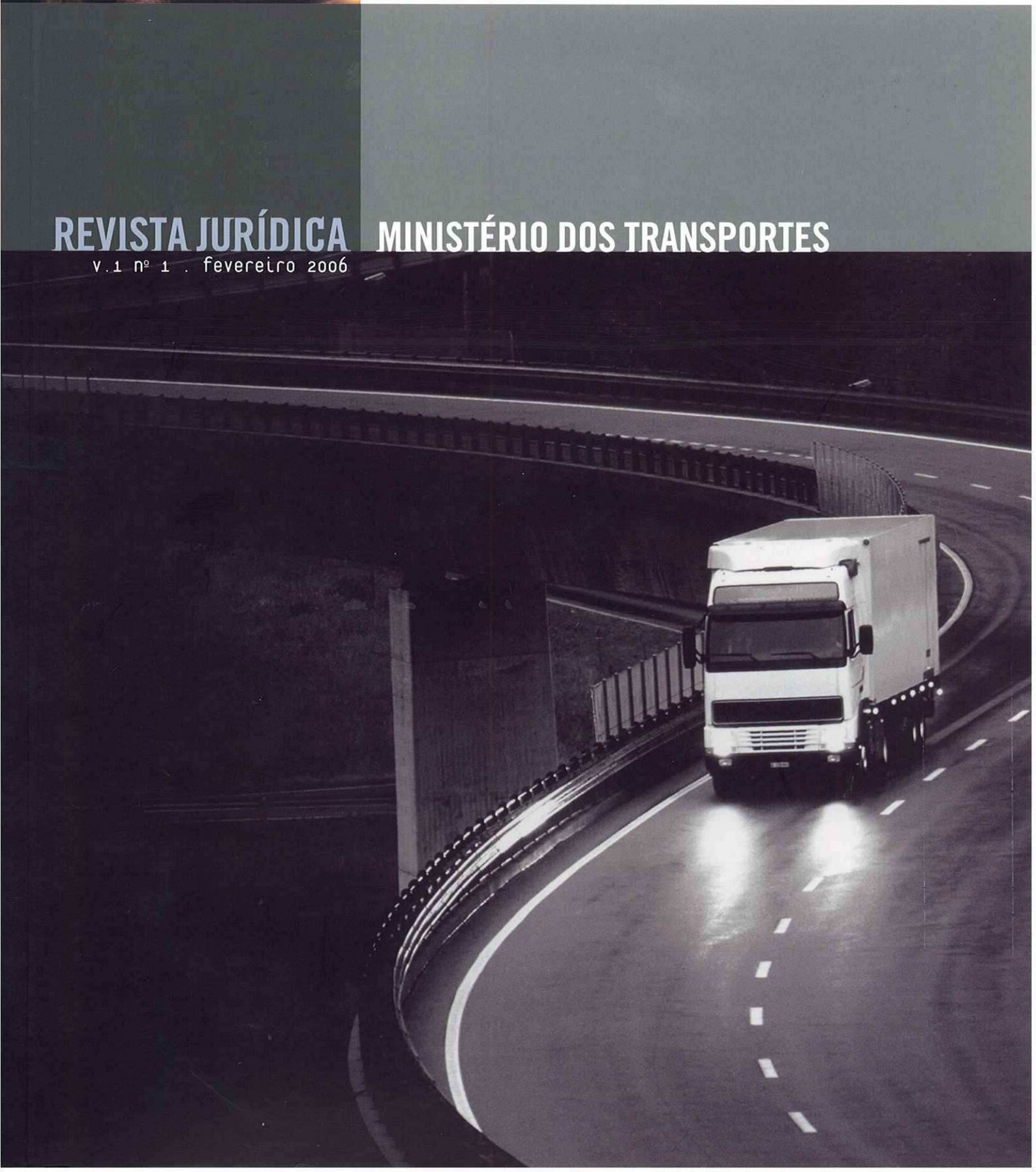




# REVISTA JURÍDICA **MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES**

v.1 nº 1 . fevereiro 2006



# **Revista Jurídica**

## **Ministério dos Transportes**

**Volume 1 - número 1 - fev. 2006**

**Doutrina**

**Legislação**

**Jurisprudência**

**Brasília - 2006**

**Rev. Juríd. Minist. Transp., Brasília, v. 1, nº 1, p. 1-120, fev. 2006**

Copyright C 2005: Revista Jurídica – Ministério dos Transportes – doutrina, jurisprudência, legislação – RJUR/MT.

É proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, sem permissão expressa do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Impresso no Brasil

ISSN: 1809-5089

Edição: Consultoria Jurídica

Endereço para correspondência:

Ministério dos Transportes

Esplanada dos Ministérios Bloco "R" 5º andar

Brasília – DF - Brasil

CEP 70044-900

Telefone: (0xx61) 3311 7166

Fax: (0xx61) 3311 7634

E-mail: biblioteca.conjur@transportes.gov.br

Comitê Editorial:

Yolanda Corrêa Pereira

Consultora Jurídica

Rafael Magalhães Furtado

Coordenador-Geral de Acompanhamento de Órgãos de Controle Interno e Externo e de Supervisão de Entidades Vinculadas

Tiago Fontes Moretto

Coordenador-Geral da Gestão Técnica e Administrativa

Paulo Henrique Kuhn

Coordenador-Geral de Legislação e Jurisprudência

Leonardo Carreiro Albuquerque

Coordenador-Geral de Assuntos Judiciais

Revisora: Omarina de Andrade Guerra

Bibliotecária responsável: Maria José R. de S. Barbosa – CRB 923 – 1ª Região

A presente publicação expressa a opinião dos autores dos textos e não reflete necessariamente a posição do Gabinete da Consultoria Jurídica.

Catálogo da Publicação feita pela Biblioteca da Consultoria Jurídica

Revista Jurídica – Ministério dos Transportes: doutrina, jurisprudência, legislação,  
ano 1, nº1 – fev. 2006. Brasília : Ministério dos Transportes, Consultoria Jurídica, 2006.  
Irregular  
Título Abreviado: RJUR/MT

1. Direito Administrativo – Periódicos – Brasil. 2. Direito Público – Periódicos – Brasil. 3. Transporte – Legislação. 3. Transporte – Jurisprudência.

CDD: 341.3

## Mensagem do Ministro dos Transportes

A Revista Jurídica – Ministério dos Transportes é uma aspiração antiga que finalmente se torna realidade.

Ela resulta da constatação, pela Consultoria Jurídica, de que é indispensável divulgar, para os profissionais da área dos Transportes, para os operadores do Direito em geral e para a sociedade, a consolidação e o debate dos assuntos jurídicos afetos a este órgão.

Convencido da pertinência da idéia, emprestei meu apoio à sua criação desde o primeiro momento, e a instituí, não por acaso, no dia do Advogado, por meio da Portaria nº 242, de 10 de agosto de 2005.

Diversas áreas deste Ministério colaboraram para o nascimento da Revista. A pertinência da Consultoria Jurídica foi, indubitavelmente, o que a tornou possível.

Vê-la vir a lume é, pois, acrescentar um ponto positivo às realizações deste Ministério, no momento em que se completam dois anos de minha gestão.

Desejo vida longa à publicação da Consultoria e que ela seja um marco harmonizador da história jurídica deste Ministério dos Transportes.

Alfredo Pereira do Nascimento



## Sumário

<b>Apresentação</b>	Pg. 7
<b>Doutrina</b>	Pg. 9
<b>Artigos</b>	
O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial <b>Yolanda Corrêa Pereira</b> - <i>Consultora Jurídica do MT</i>	Pg. 9
O Veto Presidencial à Medida Provisória nº 82/2002 - Efeitos Jurídicos <b>Paulo Henrique Kuhn</b> - <i>Advogado da União; Coordenador-Geral de Legislação e Jurisprudência; Consultoria Jurídica no Ministério dos Transportes</i>	Pg. 14
Autorização Especial de Trânsito para Bitrens de 8 e 9 eixos <b>Rafael Magalhães Furtado</b> - <i>Advogado da União, Coordenador-Geral de Acompanhamento de Órgãos de Controle Interno e Externo e de Supervisão de Entidades Vinculadas</i>	Pg. 26
O Direito ao Transporte para o Idoso, Previsto no Artigo 40 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 <b>Tiago Fontes Moretto</b> - <i>Advogado da União, Coordenador-Geral da Gestão Técnica e Administrativa Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes</i>	Pg. 32
Do Recurso Hierárquico ao Ministério dos Transportes em Face de Decisões das Agências Reguladoras Vinculadas <b>Marcelo Eugênio Feitosa Almeida</b> - <i>Advogado da União</i>	Pg. 41
Da Segregação de Contêineres <b>Aristarte Gonçalves Leite Júnior</b> - <i>Advogado da União</i>	Pg. 45
Privatização e Estadualização de Sociedade de Economia Mista <b>Isabel Cristina Pinho Bandeira Albuquerque</b> - <i>Advogada da União</i>	Pg. 53
<b>Pareceres</b>	
Controvérsias entre órgãos jurídicos da Administração Federal. Tendo como objeto cabimento de supervisão ministerial sobre Agências Reguladoras. Parecer Conjur/MT nº 81/2006 <b>Marcelo Eugênio Feitosa Almeida</b> - <i>Advogado da União</i>	Pg. 57
Possibilidade de Utilização de Pregão na Contratação de Serviços de Informática. Parecer nº 500 - 2004/MT/Conjur/CGTA <b>Pablo Bourbom Soares</b> - <i>Advogado da União</i>	Pg. 68

Contratação de Serviços de Consultoria. Agência de Comunicação Social.  
Parecer nº 336 - 2005/MT/Conjur  
**Tiago Fontes Moretto** - *Advogado da União* Pg. 71

Convênio. Transferência voluntária. Necessidade de observância das disposições da  
IN STN n.º 01/97  
Parecer nº 312 - 2004/MT/Conjur  
**Pablo Bourbom Soares** - *Advogado da União* Pg. 81

Anistia. Decadência. Art. 54 da Lei 9784/99  
Parecer nº 225 - 2005/AGU/Conjur/CGU  
**César do Vale Kirsch** - *Advogado da União* Pg. 91

## **Jurisprudência**

**Supremo Tribunal Federal**  
Lei Orçamentária - Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico. Artigo 177, § 4º,  
da Constituição Federal.  
Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.925-8 Distrito Federal Pg. 95

**Superior Tribunal de Justiça**  
Concessão de Serviço Público. Rodovia. Exigência de Tarifa (Pedágio) pela prestação de serviço  
concedido que prescinde, salvo expressa determinação legal, da existência de igual serviço  
prestado gratuitamente pelo Poder Público.  
Recurso Especial nº 417.804-PR (2002/0018047-0) Pg. 96

