

PRONUNCIAMENTO

TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO SERVIÇO PÚBLICO AUTORIZAÇÃO CERTIFICADO DE REGISTRO DE OPERAÇÃO AUSÊNCIA LICITAÇÃO ALCANCE DO ARTIGO 175 DA CARTA DA REPÚBLICA RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

1. O assessor Dr. José Marcos Vieira Rodrigues Filho prestou as seguintes informações:

Submeto a Vossa Excelência o tema debatido no Recurso Extraordinário com Agravo nº 743.485/SP, para exame da oportunidade de inclusão da matéria no sistema eletrônico da repercussão geral.

O processo revela ação declaratória ajuizada pelo Consórcio Intermunicipal da Bacia do Juquery (consórcio público constituído pelos Municípios de Caieiras, Franco da Rocha, Francisco Morato, Mairiporã e Cajamar) contra a Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos EMTU/SP, na qual se busca a declaração de nulidade de disposições do contrato-padrão STM/EMTU nº 003/2006, relativas à reserva técnica operacional do poder concedente e aos Operadores Regionais Coletivos Autônomos ORCAs.

Na sentença de folha 419 a 424, inicialmente, afastou-se a preliminar de ilegitimidade passiva da ré, em razão de a empresa metropolitana ser parte nos contratos questionados. Rejeitou-se a alegação de ausência de interesse de agir dos municípios consorciados, ante a falta de consulta aos Municípios interessados, que seriam afetados pela reserva técnica criada pela concessão, em face da fragilização da equação financeira da concessionária de transporte municipal, bem como da limitação da respectiva competência para fiscalizar e autuar o transporte alternativo, a ensejar a proliferação de veículos clandestinos. No mérito, julgou-se procedente o pedido para declarar a nulidade das cláusulas 2.5.1.3, 5.27, 6.36, 6.37 e do Anexo X do referido contrato, no tocante à reserva técnica operacional em situações de normalidade, com a consequente paralisação da atividade dos condutores regionais coletivos autônomos. Assentou-se competir ao Estado de São Paulo regulamentar o transporte coletivo metropolitano ou intermunicipal, nos termos dos artigos 158 da Constituição Estadual e 3º da Lei Complementar estadual nº 94/74. Consignou que, ante o disposto na Lei estadual nº 7.450/91 e no Decreto nº 24.675/86, a Secretaria de Transportes Metropolitanos STM, mediante a Resolução nº 37/99, instituiu o serviço especial de transporte coletivo de passageiros, executado por meio de Operadores Regionais Coletivos Autônomos ORCAs (empresas individuais selecionadas e cadastradas pela STM, mas contratadas, sem interferência da STM, pelas empresas operadoras dos serviços metropolitanos de transporte coletivo para a condução de passageiros em vans ou micro-ônibus), os quais deveriam prestar os serviços em áreas que apresentem demanda compatível e cuja utilização seja mais adequada que a dos veículos convencionais. Esclareceu não se tratar de concessão ou permissão de serviço público, mas simples autorização de atividade, expedida pela STM mediante Certificado de Registro de Operação CRO, título precário e válido por doze meses. Frisou não ser admissível a alegada autorização tácita dos Municípios em face do decurso de tempo, porquanto a Administração Pública exige a forma escrita para os

próprios atos. Entendeu que, sendo o edital de 2005, eventuais consentimentos expressos realizados anteriormente não se projetariam no tempo, havendo a necessidade de novas anuências. Concluiu que a contratação dos ORCAs, sem licitação e sem aprovação dos Municípios envolvidos, é justificável em casos de emergência, mas não em situações de normalidade, porque retira dos entes locais a competência para fiscalizar o transporte coletivo de passageiros realizado nos próprios territórios. A pretensão formalizada na ação cautelar preparatória, apensada ao processo, também foi julgada procedente para deferir a liminar requerida.

O Juízo admitiu como assistente litisconsorcial da parte autora o Município de Itapevi e, como terceiros prejudicados, o Estado de São Paulo, bem como Rafael dos Santos Oliveira e outros cinquenta e quatro motoristas contratados pela EMTU/SP para prestar serviços de transporte coletivo de passageiros no Sistema ORCA (folhas 864 e 1.298).

As apelações apresentadas pela EMTU/SP, pelo Estado de São Paulo e por Rafael dos Santos Oliveira e outros foram recebidas apenas no efeito devolutivo. Seguiu-se a interposição de agravos, tendo sido provido monocraticamente o da empresa (folhas 931 e 932), para suspender a decisão impugnada até o conhecimento da matéria pelo Colegiado, o qual manteve a suspensão para aguardar o julgamento dos recursos.

A 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proveu as apelações interpostas, julgando improcedente o pedido formulado na ação. Consignou, de início, não haver nulidade em virtude da ausência do Estado de São Paulo como litisconsorte passivo, ante a delegação da gerência dos transportes metropolitanos urbanos à EMTU/SP. À luz dos preceitos dos artigos 22, incisos IX e XI, 25, § 3º, e 30, inciso V, da Carta Federal, assentou a competência residual dos Estados para legislar sobre transporte coletivo intermunicipal, bem como a constitucionalidade das normas estaduais que disciplinaram o transporte metropolitano e criaram o Sistema ORCA. Destacou a prevalência da legislação estadual sobre a municipal em face da distribuição constitucional das competências legislativas, sendo, assim, prescindível a autorização ou anuência dos Municípios interessados. Observou a competência e a legalidade do procedimento para a autorização dos serviços do Sistema ORCA, o qual subsiste há anos, atendendo a milhares de pessoas, e cuja ausência acarretaria o colapso dos transportes coletivos metropolitanos. Acrescentou que a supressão do sistema ofenderia os princípios da segurança jurídica, alusiva à garantia da estabilidade contratual, e da continuidade do serviço público.

