIDO E CONVERTIDO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VISTA AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA.

[...]

DECIDO. 4. Na espécie vertente, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público de Santa Catarina no Tribunal de Justiça do mesmo Estado para que fossem declarados inconstitucionais os arts. 9º, § 4, e 83, parágrafo único, da Lei Complementar municipal n. 34/99, que prorrogou por dez anos os contratos, vencidos ou por prazo indeterminado, de concessão e permissão de serviços de transporte urbano de passageiros do Município de Florianópolis, sem prévia licitação.

[...]

Além disso, há na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal julgados no sentido de que a concessão ou a permissão para a exploração do serviço público de transporte urbano necessita de prévia licitação.

[...]

Exploração de transporte urbano. Concessão. Necessidade de prévia licitação. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI 637.782-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 21.11.2008). E: “de transporte urbano, por meio de linha de ônibus. Necessidade de prévia licitação para autorizá-la, quer sob a forma de permissão quer sob a concessão. Recurso extraordinário provido por contrariedade do art. 175 da Constituição Federal” (RE 140.989, Rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 27.8.1993). Na espécie vertente, todavia, há a peculiaridade de se tratar de exame de constitucionalidade de vários dispositivos de lei municipal (os arts. 9º, § 4, e 83, parágrafo único, da Lei Complementar municipal n.



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

34/99), devendo ser submetida ao julgamento colegiado deste Supremo Tribunal Federal. 6. Pelo exposto, dou provimento a este agravo e determino a sua conversão em recurso extraordinário (art. 544, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil). À Secretaria Judiciária para adequar a autuação aos termos da Resolução n. 404/2009.

(AI 663819, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 25/11/2009, publicado em DJe-231 DIVULG 09/12/2009 PUBLIC 10/12/2009)

DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO. OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO. DEFERIMENTO DE LIMINAR. EXISTÊNCIA DE REQUISITOS PARA A SUA CONCESSÃO. O Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública contra o DETRO/RJ e a ora Agravante para determinar que o 1º primeiro se abstenha de delegar linhas regulares, sem prévia licitação, e inicie processo licitatório para a prestação de serviço público de transporte coletivo. **A licitação, após o advento da CRFB/88, passou a ser princípio fundamental para a Administração Pública, consoante artigo 37, inciso XXI da CRFB. No caso, restou incontroverso não ter havido licitação para a concessão do serviço. A obrigatoriedade do procedimento licitatório é uma exigência contida na Constituição Federal em homenagem aos princípios da eficiência, moralidade e impessoalidade.**

[...]

Ressalte-se, ademais, que a jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que, nos termos do artigo 175, caput, da Constituição Federal, é imprescindível prévia licitação para a concessão ou permissão da exploração de serviços de transporte interestadual de passageiros.

[...]

Nesse sentido: " 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**



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

exploração de transporte coletivo de passageiros há de ser precedida de processo licitatório. Precedentes: Recursos Extraordinários ns. 140.989, 214.383, 264.621 e 412.978.

[...]

Agravo regimental a que se nega provimento” (AC nº 1.066/RJ-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 28/9/07). “ PÚBLICO CONCEDIDO. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. AÇÃO DECLARATÓRIA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO DE EMPRESA TRANSPORTADORA DE OPERAR PROLONGAMENTO DE TRECHO CONCEDIDO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. Afastada a alegação do recorrido de ausência de prequestionamento dos preceitos constitucionais invocados no recurso. **Os princípios constitucionais que regem a administração pública exigem que a concessão de serviços públicos seja precedida de licitação pública. Contraria os arts. 37 e 175 da Constituição federal decisão judicial que, fundada em conceito genérico de interesse público, sequer fundamentada em fatos e a pretexto de suprir omissão do órgão administrativo competente, reconhece ao particular o direito de exploração de serviço público sem a observância do procedimento de licitação.** Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e a que se dá provimento”.