Permissão de serviço público. Transporte coletivo. Ausência de licitação. Violação à Constituição  
e à Lei nº 8.987/95. Inexistência de direito à indenização.  
Recurso Especial nº 303.217-MG (2001/0015166-3) Pg. 102

**Tribunal Regional Federal da 1ª Região**  
Portaria Interministerial nº 273/2004. Aplicabilidade.  
Suspensão de Segurança nº 2005.01.00.066991-0/AM Pg. 107

Portaria Interministerial nº 273/2004. Aplicabilidade.  
Suspensão de Segurança nº 2005.01.00.058570-7/AM Pg. 111

Programa Emergencial de Trafegabilidade e Segurança nas Estradas - Regularidade.  
Ação Civil Pública. Processo nº 2006.34.00.002163-0 Pg. 114

**Tribunal de Contas da União**  
Reequilíbrio econômico-financeiro. Prestação de serviços de natureza contínua.  
Incremento dos custos de mão-de-obra.  
TC 001.912/2004-8 Pg. 116

**Legislação** Pg. 118



## Apresentação

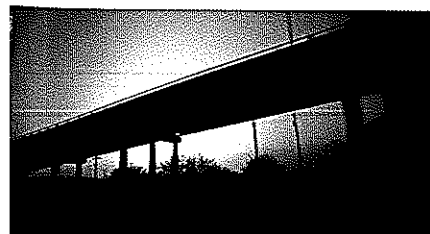
Nos últimos dois anos, a Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes, ao inaugurar uma nova metodologia de trabalho que prima pela preferência de Advogados da União em seu quadro de pessoal, buscou municiá-los com instrumentos jurídicos modernos de pesquisa e de trabalho, além de incentivar o aperfeiçoamento profissional por meio de cursos de pós-graduação *lato sensu*, participação em congressos, seminários na área jurídica e cursos específicos nas diversas áreas de interesse do Ministério.

A consequência natural desse aprimoramento foi o desejo de divulgar os diversos assuntos que tramitam na CONJUR/MT, razão por que se propôs e se obteve a anuência do Sr. Ministro de Estado dos Transportes para a instituição da Revista Jurídica deste Ministério, por meio da Portaria Ministerial nº 242, de 10 de agosto de 2005.

A Revista tem por objetivo a apresentação ao público das matérias mais relevantes de interesse dos Transportes, consignadas em pareceres, notas técnicas, artigos doutrinários, bem assim da jurisprudência firmada pelo órgão e em favor deste, dando aos atos praticados no âmbito do Ministério publicidade e transparência, deveres da Administração.

Espera-se que este trabalho, produzido pelo corpo de Advogados que compõem o quadro de pessoal da CONJUR/MT, possa vir a proporcionar informação de qualidade àqueles que atuam na advocacia pública e, mais especificamente, aos que laboram diretamente no Ministério dos Transportes.

Yolanda Corrêa Pereira  
Consultora Jurídica do Ministério dos Transportes





## Artigos



Yolanda Corrêa Pereira  
Consultora Jurídica

# O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial.

## I. INTRODUÇÃO.

No sistema processual brasileiro identificam-se, claramente, dois grupos de recursos cabíveis de decisões proferidas em juízo: os comuns, direcionados aos tribunais locais, cujos pressupostos de admissibilidade não denotam maiores exigências, senão aquelas dispostas na lei processual em vigor, e podem atacar tanto a matéria fática como a de direito; os excepcionais, com acento constitucional (CF, arts. 102, III, alíneas 'a' a 'd' e 105, III, alíneas 'a' a 'c'), são direcionados aos Tribunais Superiores, têm regras de admissibilidade próprias e rígidas, só podem discutir matéria de direito.

Nesse sentido, dispõe o art. 102, inciso III da CF:  
"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:  
(...)

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal."

Vê-se, portanto, que a Constituição já define quais as hipóteses de admissibilidade do Recurso Extraordinário, sendo claro que o juízo preliminar de conhecimento do RE é estritamente limitado à questão constitucional suscitada na interposição.

**"...a Constituição já define quais as hipóteses de admissibilidade do Recurso Extraordinário, sendo claro que o juízo preliminar de conhecimento do RE é estritamente limitado à questão constitucional suscitada na interposição."**

No mesmo sentido, o art. 105, III, da Carta Mãe, que ao fixar a competência do STJ para julgar o Recurso Especial, elege os pressupostos para sua admissibilidade:

"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:  
(...)

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal."

Partindo dessa premissa, vejamos então como caminhar no sentido de identificar nos recursos excepcionais os pressupostos definidos pela Constituição.



## II. DO PREQUESTIONAMENTO.

Destaca o art. 321 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

*"Art. 321. O recurso extraordinário para o Tribunal será interposto no prazo estabelecido na lei processual pertinente, com indicação do dispositivo que o autorize, dentre os casos previstos nos arts. 102, III, "a", "b", "c", e 121, §3º, da Constituição Federal".*

O mesmo tratamento é dado ao recurso especial, *ex vi* do art. 255 e seguintes do RISTJ.

Assim, no corpo da decisão do Tribunal de que se pretende recorrer excepcionalmente há de ter sido suscitada a questão federal ou constitucional, sob pena de inadmissibilidade do recurso.

Sendo certo que é constitucional o requisito do prequestionamento (RTJ 144/658), não será admitido recurso extraordinário ou especial na ausência de prequestionamento.

E o que vem a ser prequestionamento?

A palavra *prequestionamento* é bastante conhecida por todos os operadores do direito. Numa análise preliminar pode-se dizer que prequestionamento significa algo que foi previamente questionado ou debatido.

Nessa linha de raciocínio, prequestionamento é o ato de ter a parte suscitado uma determinada questão em momento pretérito. Assim, haveria prequestionamento quando a parte (autor, réu ou terceiro interessado) houvesse suscitado, em momento oportuno (passado), uma questão jurídica, de fato ou de direito, sendo irrelevante a apreciação da questão pelo órgão julgador ou sua recusa em apreciá-la.

Entretanto, juridicamente é este o significado que se quer dar à palavra?

Duas correntes se formaram em torno da interpretação do que vem a ser o 'prequestionamento'. Para a primeira, prequestionar decorre de um ato da parte, ou seja, a parte suscita previamente uma questão. Portanto, considera-se matéria prequestionada a que a parte suscitou antes de ter sido prolatada a decisão que será objeto de recurso especial ou extraordinário. Assim, de acordo com essa orientação, mesmo que o tribunal não aprecie a matéria, a parte poderá interpor recurso especial ou extraordinário com fundamento na questão não apreciada, uma vez que prequestionou a matéria, isto é, suscitou a questão. Para a segunda corrente, o prequestionamento é a efetiva apreciação de uma questão

por parte do órgão julgador. Como se pode notar, para essa corrente o prequestionamento ocorre em decorrência de um ato do julgador e não da parte, embora a atuação do julgador seja, na maior parte dos casos, decorrente de um pedido da parte.

O STJ adota a orientação da segunda corrente, que considera prequestionadas somente as questões apreciadas na decisão recorrida, independentemente de a parte tê-las suscitado na apelação. O prequestionamento, portanto, é decorrente de ato do órgão julgador, não da parte. De acordo com essa orientação, questão suscitada e não apreciada não é matéria prequestionada.

É o quanto adverte a Súmula 282 do STF:

*"É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".*

Sobre o tema, há muito afirmou o Ministro Eduardo Ribeiro "Note-se que não se alude a ter sido ou não tratada a questão anteriormente por alguma das partes. Em relação ao ponto omissis falta prequestionamento, haja ou não sido exposta a discussão, que está em perfeita consonância com o que vimos explanando, quanto ao conteúdo desse pressuposto de admissibilidade. Seria insustentável a afirmação de que existiria o prequestionamento, desde que ventilada a matéria no debate processual, ainda que nada se houvesse decidido". Conclui o Ministro, assim, que para a caracterização de prequestionamento é "Imprescindível o exame da questão pela decisão recorrida".

Destarte, para efeito da configuração do prequestionamento, a apreciação das questões constitucional e federal devem ter sido ventiladas pelo voto condutor do acórdão, ou seja, deve a questão ser razão de decidir do acórdão. Não configura prequestionamento a apreciação por parte do voto vencido.

O STF, nesse sentido, já se pronunciou:

*"Não se configura o prequestionamento se, no acórdão recorrido, apenas o voto vencido cuidou do tema suscitado no recurso extraordinário, adotando fundamento independente, sequer considerado pela maioria"*<sup>1</sup>.

De qualquer modo, é certo que a grande relevância do prequestionamento consiste em poder levar ao conhecimento do STJ ou do STF as questões federal ou constitucional, por meio dos recursos especial e extraordinário. É o prequestionamento que possibilita sejam abertas as portas das instâncias extraordinárias.

<sup>1</sup> STF, 1ª Turma, RE nº118.479-5-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 4.08.2000, p. 20.



### III. O PREQUESTIONAMENTO E A NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.

Sabe-se que os recursos extraordinário e especial são regidos por regras e princípios próprios, uma vez que diversos daqueles são aplicáveis aos recursos ordinários. Nesse sentido é o entendimento de José Miguel Garcia Medina ao defender que "os recursos extraordinário e especial constituem modalidade de recursos *sui generis*, classificados como 'recursos extraordinários, em virtude de possuírem características diversas das encontradas em outros recursos'<sup>2</sup>.

Nessa direção, o inciso III do art. 102 assevera que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe "*julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:*

- a) *contrariar dispositivo desta Constituição;*
- b) *declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;*
- c) *julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;*
- d) *julgar válida lei local contestada em face de lei federal.*"

O mesmo tratamento é dado ao recurso especial (CF, art. 105, III) que também exige, para fins de admissibilidade do recurso, o esgotamento da instância.

Para Giovanni Mansur Solha Pantuzzo "ao lado dos pressupostos recursais genéricos, comuns a todas as espécies recursais, deve o recorrente

especial ou extraordinário observar a presença concomitante de pressupostos exclusivos dos recursos constitucionais"<sup>3</sup>.

Assim, está na Constituição Federal o fundamento para a exigência do prequestionamento: apenas *questões decididas em única ou última instância* podem ser objeto de recurso especial e extraordinário.

Nesse sentido, conclui José Miguel Garcia Medina: "Da análise dos recursos extraordinário e especial percebe-se que os mesmos têm uma característica comum, ínsita ao caráter extraordinário dos mesmos, vale dizer não cabem de

qualquer decisão e da decisão cabível não podem ser voltadas a qualquer matéria.