Não houve a interposição de embargos de declaração.

No extraordinário, protocolado com alegada base nas alíneas c e d do permissivo constitucional, o Consórcio Intermunicipal da Bacia do Juquery argui ofensa aos artigos 37, inciso XXI, e 175 da Carta da República. Alude à não recepção do Decreto nº 24.675/86 pela nova ordem constitucional, a atingir a Resolução nº 80/06, que veio consolidar as de nº 37/99 e nº 63/06, e pleiteia seja declarada a inconstitucionalidade parcial do artigo 2º, inciso II, alínea c, da Lei estadual nº 7.450/90, com a redução do termo autorizações. Diz ser incontestável a

competência dos Estados para legislar sobre transporte coletivo intermunicipal, devendo-se observar as normas constitucionais, principalmente os princípios gerais da ordem econômica. Salieta que o serviço público pode ser delegado à iniciativa privada mediante concessão ou permissão, precedidas de licitação, e, no caso, a delegação ocorreu por intermédio de autorização a título precário. Consoante aduz, o Sistema ORCA integra a reserva técnica operacional do poder concedente para suprir a demanda em casos emergenciais como calamidade pública e greves, não podendo atuar em situações normais e mediante simples autorização da STM. Sustenta que os contratos com os ORCAs foram celebrados com a própria EMTU/SP, pois as concessionárias, por razões óbvias, recusaram-se. Ressalta que o suposto colapso no sistema de transporte coletivo não pode justificar a ofensa ao Diploma Maior nem o princípio da segurança jurídica deve prevalecer sobre a supremacia do interesse público.

Sob o ângulo da repercussão geral, sublinha ultrapassar o tema o interesse subjetivo das partes, mostrando-se relevante do ponto de vista jurídico, econômico e social. Enfatiza estar em discussão no recurso princípios estruturantes da ordem econômica. Realça a presunção de repercussão geral, ao fundamento de que o acórdão recorrido teria contrariado jurisprudência do Supremo (artigo 543-A, § 3º, do Código de Processo Civil).

A EMTU/SP, o Estado de São Paulo, Rafael dos Santos Oliveira e outros, nas contrarrazões, apontam, inicialmente, a falta de comprovação da repercussão geral da matéria, a inexistência do prequestionamento e a deficiência na fundamentação do recurso. Articulam com a ilegitimidade ativa do recorrente, ante a ausência de interesse processual porquanto não houve a demonstração de existência de prejuízos aos Municípios, os quais também não possuem qualquer legitimidade para fiscalizar o transporte público intermunicipal, visando a ação, na verdade, a defesa dos interesses da Concessionária responsável pelo transporte intermunicipal na respectiva região, a qual firmou o ajuste em discussão no processo, mas, depois, recusou-se a contratar os ORCAs. No mérito, defendem a constitucionalidade e a legalidade da prestação de serviços pelos ORCAs, cujas contratações, além de encontrarem-se previstas no edital da concorrência pública, seguiram um exaustivo procedimento prévio às autorizações. Salieta que esse serviço especial teve por intuito absorver parcela do transporte informal/clandestino sem o comprometimento do equilíbrio financeiro do sistema de transporte metropolitano de ônibus, bem como coibir lacunas existentes no atendimento aos usuários nos horários críticos, proporcionando-lhes melhor atendimento, conforto e segurança. Observam que o pleito de retirada do termo autorização do artigo 2º, inciso II, alínea c, da Lei estadual nº 7.450/90 revela inovação, porque não constou do pedido inicial. Dizem da plausibilidade jurídica da utilização do instituto da autorização para a atividade em questão.

O extraordinário não foi admitido na origem. Seguiu-se a interposição de agravos pelo Consórcio Intermunicipal da Bacia do Juquery e pelo Município de Itapevi. Vossa Excelência, em 9 de novembro de 2013, no exame da Petição/STF nº 55.970/2013, do aludido Consórcio, proveu o agravo, imprimindo efeito suspensivo ao recurso. Sinalizou a necessidade de inserção no Plenário Virtual, para o exame da repercussão geral. O Plenário, em 26 de novembro de 2014, desproveu o agravo regimental interposto por EMTU/SP, mantendo a eficácia suspensiva.

Os pressupostos gerais de recorribilidade foram atendidos. A peça, subscrita por profissionais da advocacia regularmente credenciados (folha 23), foi protocolada no prazo legal.

2. A controvérsia reclama o crivo do Supremo, definindo-se o alcance das normas em jogo, ou seja, cumpre ao guarda maior da Constituição Federal elucidar, ante o preceito do artigo 175 da Carta da República, se a prestação de serviço público de transporte coletivo pode ser implementada mediante simples credenciamento de terceiros, sem licitação.

O tema mostra-se passível de ser veiculado em inúmeros processos.

3. Pronuncio-me no sentido de ter como configurada a repercussão geral. Uma vez admitida, colham o parecer da Procuradoria Geral da República, visando o julgamento do recurso extraordinário.

4. À Assessoria, para acompanhar a tramitação do incidente, inclusive quanto aos processos que, no Gabinete, versem a mesma matéria.

5. Publiquem.

Brasília, 24 de agosto de 2015.

Ministro MARCO AURÉLIO

Relator