(AI 687775, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 29/08/2011, publicado em DJe-170 DIVULG 02/09/2011 PUBLIC 05/09/2011)

Passo ao exame do mérito do pedido de suspensão da execução da tutela antecipada em tela. A Lei 8.437/92, em seu art. 4º, §1º, c/c o art. 1º da Lei 9.494/97, autoriza o deferimento do pedido de suspensão da execução da tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do CPC, nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. Conforme autoriza a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal, quando da análise do pedido de suspensão de decisão (SS 846- AgR/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS 1.272-AgR, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 18.5.2001, dentre outros), em juízo mínimo de delibação, tendo em vista que a decisão atacada, ao identificar caráter autônomo aos Decretos n.º 31.883/02 e 38.807/2006, tem o efeito de declarar sua inconstitucionalidade por afronta aos artigos 5.º, inc. II, e



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

175 da Constituição Federal, afasta da Administração Pública seu legítimo juízo discricionário de conveniência e oportunidade na condução das políticas públicas de exploração, mediante autorização (concessão ou permissão), de serviços transporte rodoviário intermunicipal de passageiros (art. 21, inc. XII, letra "e" da Constituição Federal). Ademais, a **jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido da impossibilidade da prestação de serviços de transporte interestadual de passageiros a título precário, sem a observância do procedimento licitatório: RE 140.989/RJ, rel. Min. Octavio Gallotti, 1ª Turma, DJ 207.8.1993; RE 214.382/CE, rel. Min. Octavio Gallotti, 1ª Turma, DJ 19.11.1999; RE 412.978/PR, rel. Min. Carlos Britto, DJ 15.6.2004 e RE 264.621/CE, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ 1º.02.2005, no qual, em voto-vista, destaquei: " Com efeito, a exigência de que a prestação de serviços públicos mediante concessão ou permissão seja sempre precedida de licitação (art. 175 da CF), visa propiciar à Administração a possibilidade de selecionar a proposta mais antajosa sem com isso descuidar dos princípios basilares da isonomia e da moralidade administrativa". [...].**

(STA 114, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 10/07/2007, publicado em DJ 01/08/2007 PP-00052)

A consequência da inobservância do procedimento licitatório na efetivação das permissões de exploração do serviço público de transporte de passageiros, a seu turno, traduz-se na nulidade dos reportados atos, como, de resto, enfatizado nos precedentes jurisprudenciais acima ventilados, extraível da Lei Geral de Licitações e apregoadado no art. 4º, III, "a", da LAP, que dispõe:

Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º. (...)

III - A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando:

a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral;

Observar-se, por outro lado, que não há qualquer ofensa aos princípios da separação e independência dos Poderes na providência de nulificação das permissões de exploração do serviço público de transporte de passageiros não antecedidas de licitação, assim como na determinação de abstenção de implementação de novas permissões em desconformidade com a orientação apregoada na Constituição Federal de 1988 e na legislação de regência, notadamente no que tange à exigência licitatória, porquanto, neste particular, atrela-se a tutela jurisdicional ao *mister* de controle da legalidade de atos emanados do Poder Executivo, ao que se legitima, por essência, o Poder Judiciário como órgão de sobreposição.

Diante de todo o exposto DECLARO *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do artigo 3º, da Lei nº. 219/76, com limitação temporal de declaração, ou seja, com efeitos *ex nunc*, no intuito de garantir a segurança nas relações jurídicas e por consequência, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos iniciais para:

1 - DECLARAR a nulidade de todos os Decretos Municipais que serviram de amparo para a transferência/concessão ou permissão da prestação de serviço público de transporte coletivo de passageiros no âmbito deste Município para as empresas EXPRESSO ARACRUZ LTDA e CORDIAL TRANSPORTE E TURISMO LTDA sem prévio procedimento licitatório;

2 - DETERMINAR ao Município Requerido que, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, dê início ao procedimento licitatório para contratação



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
VARA DOS FEITOS DA FAZ. PÚBLICA, REG. PÚBLICOS E
MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE ARACRUZ/ES**

de empresa(s) para prestação do serviço de transporte coletivo de passageiros na modalidade de concorrência e,

3 – Presentes os requisitos da verossimilhança do direito deduzido pelo autor e o grave risco ao interesse público, configurando o perigo da demora, ANTECIPO OS EFEITOS DA TUTELA em sentença, DETERMINANDO que escoado o prazo extipulado (180 dias), a contar da intimação desta sentença, as concessões ora vigentes fiquem automaticamente canceladas, sob pena de incorrer, juntamente com a Autoridade Responsável, em caso de desobediência, em multa que fixo no patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil Reais), por dia, para cada permissão mantida ou concedida.

CONDENO, ainda, os Requeridos ao pagamento das custas e despesas processuais.

Sem honorários, por figurar no polo ativo o Ministério Público Estadual (CF/88, art. 128, II, “a”).

Com fulcro no art. 269, inciso I, do CPC, JULGO EXTINTO o processo, com resolução de mérito.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

P. R. I.

Aracruz-ES, 21 de setembro de 2012.

THIAGO VARGAS CARDOSO
Juiz de Direito