De igual modo, das hipóteses de cabimento do recurso especial e do recurso extraordinário, (...), percebe-se que existem pressupostos comuns, aplicáveis aos dois recursos, quais sejam: a decisão recorrida seja decisão judicial de única ou última instância, e em tal decisão exista uma questão constitucional ou uma questão federal, quer se trate de recurso extraordinário ou recurso especial, respectivamente."

Assim, dizer que o RE e o REsp só são cabíveis das causas decididas em única ou última instância, significa dizer que a via excepcional somente pode ser utilizada quando não couber mais recurso nos órgãos inferiores, ou seja, quando esgotada a instância.

### IV. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E PREQUESTIONAMENTO.

Se alguma questão suscitada em recurso ordinário não tiver sido apreciada e decidida pelo tribunal local, devem ser opostos embargos de declaração para que seja suprida a omissão. Caso

contrário essa questão não poderá ensejar recurso especial, por falta de prequestionamento. A princípio, não serão cabíveis embargos de declaração se não estiver presente pelo menos uma das hipóteses previstas no art. 535, do CPC.

É fato: toda e qualquer decisão proferida por um dos

órgãos do Poder Judiciário deve ser fundamentada, sob pena de nulidade da decisão, na forma e nos termos do inciso IX do art. 93 da CR. Além disso, deve ser integralizada, isto é, deve corresponder exatamente às questões que foram suscitadas e aos pedidos que foram formulados pelas partes litigantes. Na hipótese de silêncio do órgão julgador quanto às questões suscitadas, considera-se que seu pronunciamento padece do vício de omissão.

Dessa forma, a omissão possibilita a oposição de embargos de declaração, na forma do art. 535 do CPC<sup>4</sup>.

**"...é certo que a grande relevância do prequestionamento consiste em poder levar ao conhecimento do STJ ou do STF as questões federal ou constitucional, por meio dos recursos especial e extraordinário."**

<sup>2</sup> In O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial, p. 109.

<sup>3</sup> Prática dos recursos especial e extraordinário. P. 71, Ed. Del Rey.

<sup>4</sup> Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I — houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II — for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal"





Sabe-se que o prequestionamento consiste em um requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, que deve ser observado pela parte irresignada quando da interposição do recurso. Entretanto, os recursos excepcionais somente serão cabíveis no caso de o tribunal *a quo* haver se manifestado sobre a questão federal ou constitucional no corpo da decisão de que se pretende recorrer, a fim de configurar o prequestionamento.

Se a questão federal ou constitucional, embora suscitada pela parte, não for apreciada pelo órgão julgador, deve a parte prejudicada opor embargos declaratórios, forçando o órgão julgador a se pronunciar expressamente sobre a matéria.

É o quanto dispõe a Súmula 356 do STF:

"O ponto omissivo da decisão, sobre a qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

Ademais, a jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores se conduz na direção de inadmitir recurso especial ou extraordinário na hipótese de ausência de prévio questionamento da questão federal ou constitucional, alertando, inclusive, para o fato de serem os embargos declaratórios o instrumento jurídico adequado para eliminar eventual ausência de prequestionamento.

**"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL FUNDADO NAS ALÍNEAS "A" E "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO DA QUESTÃO FEDERAL SUSCITADA PARA ESTA CORTE SUPERIOR: IMPRESCINDIBILIDADE .**

(...)

**III – O recurso de embargos de declaração é a via processual adequada para eliminar eventual ausência de prequestionamento da questão federal a ser suscitada para os Tribunais Superiores"<sup>5</sup>.**

O Excelso Pretório se manifestou no mesmo sentido:

**"AGRAVO REGIMENTAL.**

A atual jurisprudência desta Corte é no sentido de que se a ofensa à Constituição só ocorreu implicitamente no acórdão

objeto do recurso extraordinário, para haver prequestionamento dela é necessária a interposição de embargos de declaração por omissão dele quanto à questão constitucional surgida originariamente, a fim de que se possibilite ao Tribunal *a quo* que sobre elas se manifeste. No caso, a interposição desses indispensáveis embargos de declaração não ocorreu, inexistindo assim o prequestionamento das questões constitucionais relativas à violação da coisa julgada e do devido processo legal. Agravo Regimental a que se nega provimento"<sup>6</sup>.

Com efeito, o entendimento doutrinário prevalente caminha no sentido de admitir o prequestionamento de determinada matéria jurídica quando a decisão recorrida se manifeste expressamente, de forma clara e precisa, sobre a questão constitucional ou federal pertinente ao processo, indicando os dispositivos legais aplicáveis ao caso concreto, de forma a caracterizar o prequestionamento explícito da matéria.

Assim, é pacífico no STF o entendimento segundo o qual não são cabíveis embargos de declaração para suscitar questões que não foram previamente levantadas, exatamente porque nesse caso não há omissão a ser sanada, ou seja, somente devem os embargos de declaração versar sobre questões já suscitadas, mas não apreciadas. Se não há vício a sanar, os embargos são incabíveis, segundo a jurisprudência do STF.

Sobre a matéria, Athos Gusmão Carneiro assim se pronunciou:

"No alusivo à interposição de embargos de declaração com a finalidade de prequestionamento, é atualmente tranqüilo que para tanto os embargos só se prestam se, antes de proferido o acórdão embargado, o recorrente já suscita a questão federal, e a respeito manteve-se todavia omissivo o aresto; não se prestam os embargos, portanto, para suscitá-las originalmente, para *innovar* na matéria"<sup>7</sup>.

Rejeitados pelo tribunal *a quo* os embargos, pode-se considerar matéria prequestionada para fins de recurso especial e extraordinário?

O STJ já pacificou entendimento segundo o qual além da efetiva oposição dos embargos de declaração, o órgão julgador deverá, efetivamente, apreciar a questão suscitada, para que fique configurada a existência de prequestionamento e, assim, seja aberta a via processual do recurso especial.

<sup>5</sup> STJ, 2ª Turma, Resp. 146.834, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ. 02.02.1998, p. 96.

<sup>6</sup> STF, 1ª Turma Agravo Regimental em AI nº 339.420, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 12.04.2002, p. 60.

<sup>7</sup> Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial, p. 109/110

É o quanto dispõe a Súmula nº 211 do STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo".

Assim, de acordo com a orientação sumulada do STJ, não basta que a parte tenha oposto embargos de declaração para a caracterização do prequestionamento. É preciso que o tribunal tenha apreciado a questão.

Se o tribunal *a quo* não apreciar a questão, mesmo após instigado a tanto por meio de embargos de declaração, deverá a parte interpor recurso especial pela alínea "a", enfocando a violação ao art. 535, do CPC.

Posto isto, os embargos declaratórios denominados prequestionadores servem tão só para incitar o Tribunal *a quo* a suprir omissão referente à análise das questões jurídicas da demanda julgada, não sendo possível realizar-se o prequestionamento de temas anteriormente não levantados no processo através da oposição desses embargos declaratórios.

De acordo com o que foi exposto, tem-se que se o tribunal não se pronuncia a respeito de *questão de lei federal* que obrigatoriamente deveria se pronunciar, recusando-se a fazê-lo em sede de embargos de declaração, afirmando inexistir omissão, cabível é a interposição de recurso especial, por violação ao art. 535 do CPC, para que seja anulado o acórdão, devendo os autos retornar à segunda instância para apreciação da questão omitida.

Nessa hipótese, em que o objeto do recurso especial é a violação do art. 535 do CPC, o STJ irá apreciar a *questão* da existência ou não de omissão. Essa *questão* foi apreciada pelo acórdão recorrido – que afirmou inexistir omissão – razão pela qual está preenchido o requisito do prequestionamento.

Caso o tribunal não aprecie *questão constitucional*, mesmo após opostos embargos de declaração, é também recomendável que se interponha o recurso extraordinário com base na violação do dispositivo constitucional que teve a apreciação omitida, bem como com base na violação do dispositivo que garante o devido processo legal (art. 5º, LIV), de modo a contemplar as duas teses que existem no seio do STF.

"EMENTA: I. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. II. Recurso extraordinário, embargos de declaração e prequestionamento: a recusa do órgão julgador em suprir

omissão apontada pela parte através da oposição pertinente de embargos declaratórios não impede que a matéria omitida seja examinada pelo STF, como decorre a *contrario sensu* da Súmula 356 (...)"<sup>8</sup>.

Assim, os embargos declaratórios prequestionadores não têm outra finalidade senão a de provocar o Tribunal local a se manifestar sobre a questão jurídica (federal ou constitucional) sobre a qual se omitiu no acórdão recorrido, não servindo, pois, para prequestionar matéria nunca antes suscitada no processo.

## V. CONCLUSÃO.

O prequestionamento da questão federal ou constitucional decorre da própria natureza dos recursos especial e extraordinário. Isso porque se exige, para o Resp, que a decisão

recorrida tenha contrariado, negado vigência à lei federal, julgado válida lei local em face de lei federal, ou interpretado norma federal em desacordo com outro tribunal; e para o RE, que a decisão tenha contrariado dispositivo da Constituição,

declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgado válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou julgado válida lei local contestada em face de lei federal. Destas hipóteses deflui a idéia lógica de que deve haver julgamento, questionamento, na decisão recorrida a respeito da matéria. Por isso, exige-se prequestionamento.

Caso o Tribunal não aprecie matéria que a parte julga importante, deverão ser opostos embargos declaratórios para o suprimimento da omissão com relação a esse ponto. Persistindo a omissão, deverá o recurso especial ou o extraordinário ser interposto por ofensa ao art. 535 do CPC, para que, cassada a decisão do tribunal *a quo*, outra decisão seja emitida, a fim de que não seja ignorado o requisito do prequestionamento.

De tudo que foi exposto, restou absolutamente clara a importância do instituto do prequestionamento como meio através do qual se pode chegar aos Tribunais Superiores. É, portanto, requisito de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, sem o qual, fatalmente, serão estes inadmitidos.

<sup>8</sup> STF, 1ª Turma, AI-ED 439920 / SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 03.02.2006, p. 00031.



**Paulo Henrique Kuhn**  
Advogado da União  
Coordenador-Geral de Legislação e Jurisprudência  
Consultoria Jurídica no Ministério dos Transportes

## **O Veto Presidencial à Medida Provisória nº 82/2002 - Efeitos Jurídicos.**

I – Considerações acerca da oportunidade da Medida Provisória 82/2002; II – Da Natureza Jurídica das Medidas Provisórias; III – Do Trâmite Legislativo das Medidas Provisórias; IV – Dos Efeitos das Medidas Provisórias com o Texto Modificado por Emendas de Mérito; V – Da Ausência de Decreto Legislativo; VI – Do Trâmite Legislativo da Medida Provisória 82/2002; VII – Da Vigência e da Eficácia da Medida Provisória 82/2002; VIII – Da Relevância e Urgência da Medida Provisória 82/2002; IX – Do Interesse dos Entes Federativos com Relação à Transferência de Domínio das Rodovias Federais; X – Dos Repasses Financeiros já Efetivados; XI – Quanto aos Bens Públicos; XII – Da Consulta do Ministro dos Transportes ao TCU; XIII – A Matéria Junto ao Poder Judiciário; XIV – Conclusão.

1 – O presente artigo é fruto da necessidade de se enfrentar os efeitos advindos da Medida Provisória nº 82, publicada em 13/12/2002, que autorizou a União a transferir aos Estados e ao Distrito Federal o domínio de parte de sua malha rodoviária, e que após a celebração de vários Termos de Transferências com diversos entes da Federação, teve seu projeto de lei de conversão vetado integralmente pelo Presidente da República. O veto presidencial foi mantido pelo Congresso Nacional, circunstância que levou alguns entes da Federação a questionar os atos praticados em decorrência da medida provisória, afirmando que os Termos de Transferência firmados com a União seriam ilegítimos, porque a Medida Provisória nº 82/2002 que os autorizava não foi convertida em lei, nem foi editado pelo Congresso Nacional o decreto

legislativo previsto no parágrafo 3º do artigo 62 da CF/88, com o fim de disciplinar as relações jurídicas decorrentes da espécie normativa em questão, fato que teria tornado sem efeito a referida norma, bem como os Termos de Transferência de Domínio firmados.

2 - Aduziram ainda alguns Estados que os repasses financeiros previstos no §2º do art. 2º da medida provisória não poderiam ser revertidos, por entenderem que se trata de transferências voluntárias vinculadas à utilização nas rodovias federais.

3 - Em vista disso, sustentam que os atos praticados com o objetivo de efetivar as transferências de domínio devem ser revogados, para que as rodovias federais objeto dos Termos de Transferência permaneçam sob o domínio da União, ante a ausência de autorização legal para a prática do ato.

4 - De início, vislumbro necessária uma análise acerca das circunstâncias que envolveram a edição da Medida Provisória nº 82/2002.

### **I – CONSIDERAÇÕES ACERCA DA OPORTUNIDADE DA MP 82/2002**

5 - A Medida Provisória nº 82/2002 foi considerada oportuna nos termos da E.M.I nº 304-A MF/MT/AGU/CCIVIL, de 12 de dezembro de 2002, porque ao longo dos últimos anos que precederam sua edição, alguns Estados da Federação empreenderam obras de manutenção e de melhorias em estradas de rodagem federais.



6 - Algumas dessas obras foram executadas ao abrigo de convênios e com planos de trabalho e de aplicação claramente especificados, definindo as responsabilidades da União e dos Estados.

7 - Entretanto, existiram outras obras que foram realizadas sem o abrigo de convênios ou no abrigo desses, mas sem planos de trabalho e de aplicação de recursos, ou fora dos limites de especificações nesses estabelecidos, obras essas executadas por conta e risco dos Estados.

8 - Nesse contexto, foi recomendável que a União transferisse o domínio de tais estradas aos Estados, para que estes continuassem a efetuar os dispêndios em causa, mas fazendo-os em bens imóveis seus, motivo pelo qual foi editada a Medida Provisória nº 82/2002, que dispôs sobre a transferência da União para os Estados e o Distrito Federal de parte da malha rodoviária sob jurisdição federal, a título de descentralização e a seu exclusivo critério, observados os limites nela previstos, e desde que houvesse interesse por parte das unidades federativas.

9 - A malha rodoviária passível de transferência para os Estados e Distrito Federal foi definida em ato do Ministro de Estado dos Transportes, conforme teor do § 1º, do artigo 1º da MP<sup>1</sup>, restando previsto que a transferência de domínio se daria em caráter irrevogável e irretratável, mediante termo assinado pelo Ministro de Estado dos Transportes e pelo Governador do Estado ou do Distrito Federal.

10 - Também se afigurou razoável repassar aos Estados, quando da transferência de domínio das rodovias federais, um montante pecuniário suficiente à pronta e plena continuidade das obras de manutenção e de melhorias necessárias à boa conservação das estradas objeto da transferência pretendida.

11 - Em face disso foi previsto na MP 82/2002<sup>2</sup>, que em decorrência da transferência de domínio dos trechos

rodoviários, a União repassaria aos Estados e ao Distrito Federal o valor de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais) por quilômetro de rodovia federal objeto do Termo de Transferência de Domínio, recursos oriundos da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, à conta de dotação orçamentária própria, e que o recebimento do repasse implicaria renúncia a qualquer pretensão ou alegado direito que poderia existir relativamente ao ressarcimento ou indenização por eventuais despesas feitas em rodovias federais, sem convênio ou com convênio, em desacordo com o plano de trabalho e de aplicação de recursos.

12 - Após a manifestação de interesse por vários Estados da Federação, foram firmados os Termos de Transferência de Domínio de parte da malha rodoviária federal, uma vez atendidas as exigências previstas nos incisos I, II e III do parágrafo 3º do artigo 2º da referida Medida Provisória<sup>3</sup>.

13 - Tecidas essas considerações, entrevejo a necessidade de discorrer brevemente sobre a natureza jurídica das Medidas Provisórias, seu trâmite legislativo, bem como sobre seus efeitos por ocasião de alterações de mérito, com vistas a fundamentar o que adiante se dirá, para somente após discorrer acerca do trâmite legislativo da MP 82/2002.

## II – DA NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS.

14 - A medida provisória – no modelo originário da Constituição de 1988, bem como no modelo adotado pela Emenda Constitucional nº 32/2001 – é ato normativo primário, e provisório, restrito à esfera privativa de competência do Presidente da República, possuindo, desde logo, **força, eficácia e valor de lei**. Materialmente é lei. “Na prática, a medida provisória funcionava – e continua a funcionar – como um projeto de lei com eficácia antecipada, circunstância essa

<sup>1</sup> § 1º. A malha rodoviária federal passível de transferência para cada Estado e o Distrito Federal será definida em ato do Ministro de Estado dos Transportes.

<sup>2</sup> Art. 2º. A União repassará, nos limites e condições estabelecidos nesta Medida Provisória, aos Estados e ao Distrito Federal, em decorrência da transferência de domínio prevista no art. 1º, por intermédio do Ministério dos Transportes, à conta de dotação orçamentária própria, recursos oriundos da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, de que trata a Lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001, observados os limites de movimentação e empenho e de pagamento. (...)

<sup>3</sup> § 3º. A assinatura do termo de transferência de domínio e o repasse de que trata esta Medida Provisória ficam condicionados à:

I – declaração pelo Estado ou pelo Distrito Federal, na forma estabelecida pela Advocacia-Geral da União, de que todas as despesas realizadas em rodovias federais, direta ou indiretamente, sem convênio ou com convênio em desacordo com o plano de trabalho e de aplicação de recursos, foram efetuados por sua conta e ordem, não constituindo obrigação da União;

II – adimplência do Estado ou do Distrito Federal no que se refere ao pagamento de dívidas e demais obrigações financeiras para com a União, atestada pela Secretaria do Tesouro Nacional;

III – a renúncia em juízo a pretensão ou alegado direito em que se funda a ação, se houver, contra a União em que se pretenda o ressarcimento ou indenização por despesas incorridas com rodovias federais.



"(...) que impõe, em caráter inafastável, a necessidade de pronunciamento parlamentar"<sup>4</sup>.

15 - Ademais, a própria Constituição Federal de 1988 estabelece no *caput* do artigo 62<sup>5</sup> que as medidas provisórias serão editadas com força de lei.

### III – DO TRÂMITE LEGISLATIVO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS.

16 - As medidas provisórias entram em vigor na data de sua publicação, com submissão imediata ao Congresso Nacional, devendo ser convertidas em lei no prazo de 60 dias, prorrogável por igual período, sob pena de perda de sua eficácia desde a edição.

17 - O referido prazo para conversão em lei conta-se da data de publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional<sup>6</sup>.

18 - Uma vez submetidas ao Congresso Nacional, caberá à Comissão Mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional<sup>7</sup>.

19 - O parecer da Comissão Mista será único e deverá se manifestar quanto: **a)** à constitucionalidade, inclusive os pressupostos de urgência e relevância; **b)** ao mérito; **c)** à adequação financeira e orçamentária da medida; e **d)** ao cumprimento da imediata submissão do texto da medida provisória ao Congresso Nacional.<sup>8</sup>

20 - Com relação ao mérito da medida provisória, o parecer da Comissão poderá ser pela rejeição ou aprovação da medida (no todo ou em parte), manifestando-se também acerca da rejeição ou aprovação de emendas.

21 - Concluindo a Comissão pela alteração do texto da medida provisória, deverá apresentar **projeto de lei de conversão**<sup>9</sup>, e **projeto de decreto legislativo** disciplinando

as relações jurídicas decorrentes da vigência dos textos suprimidos ou alterados, que terão sua tramitação iniciada pela Câmara dos Deputados<sup>10</sup>.

22 - Em seguida, o projeto de lei de conversão será encaminhado à Câmara dos Deputados e posteriormente ao Senado Federal para deliberação.

23 - Uma vez aprovado o projeto de lei de conversão, que é a medida provisória com as alterações de mérito por emendas, este será enviado pela Casa onde houver sido concluída a votação, à sanção do Presidente da República<sup>11</sup>, e inexistindo qualquer modificação na medida provisória, a sanção Presidencial é dispensada. É o que se extrai, a *contrário sensu*, da leitura do parágrafo 12 do artigo 62 da CF/88<sup>12</sup>.

24 - Sancionado o projeto de lei de conversão pelo Presidente da República, segue-se a promulgação da lei com a remessa do texto para publicação no Diário Oficial da União.

25 - Vetado o projeto de lei de conversão pelo Presidente da República, retornará ao Congresso Nacional, e o veto deverá ser apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto, e se não for mantido, o projeto será enviado para promulgação ao Presidente da República<sup>13</sup>, ou promulgação pelo Senado, em caso de recusa presidencial.

26 - Após esta abordagem sobre o processo legislativo, é providencial que se escreva acerca dos efeitos das medidas provisórias que sofrem emendas de mérito.

### IV – DOS EFEITOS DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS COM O TEXTO MODIFICADO POR EMENDAS DE MÉRITO.

27 - Como já foi dito, as medidas provisórias possuem força de lei desde sua edição, gerando direitos e obrigações até que percam sua eficácia.

<sup>4</sup> Júnior, José Levi Mello do Amaral, *Medida Provisória e sua Conversão em Lei*, RT, 2004, p. 122.

<sup>5</sup> Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.(grifo nosso)

<sup>6</sup> Art. 57, e parágrafo 4 do artigo 62, ambos da CF/88.

<sup>7</sup> § 9º. Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das casas do Congresso Nacional.

<sup>8</sup> parágrafos 4 e 5 do artigo 4 da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>9</sup> inciso I do parágrafo 4 do artigo 5 da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>10</sup> inciso II do parágrafo 4 do artigo 5 da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional.

<sup>11</sup> artigo 13 da Resolução 1/2002 do Congresso Nacional

<sup>12</sup> Artigo 62, parágrafo 12. Aprovado projeto de lei de conversão, alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

<sup>13</sup> parágrafos 4 e 5 do artigo 66 da CF/88.

28 - Havendo modificação do texto original durante o trâmite legislativo, deverá ser apresentado projeto de lei de conversão, que uma vez aprovado, será encaminhado para sanção pelo Presidente da República.

29 - Nesse caso, a medida provisória manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto de lei de conversão, de acordo com o parágrafo 12º do artigo 62 da CF/88<sup>14</sup>, tendo em vista que a medida provisória está produzindo efeitos desde sua edição. Já o projeto de lei de conversão não produzirá nenhum efeito até que seja sancionado. O fato de ter ocorrido emenda de mérito ao texto original da medida provisória não lhe confere vigência e eficácia antes da necessária sanção. Esclarecendo: uma coisa é a medida provisória original, que permanece em vigor mesmo após as alterações; e, outra coisa, é o projeto de lei de conversão, que não surte qualquer efeito antes da necessária sanção e publicação.

30 - Vale dizer que a medida provisória permanece eficaz, em seu texto original, durante a fase de sanção ou veto, pois *"se o projeto de lei ainda não obriga, para que o caos legislativo não se instaure, a medida provisória, mesmo que alterada, deve, nos termos de sua edição original, ser mantida."*<sup>15</sup>

31 - E efetivamente esta é a melhor interpretação para a matéria, justamente no sentido de que a medida provisória mantém sua eficácia até a promulgação da lei oriunda do projeto de lei de conversão, e não até o veto presidencial, mantendo sua eficácia mesmo após o veto, com o retorno do projeto de lei de conversão para o Congresso Nacional, com o fim de evitar a ocorrência de um vácuo legislativo.

32 - Na mesma linha de interpretação, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO<sup>16</sup> diz:  
**"9) Sanção Presidencial."**

*"Deixa claro o novo texto que o Presidente da República deverá sancionar – e evidentemente poderá vetar, total ou parcialmente – o projeto de lei de conversão, se este alterar o que consta da medida provisória (parágrafo 12º). A "contrário sensu", essa sanção é dispensada se a conversão nada modificar do texto da medida provisória."*

*"Por sua vez, explicita o parágrafo 12º que, enquanto não decorrer o prazo de sanção ou veto, ou – depreende-se – até a eventual rejeição do veto, vigorará o texto da medida provisória."*

33 - JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR<sup>17</sup> tem o mesmo entendimento:

*"Manoel Gonçalves Ferreira Filho sustenta, ainda, que, vetado o projeto de lei de conversão, permanece vigente o texto da medida provisória (...) até a eventual rejeição do veto (...). Com efeito, a ilação é juridicamente irreparável, máxime em face da celeridade que a Constituição pretende imprimir à*

***"Com efeito, a ilação é juridicamente irreparável, máxime em face da celeridade que a Constituição pretende imprimir à tramitação parlamentar do veto (apreciação em sessão conjunta, dentro de trinta dias do recebimento do veto, sob pena de trancamento da pauta de votações). Ademais, o entendimento em causa concorre para a segurança e a estabilidade das relações jurídicas."***

*tramitação parlamentar do veto (apreciação em sessão conjunta, dentro de trinta dias do recebimento do veto, sob pena de trancamento da pauta de votações). Ademais, o entendimento em causa concorre para a segurança e a estabilidade das relações jurídicas. (grifo nosso)*

34 - IVES GANDRA DA SILVA MARTINS<sup>18</sup> apresenta os seguintes argumentos, quando

comenta o parágrafo 12º do artigo 62 da CF/88<sup>19</sup>:

*"Compreende-se a cautela do constituinte. Projeto aprovado com texto alterado pela MP, embora represente a vontade do Legislativo, ainda carece de sanção presidencial ou promulgação pelo Senado, em caso de o Presidente recusar-se a assinar, na hipótese de derrubada de veto. E só a sanção com promulgação pelo Congresso é que faz o projeto entrar no mundo jurídico, obrigando os sujeitos à lei a obedecê-la. Ora, se o projeto de lei ainda não obriga, para que o caos*

<sup>14</sup> § 12. Aprovado projeto de lei de conversão, alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

<sup>15</sup> Bastos e Martins, Comentários à Constituição do Brasil, p. 512.

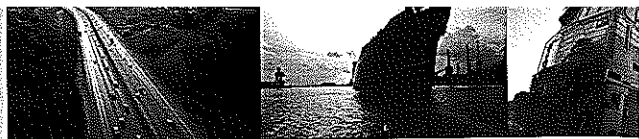
<sup>16</sup> Do Processo Legislativo, Saraiva, 5 edição, p. 244.

<sup>17</sup> Medida Provisória e Sua Conversão em Lei, RT, 2004, p. 238.

<sup>18</sup> O Novo Regime Constitucional das Medidas Provisórias, publicado na obra "Constituição e Segurança Jurídica, estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence, Editora Fórum, 2004.

<sup>19</sup> Artigo 62, parágrafo 12. Aprovado projeto de lei de conversão, alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.





*legislativo não se instaure, a medida provisória, mesmo que alterada, deve, nos termos de sua edição original, ser mantida. Ofertei ao Governo Federal antes da EC nº 32 parecer, defendendo idêntica posição. A meu ver, seria desnecessário o novo texto, porque já contido no texto anterior. A explicitação, todavia, de princípio implícito não me parece ruim, pois espanca definitivamente qualquer dúvida.”* (grifo nosso)

35 - Desse modo, reputo acertado o presente entendimento, no sentido de que permanece em vigor o texto original da medida provisória no prazo de sanção e veto, **bem assim durante o exame congressional de eventual veto oposto**, tudo em razão do que se deflui do parágrafo 12º do artigo 62 da Constituição de 1988, isto é, enquanto o veto não for enfrentado pelo Congresso Nacional, a medida provisória permanece eficaz e vigente em seu texto original, desde que o projeto de lei de conversão tenha sido aprovado dentro do período de 120 dias<sup>20</sup>, pois, se a aprovação se der após este período, o entendimento não poderá ser outro, senão o de inaplicabilidade do parágrafo 12º do artigo 62 da CF/88, tendo em vista que a medida provisória já terá perdido a sua eficácia.

36 - Uma vez enfrentado o veto presidencial pelo Congresso Nacional, sendo mantido, deverá ser editado Decreto Legislativo para disciplinar as relações jurídicas decorrentes da medida provisória.

37 - Revela-se oportuno escrever sobre a omissão do Congresso Nacional em editar o Decreto Legislativo previsto no § 3º do artigo 62 da CF/88.

## V – DA AUSÊNCIA DE DECRETO LEGISLATIVO.

38 - Havendo omissão do Congresso Nacional em editar o referido Decreto Legislativo, ocorre a incidência do § 11º do artigo 62 da CF/88.

39 - A principal consequência da omissão legislativa se dá com relação aos seus efeitos.

40 - Com a regular edição do decreto legislativo, as medidas provisórias não convertidas em lei no prazo constitucional perdem sua eficácia **desde a edição, ex tunc**.

41 - Em não sendo editado o decreto legislativo, por força do § 11º do artigo 62 da CF/88, as relações jurídicas

constituídas e decorrentes dos atos praticados durante a vigência da medida provisória conservar-se-ão por ela regidas, ou seja, **a medida provisória não perde eficácia desde sua edição, tendo em vista a exceção contida no § 3º do artigo 62 da CF/88.**

42 - IVES GANDRA DA SILVA MARTINS<sup>21</sup> apresenta os seguintes argumentos quando comenta o parágrafo 11º do artigo 62 da CF/88<sup>22</sup>:

*“Tanto no texto pretérito como no atual a rejeição ou não aprovação de medida provisória tira-lhe a eficácia e a vigência.” As relações jurídicas decorrentes, todavia, devem ser, definitivamente, conformadas por decretos legislativos do Congresso Nacional.*

*Pode ocorrer, todavia, de o Parlamento não o elaborar, não podendo aquelas relações decorrentes de medida provisória que perdeu vigência e eficácia “ex tunc” ficar em estado de “provisoriedade” permanente. Houve por bem, o constituinte, impor sanção ao Congresso Nacional que, se for omissor, perderá sua competência regulatória, tornando-se definitivas suas determinações, nos exatos termos em que nasceram, na veiculação do Executivo.*

*Em outras palavras, para aquelas relações, as medidas provisórias continuam existindo nos exatos termos em que foram reguladas, não mais sobre elas podendo o Congresso Nacional atuar para modificá-las. À evidência, tal direito adquirido é à própria relação e não ao regime jurídico que poderá ser alterado no futuro, por outra medida provisória ou por lei.”* (grifo nosso)

43 - MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO<sup>23</sup> tem o mesmo entendimento:

*“Isto mudou com a emenda nº 32. Embora o parágrafo 3º do art. 62, novo, continue a prever que as medidas provisórias não convertidas em lei perderão “ex tunc” a sua eficácia, ele ressalva as situações regidas pelos parágrafos 11º e 12º. Ora, este parágrafo 11º mantém regidas pela medida provisória as situações dela decorrentes. Entretanto, nos primeiros sessenta dias posteriores à perda de eficácia da medida, decreto legislativo poderá dispor sobre essas relações jurídicas, consoante prevê o parágrafo 3º, “in fine”.*

*Há nisso uma profunda modificação no que resultava do texto*

<sup>20</sup> § 3º do artigo 62 da CF/88.

<sup>21</sup> O Novo Regime Constitucional das Medidas Provisórias”, publicado na obra “Constituição e Segurança Jurídica, estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence, Editora Fórum, 2004.

<sup>22</sup> Artigo 62, parágrafo 11 – Não editado o decreto legislativo a que se refere o parágrafo 3 até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidos.

<sup>23</sup> Do Processo Legislativo”, Saraiva, 5ª edição, p. 242.

*primitivo. Neste, os efeitos da medida provisória não convertida se desconstituíam, salvo se decreto legislativo dispusesse em contrário. Ao invés, hoje eles perduram válidos, salvo se o decreto legislativo dispuser em contrário. E isso no prazo de sessenta dias.*

*Ocorre, portanto, uma presunção a favor da permanência do regime aplicado às relações jurídicas pela medida provisória.” (grifo nosso).*

44 - Com o mesmo teor se manifesta ALEXANDRE DE MORAES<sup>24</sup>:

*“Dessa forma, a rejeição das medidas provisórias, seja expressa, seja tácita, opera com efeitos retroativos - ex tunc -, competindo ao Congresso Nacional a edição do decreto legislativo para disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.*

*Caso, porém, o Congresso Nacional não edite o decreto legislativo no prazo de 60 dias após a rejeição ou perda de sua eficácia, a medida provisória*

*continuará regendo somente as relações constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência.*

*Assim, diferentemente do texto original da Constituição da República, a EC 32/01 estabeleceu*

*prazo de 60 dias para o exercício da competência congressional em regulamentar as relações jurídicas na hipótese de rejeição de medidas provisórias.*

*A inércia do Congresso Nacional no exercício de sua competência acarretará a conversão dos tradicionais efeitos ex tunc (retroativos), decorrentes da rejeição da medida provisória, para efeitos ex nunc (não retroativos). Trata-se, pois, de envergonhado retorno aos efeitos não retroativos decorrentes da rejeição expressa do antigo Decreto-Lei. Ressalte-se, porém, que essa transformação de efeitos somente ocorrerá caso o Congresso Nacional não edite o necessário decreto legislativo no prazo constitucionalmente fixado.*

*Dessa forma, a Constituição permite, de forma excepcional e restrita, a permanência dos efeitos de medida provisória expressa ou tacitamente rejeitada, sempre em virtude de inércia do Poder Legislativo.” (grifo nosso)*

45 - Assim, pela inércia do Poder Legislativo em editar o decreto legislativo no prazo de 60 dias, a medida provisória rejeitada manterá sua eficácia durante o tempo em que esteve vigente, regulando as relações jurídicas ocorridas nesse período, assumindo o caráter de “lei temporária”.

46 - Vencidas as questões gerais às medidas provisórias, passo à análise da questão específica, qual seja, a medida provisória nº 82/2002.

## VI – DO TRÂMITE LEGISLATIVO DA MP 82/2002.

47 - A MP 82/2002 foi publicada no DOU de 07.12.2002 e dentro do prazo de 120 dias previsto no parágrafo 3º do artigo 62 da CF/88<sup>25</sup> sofreu alterações de mérito no seu texto, dando origem ao projeto de lei de conversão nº 03/

2003, que foi devidamente aprovado pelas duas Casas do Congresso Nacional e enviado para sanção do Presidente da República.

48 - O Presidente da República, nos moldes do parágrafo 1º do artigo 66 da CF/

88, vetou integralmente o projeto de lei de conversão referido, através da MENSAGEM Nº 198, de 19 de maio de 2003, publicado no DOU de 20/05/2003.

49 - O projeto de lei de conversão retornou ao Congresso Nacional que, em 26/05/2003, apreciou o veto presidencial<sup>26</sup>, que acabou sendo mantido, tudo conforme previsto no parágrafo 4º do artigo 66 da CF/88<sup>27</sup>.

50 - Mantido o veto presidencial, foi proposto em 24.06.2003 o projeto de decreto legislativo nº 377/2003, para disciplinar as relações jurídicas decorrentes da Medida Provisória nº 82/2002, mas que até a presente data não foi editado.

51 - Diante do trâmite legislativo narrado, verifica-se a subsunção ao presente caso, do § 11º do artigo 62 da CF/88, evidenciando que as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência da medida provisória continuam por ela regidas.

### **“A inércia do Congresso Nacional no exercício de sua competência acarretará a conversão dos tradicionais efeitos ex tunc (retroativos), decorrentes da rejeição da medida provisória, para efeitos ex nunc (não retroativos).”**

<sup>24</sup> Constituição do Brasil Comentada, artigo 62, item 62.6.

<sup>25</sup> § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogáveis, nos termos do § 7º, uma vez, por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

<sup>26</sup> Informação obtida no resumo anexo ao Memorando nº 326 GM/MT, de 18 de março de 2005, anexado ao processo nº 50000.008586/2003-80.

<sup>27</sup> Art.66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação, enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. (...)

§ 4º. O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.



## VII – DA VIGÊNCIA E DA EFICÁCIA DA MP 82/2002.

52 - Diante de toda exposição acima, e da constatação de que o veto presidencial ao projeto de lei de conversão nº 03/2003 foi apreciado e mantido pelo Congresso Nacional, e em vista da clara incidência do parágrafo 11º do artigo 62 da CF/88, entendemos que a Medida Provisória 82/2002 entrou em vigor no dia da sua publicação, com plenos efeitos, e continua a reger as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência, tendo em vista que a perda dos efeitos operou-se *ex nunc*.

53 - Em razão desse entendimento, todos os atos praticados com base na Medida Provisória 82/2002 são válidos, gerando direitos e obrigações entre a União e os Estados que firmaram Termos de Transferência, nos exatos termos de seu texto, bem como de acordo com o texto dos Convênios firmados e Portarias editadas pelo Ministro dos Transportes.

54 - Ressalto, por fim, que a medida provisória em comento gerou efeitos, e é a norma que autorizou a celebração dos convênios, bem como a transferência de bens públicos, na medida em que possui força de lei nos termos do texto constitucional.

55 - De qualquer modo, como não há mais a viabilidade de edição do referido decreto legislativo, ante a ausência de competência constitucional do Congresso Nacional, tendo em vista o decurso do prazo estabelecido para sua edição, a referida medida provisória segue regulando os atos praticados durante sua vigência, e nela embasados.

56 - Sem embargo disso, pode-se verificar que o Projeto de Decreto Legislativo nº 377/2003, em que pese não haver sido editado pelo Congresso Nacional, convalida os termos de transferência de domínio das rodovias federais regularmente firmados sob a vigência da Medida Provisória nº 82/2002<sup>28</sup>, o que corrobora a tese de que os convênios celebrados são válidos e devem ser cumpridos integralmente.

## VIII – DA RELEVÂNCIA E URGÊNCIA DA MP 82/2002.

57 - Adentro nessa matéria porque os pressupostos constitucionais da relevância e urgência para a adoção da MP 82/2002 também foram questionados por alguns Estados, que não os reputavam presentes no caso em comento.

58 - Entendo de forma diversa. A edição da MP 82/2002 se deu de forma regular, com o atendimento dos requisitos de relevância e urgência, muito bem demonstrados na exposição de motivos da referida norma, nos itens "9", "10" e "11", *verbis*:

*"9. Destacamos, ainda, Excelentíssimo Senhor Presidente da República, que o projeto de medida provisória ora apresentado versa temática de inquestionável relevância, porquanto em muito concorre para com uma salutar redistribuição de tarefas entre os entes da federação brasileira. O projeto prestigia a*

*capacidade de os Estados gerirem as estradas existentes em seus territórios, conforme recomenda o princípio da subsidiariedade inerente às federações democráticas contemporâneas. Sim, se acaso os Estados podem desempenhar – e bem – uma dada tarefa, é imperioso que a União limite-se tão-só a*

*amparar supletivamente os Estados se e quando for o caso. É o que se pretende – conforme antes demonstrado – no caso vertente, porquanto a União repassará o domínio e o cuidado para com boa parte da malha rodoviária existente nos territórios dos Estados, auxiliando-os, já em um primeiro momento, com considerável aporte de recursos financeiros. 10. Enfim, a matéria é urgente, porquanto há anos tramitam no Congresso Nacional proposições legislativas correlatas à temática enfocada no projeto ora apresentado a Vossa Excelência, tal como o Projeto de Lei nº 1.176, de 1995 ("Estabelece os princípios e as diretrizes para o Sistema Nacional de Viação e dá outras providências"), apresentado pelo Poder Executivo. Sim, a teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a "existência de projeto de lei sobre a matéria, antes de provar a falta de urgência, pode evidenciá-la, se o*

**"...não há mais a viabilidade de edição do referido decreto legislativo, ante a ausência de competência constitucional do Congresso Nacional, tendo em vista o decurso do prazo estabelecido para sua edição, a referida medida provisória segue regulando os atos praticados durante sua vigência, e nela embasados."**

<sup>28</sup> Art. 1º. Ficam convalidados os termos de transferência de domínio de rodovias federais regularmente firmados sob a vigência da Medida Provisória nº 82, de 07 de dezembro de 2002, observadas as seguintes condições:

processo legislativo não se ultima no tempo em que o Poder competente razoavelmente reputa necessário à vigência da inovação proposta, que, de qualquer modo, ficará sujeita à decisão final, ex tunc, do congresso Nacional." (cf. Voto do Relator no Supremo Tribunal Federal, ADInMC nº 526-0/DF, Tribunal Pleno, Rel.: Min.: Sepúlveda Pertence, DJ de 05.03.1993).

11. Há mais: o entendimento jurisprudencial referido foi consagrado – como orientação de governo – no Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, que assim dispõe no § 1º do seu art. 40: "Caso se verifique demora na apreciação de projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo, poderá o órgão competente, configuradas a relevância e a urgência, propor a edição de medida provisória."

59 - Além disso, destaca-se que os requisitos de relevância e urgência foram enfrentados pelo Congresso Nacional, que os entendeu presentes em Parecer sobre o Projeto de Lei de Conversão nº 03/2003, proveniente da Medida Provisória nº 82/2002, verbis:

*"A Medida Provisória em questão atende aos requisitos constitucionais de relevância e urgência, conforme bem demonstra a Exposição de*

*Motivos que acompanhou a sua edição, nos seus itens 9 a 11. A matéria em questão não se encontra no rol daquelas que não podem ser objeto de medida provisória, exposto no § 1º do artigo 62 da Constituição Federal."* (grifo nosso)

60 - JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR<sup>29</sup> aborda o tema da seguinte forma:

*"Se acaso for verificada "(...) demora na apreciação de projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo, poderá o órgão competente, configuradas a relevância e a urgência, propor a edição de medida provisória", o que reflete jurisprudência já referida do Supremo Tribunal Federal.*

*Com efeito, o entendimento em causa foi invocado – já sob o modelo da Emenda constitucional n. 32/2001 – na Exposição de Motivos Interministerial 304-A, dos Ministros de Estado da Fazenda, dos Transportes, Advogado-Geral da União e Chefe da Casa Civil da Presidência da República, de 12.12.2002, relativa a projeto que deu origem à Medida Provisória 82, de 07.12.2002, que: "Dispõe sobre a*

*transferência da União para os Estados e o Distrito Federal de parte da malha rodoviária sob jurisdição federal, nos casos que especifica, e dá outras providências".* (grifo nosso)

61 - Assim, não vejo a inconstitucionalidade alegada.

## IX – DO INTERESSE DOS ENTES FEDERATIVOS COM RELAÇÃO À TRANSFERÊNCIA DE DOMÍNIO DAS RODOVIAS FEDERAIS.

62 – Destaca-se que a Medida Provisória nº 82/2002 apenas autorizou a União a transferir aos Estados e ao Distrito Federal parte da malha rodoviária sob sua jurisdição, sendo necessária a efetivação da transferência de domínio, manifestação de interesse dos referidos entes federativos.

63 – Dessa forma, todos os 15 (quinze) Estados que firmaram

Termos de Transferência de Domínio de Rodovias Federais com a União encaminharam ao Ministro dos Transportes manifestações de interesse, solicitando a transferência e materializaram o referido interesse, firmando os documentos hábeis a gerar os

efeitos pretendidos, quais sejam, os Termos de Transferência de domínio de rodovias federais.

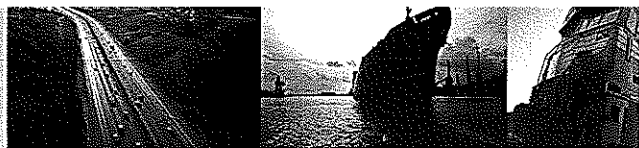
64 – Após a manifestação de interesse, celebração dos Termos de Transferência, inclusive com o recebimento de repasses financeiros, causa estranheza que alguns entes federativos sustentem a inviabilidade legal das transferências das rodovias, e de forma inusitada, pretendam a não devolução à União dos valores já recebidos.

## X – DOS REPASSES FINANCEIROS JÁ EFETIVADOS.

65 - Os repasses financeiros efetuados pela União aos Estados, em decorrência da MP 82/2002, bem como os Convênios celebrados, são a evidente prova de que a referida norma surtiu efeitos.

66 - No entanto, alguns Estados sustentam que a MP 82/2002 perdeu seus efeitos desde sua edição, o que inviabilizou

<sup>29</sup> obra citada, pg. 231/232.



a transferência de bens federais, por ausência de lei, mas que os efeitos financeiros devem ser mantidos, ou seja, que os repasses financeiros já efetivados pela União por conta dos convênios em comento, não podem ser revertidos, na medida em que se trata de transferências voluntárias vinculadas à utilização nas rodovias federais.

70 - "Data venia", os repasses em questão somente se deram em decorrência da MP 82/2002, editada com força de lei. A não restituição dos valores locupletaria indevidamente o ente da Federação, tendo em vista que o repasse se deu nas condições previstas na MP 82/2002, nos convênios celebrados, e em razão dos cronogramas estabelecidos nas portarias editadas pelo Ministério dos Transportes.

71 - Se fosse entendido pela impossibilidade da transferência de domínio das rodovias federais, imperiosa seria a devolução à União dos valores já recebidos pelos Estados, na medida em que a transferência dos recursos somente se deu em face da **vinculação** à transferência de domínio.

72 - Ora, sem a transferência de domínio das rodovias federais ao Estado, não há que se falar em transferência de recursos. Não vejo qualquer dúvida com relação a essa questão.

73 - Também não impressiona o argumento lançado por alguns Estados, quando afirmam que os valores repassados seriam transferências voluntárias, motivo da desnecessidade de retorno à União. Com relação ao assunto, no *caput* do artigo 25 da LC 101/2000<sup>30</sup>, foi dito pelo legislador que não serão consideradas como transferências voluntárias as que decorrerem de determinação legal.

74 - Ora, a Medida Provisória nº 82/2002 foi editada com força de lei, surtiu efeitos, e continua a reger os atos jurídicos praticados em decorrência de seus mandamentos, não tendo desaparecido do mundo jurídico, tudo conforme acima exposto.

75 - Dessa forma, não resta dúvida que os repasses efetuados aos Estados ocorreram por autorização e

determinação legal, qual seja, a Medida Provisória nº 82/2002, não se caracterizando como transferência voluntária prevista no artigo 25 da LC 101/2000.

76 - Ainda, não é demasiado ressaltar que o art. 2º da Medida Provisória nº 82/2002, indica que os recursos repassados pela União aos Estados são oriundos da contribuição de intervenção no domínio econômico – CIDE, de que trata a Lei 10.336, de 19 de dezembro de 2001, que institui Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível, à conta de dotação orçamentária própria.

77 - Em razão disso, resta aplicável para o caso a Lei 10.336, de 19 de dezembro de 2001, que determina que o produto da arrecadação da CIDE deverá, na forma da lei orçamentária, ter destinação específica, conforme incisos "I", "II" e "III", do parágrafo 1º do artigo 1º<sup>31</sup>, o que deve ter sido respeitado pelos Estados que obtiveram o repasse com base na Medida Provisória nº 82/2002.

78 - Diante disso, cabe aos Estados aplicar corretamente os repasses recebidos por conta das referidas transferências de domínio, que importaram em quase dois bilhões de reais.

## XI – QUANTO AOS BENS PÚBLICOS.

79 – Outro argumento dos Estados que questionam os atos praticados em decorrência de MP 82/2002, é o de que as rodovias federais transferidas são classificadas como bens públicos de uso comum do povo<sup>32</sup>, e que em razão disso seriam inalienáveis<sup>33</sup>, admitindo a hipótese de cessão<sup>34</sup>, mas que a Medida Provisória nº 82/2002 não se coaduna com os institutos da cessão ou da concessão de uso de bem público de uso comum do povo, circunstância que não autorizaria, por ausência de lei, a transferência de domínio das referidas rodovias.

<sup>30</sup> Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, **que não decorra de determinação constitucional, legal** ou os destinados ao Sistema Único de Saúde. (grifo nosso)

<sup>31</sup> "Art. 1º. (...)

1º O produto da arrecadação da CIDE será destinado, na forma da lei orçamentária, ao:

I – pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, de gás natural e seus derivados e de derivados de petróleo;

II – financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; e

III – financiamento de programas de infra-estrutura de transportes." (grifo nosso)

<sup>32</sup> Art. 99 do CCB – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Art. 99. São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; (...).

<sup>33</sup> Art. 100 do CCB – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

<sup>34</sup> Com base no Decreto-Lei nº 9760/40 – "Art. 64. Os bens imóveis da União não utilizados em serviço público poderão, qualquer que seja a sua natureza, ser alugados, aforados ou cedidos.

80 - De fato, as rodovias em questão são caracterizadas como bens públicos de uso comum do povo.

81 - Não concordamos, entretanto, com a impossibilidade de transferência de domínio dos referidos bens pela União, na medida em que houve autorização legal para que o domínio das rodovias federais fosse transferido aos Estados e ao Distrito Federal, como se depreende do texto da Medida Provisória nº 82/2002, editada **com força de lei**.

82 - Desse modo, e nos termos do § 2º da Cláusula Terceira dos Termos de Transferência firmados com os Estados, a transferência de domínio está acontecendo regularmente, de acordo com o cronograma estabelecido, não podendo qualquer Estado furtar-se ao recebimento das rodovias, nem da obrigação de conservá-las.

## XII – DA CONSULTA DO MINISTRO DOS TRANSPORTES AO TCU.

83 - Em agosto de 2005 o Ministro de Estado dos Transportes encaminhou consulta ao Tribunal de Contas da União, processo que recebeu o nº TC 015.422/2005-7, justamente questionando se as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência da Medida Provisória nº 82/2002 continuam sendo por ela regidas, sendo válidas as transferências dos trechos dos termos assinados durante a sua vigência.

84 - A consulta ainda não foi respondida pelo TCU, mas já houve manifestação da 1ª Secretaria de Controle Externo, firmada pela Analista de Controle Externo Fernanda Maria Oga, com a devida concordância da Secretária de Controle Externo.

85 - Passo a transcrever a conclusão da referida manifestação técnica:

*"Conclui-se que:*

*3.31 após a Emenda Constitucional nº 32/2001, como as medidas provisórias passaram a ser regidas pelo princípio da segurança jurídica, as relações jurídicas estabelecidas durante sua vigência, caso a medida provisória perca sua eficácia por rejeição, revogação ou veto, possuirão sempre uma norma que as regule inteiramente: ou o decreto legislativo, que deve ser emitido em até 60 (sessenta) dias após a perda da eficácia da medida provisória, ou a própria medida provisória, cujos termos originais serão mantidos, para o seu período de vigência, caso o Congresso não se manifestar no prazo acima, que é decadencial. A permanência dos*

*termos originais da medida provisória faz com que ela se aproxime de uma lei de vigência temporária. Como as relações jurídicas firmadas durante a vigência da medida provisória possuem uma fundamentação jurídica que as regula inteiramente, a lei anterior, que volta à vigência por repristinação, deve respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, pois assim determina o princípio da irretroatividade das leis (item 2.109);*

*3.32 essas relações jurídicas permanecerão com efeitos concretos para além da vigência da medida provisória, pois isto decorre da própria definição de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada, do caráter de sistema do direito, do princípio da irretroatividade das leis e do novo regime instituído para as medidas provisórias pela Emenda Constitucional nº 32/2001, que privilegia a segurança jurídica. E este novo regime não atenta contra a separação de poderes, visto que a separação de poderes que deve ser seguida é a que consta na Constituição. E na Constituição de 88, as medidas provisórias, com seus efeitos, fazem parte dos atos normativos definidos pelo legislativo. E as medidas provisórias deixaram de somente ser instrumentos da democracia formal para se tornarem também meios para a democracia substancial (Item 2.110);" (grifei)*

Mais adiante:

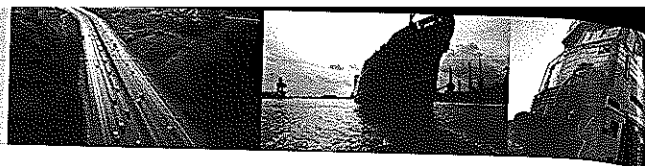
*"Conclui-se que:*

*3.57 como os termos para a transferência de domínio de estradas da União para os Estados foram assinados dentro da vigência da Medida Provisória nº 82/2002, tornaram-se atos jurídicos perfeitos e não poderão ser alcançados pela lei antiga, que voltou a ser vigente após o fim da eficácia da medida provisória (item 2.139);*

*3.58 os direitos dos Estados - domínio sobre as estradas e recebimento de recursos da CÍDE, assim como o direito da União - exigir a manutenção, recuperação, conservação, restauração, melhoria e pavimentação pelos Estados das rodovias estadualizadas - são direitos subjetivos, visto foram concedidos por meio da assinatura dos termos (situação social), com base na Medida Provisória nº 82/2002 (norma jurídica que incide) e, caso não atendidos pelo outro ente federativo, podem ser exigíveis por via judicial (Item 2.140);*

*3.59 os direitos subjetivos acima descritos se incorporaram aos patrimônios jurídicos dos Estados e da União durante o período de vigência da Medida Provisória nº 82/2002, tornando-se direitos adquiridos, que não podem mais ser alcançados pela lei antiga que volta à vigência*





após o fim da eficácia da referida Medida Provisória (item 2.141);" (grifei)

Mais:

"Conclui-se que:

3.61 *apesar da falta de um decreto legislativo que regule as relações jurídicas, tanto os termos de transferência quanto os direitos - de domínio sobre as estradas, de recebimento de recursos da CIDE pelos Estados e da União de exigir que os Estados mantenham, recuperem, conservem, restaurem, melhorem e pavimentem as estradas estaduais - são protegidos e mantidos, pois se tornaram atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos, vez que a assinatura dos termos pelas autoridades ali citadas ocorreu dentro do período de vigência da Medida Provisória nº 82/2002, somente se adiando no tempo o exercício, pelos Estados, do direito de domínio sobre as estradas, em decorrência da existência de um termo inicial - o cronograma de recebimento das rodovias. E a redação original da Medida Provisória nº 82/2002 foi preservada em seu período de vigência pela omissão dos legisladores, conforme determinam os §§ 3º e 11 do art. 62 da Constituição Federal, cuja inclusão pelo constituinte derivado estabeleceu que as medidas provisórias são atos normativos que seguem o princípio da segurança jurídica. A manutenção da redação original da Medida Provisória nº 82/2002, dando suporte normativo integral às relações jurídicas estabelecidas em sua vigência, impede que a lei anterior, que volta à vigência, incida sobre tais relações, conforme determina o princípio da irretroatividade da lei (item 2.144);"*

86 - A manifestação técnica da 1ª Secretaria de Controle Externo do TCU é de extrema consistência e propôs encaminhamento do qual extraio o item 5.2.1:

**"5.2.1 Assim, as relações jurídicas constituídas e decorrentes dos atos administrativos negociais (termos de transferência), assinados durante a vigência da Medida Provisória nº 82/2002, continuam sendo por ela regidas, sendo válidas as transferências dos domínios dos trechos de estradas federais realizadas por intermédio de tais termos;"** (grifei)

87 - Aguarda-se manifestação conclusiva do Tribunal de Contas da União acerca do mérito.

### XIII – A MATÉRIA JUNTO AO PODER JUDICIÁRIO.

88 - Apenas o Estado do Paraná buscou o Poder Judiciário para questionar a validade dos termos de transferência das rodovias federais.

89 - Foi ajuizada Ação Ordinária<sup>35</sup>, cujo objeto é a declaração de nulidade dos termos de transferência, na qual se pleiteou antecipação dos efeitos da tutela para que a União assumisse os trechos transferidos. O pedido de antecipação foi indeferido em primeiro grau e mantido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por meio do desembargador relator do recurso de agravo de instrumento<sup>36</sup> interposto pelo Estado do Paraná.

90 - Diante dos indeferimentos referidos, só se pode concluir que enquanto não houver decisão contrária, as rodovias transferidas ao Estado do Paraná são estaduais e de responsabilidade do referido Estado, o que também ocorre com os demais Estados signatários dos "Termos de Transferência" de domínio de rodovias federais.

### XIV - CONCLUSÃO.

91 - Todos os atos praticados com base na Medida Provisória 82/2002 são válidos, gerando direitos e obrigações entre a União e os Estados, nos exatos termos de seu texto e nos termos dos Convênios celebrados, bem como nos termos das Portarias editadas pelo Ministro dos Transportes, tendo em vista que a norma em comento gerou efeitos e autorizou a celebração dos convênios, bem como a transferência de bens públicos, pois tem força de lei, conforme previsto no texto constitucional.

92 - Eventual anulação das Portarias editadas em momento posterior ao veto presidencial ao projeto de lei de conversão, que apenas estabeleceram o cronograma das transferências, não anularia os Termos de Transferência firmados entre a União e os Estados, de modo que, ao invés de se cumprir o cronograma estabelecido nas portarias, ocorreria a transferência imediata de todos os trechos.

### BIBLIOGRAFIA:

- JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral, Medida Provisória e sua Conversão em Lei, RT, 2004, pg. 122.

<sup>35</sup> Processo nº 2005.70.00.022551-4, 1ª Vara Federal de Curitiba/PR.

<sup>36</sup> AI nº 2005.04.01.036670-0 – TRF da 4ª Região

- Bastos e Martins, Comentários à Constituição do Brasil, p. 512.
- Do Processo Legislativo, Saraiva, 5ª edição, p. 244.
- Medida Provisória e Sua Conversão em Lei, RT, 2004, p. 238.
- O Novo Regime Constitucional das Medidas Provisórias, publicado na obra "Constituição e Segurança Jurídica, estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence", Editora Fórum, 2004.
- Constituição do Brasil Comentada, artigo 62, item 62.6.
- ESPÍNDOLA, Eduardo, ESPÍNDOLA JÚNIOR Eduardo. A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, v. 1, p.57-8. atualizada por: Sílvia Pacheco;
- VALLE, Juliana Carla de Freitas do. Medidas Provisórias: O procedimento Legislativo e seus efeitos jurídicos. Brasília: FDK Editora, 2004, p.51-51;
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.620;
- ROSSI, Julio César e ROSSI, Maria Paula Cassone. Medidas provisórias: conversão em lei. In.: SOUZA, Carlos Aurelio Mota (coord.) Medidas Provisórias e Segurança Jurídica. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 509-528;
- SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In.: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (coord.). Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 15-30;
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 356-357;
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Direito Administrativo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 105-106;
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 148-149.



**Rafael Magalhães Furtado**  
Advogado da União, Coordenador-Geral de  
Acompanhamento de Órgãos de Controle Interno e  
Externo e de Supervisão de Entidades Vinculadas

## Autorização Especial de Trânsito para Bitrens de 8 e 9 eixos.

### Consulta

Submete-se ao exame da Consultoria Jurídica consulta acerca da legalidade de concessão de *Autorização Especial de Trânsito – AET* para composições veiculares denominadas Bitrens de 8 e 9 eixos, pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT.

O assunto foi encaminhado pelo DNIT ao Ministério dos Transportes, em decorrência de manifestação do Departamento da Polícia Rodoviária Federal - DPRF, embasada em pronunciamento do Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN, no sentido da impossibilidade de o DNIT expedir Autorizações Provisórias Experimentais – APEX às Composições Veiculares de Carga diversas daquelas previstas na Resolução nº 68/98/CONTRAN, como é o caso dos Bitrens de 8 e 9 eixos.

### Relatório

O DENATRAN, por meio do Ofício nº 658/004-CGIT/DENATRAN, de 04 de outubro de 2004, informa “que as combinações de veículos de carga – CVC bitrens de oito eixos, com PBTC de 65,5 toneladas não são objeto de regulamentação pela Resolução 164/04, que acresceu parágrafo único ao art. 1º da Resolução 68/98 e que a legislação de trânsito desconhece a Autorização Provisória Experimental expedida pelo DNIT”.

Por sua vez, considerando a manifestação do DENATRAN, o DPRF encaminhou ao DNIT o Ofício nº 332/2004-DG, de 10 de novembro de 2004, por meio do qual sugere a suspensão da emissão das Autorizações Provisórias Experimentais por considerá-las inválidas, diante da ausência de amparo legal. Ressalta, ainda, que a partir daquela data estaria recolhendo tais Autorizações.

Cabe destacar, por oportuno, que ambos os Ofícios encaminhados pelo DPRF e pelo DENATRAN, apesar de conterem matéria de natureza jurídica, notadamente o questionamento quanto à legalidade de o DNIT emitir as denominadas autorizações, encontram-se desprovidos de manifestação do órgão jurídico competente. Não obstante tal vício nas manifestações, resolveu o DNIT suspender a emissão das APEXs e submeter a matéria ao exame do Ministério dos Transportes.

Eis, em apertada síntese, o relatório. Segue o Parecer.

### Sinopse dos fatos

A Secretaria de Política Nacional de Transportes - SPNT, por meio de Nota Informativa datada de 24 de maio de 2005 relata, em síntese, que em 18 de julho de 2000 o DENATRAN expediu o ofício nº 378/00-CGIT/DENATRAN, no qual informa nada ter a opor quanto à emissão de Autorização Especial de Trânsito - AET, em caráter experimental, pelos órgãos competentes. Nesse mesmo sentido foram expedidas as

Portarias/DENATRAN: nº 54, de 6 de dezembro de 2001; nº 13, de 28 de fevereiro de 2002; nºs 32, 33 e 34, de 4 de junho de 2002; e nº 40, de 4 de julho de 2002.

Entretanto, a partir de 7 de novembro de 2002, o DENATRAN modificou seu entendimento, notadamente por meio das Portarias nºs 54 e 55, e decidiu pela anulação das Portarias acima mencionadas, por considerar que as referidas composições não tinham fundamento na Resolução nº 68 do DENATRAN, uma vez que não haviam sido concluídos os estudos necessários para emissão de tais autorizações.

No entanto, consta que no curso da vigência das permissões expedidas pelo DENATRAN, diversas Composições Veiculares de Carga, não previstas na Resolução nº 68/98/CONTRAN, foram fabricadas e comercializadas.

Após a anulação das Portarias pelo DENATRAN, verifica-se que a Secretaria Executiva do Ministério dos Transportes, em respeito ao princípio da segurança jurídica, autorizou o DNIT a emitir Autorização Provisória Experimental – APEX<sup>1</sup> para os veículos denominados BITRENS, com 8 ou 9 eixos, que não estão enquadrados na Resolução nº 68/98/CONTRAN, por prazo determinado e enquanto se concluíssem os estudos necessários para fundamentar eventual decisão sobre sua inclusão no Anexo à Resolução, desde que dentro dos padrões adequados à legislação de peso por eixo, devidamente atestado e sob a responsabilidade das empresas interessadas.

Para as empresas mencionadas nos Ofícios nº 123/SE/MT, de 11 de março de 2003, 581/SE/MT, de 12 de agosto de 2003, e 1109/SE/MT, de 10 de dezembro de 2003, a Secretaria Executiva definiu que somente os veículos fabricados até o dia 10 de março de 2003 estavam contemplados com a referida autorização. No caso do Ofício nº 250/SE/MT, de 2 de abril de 2003, foi definido o dia 28 de fevereiro de 2003 como marco temporal.

Por fim, informa que o Ministério dos Transportes “está providenciando, com a possível brevidade, a realização de estudos específicos sobre a Composição de Veículos de Carga – CVC que poderá melhor embasar decisões definitivas futuras sobre o veículo em apreço” e, portanto, recomenda que as APEX porventura emitidas “sejam por períodos não superiores a 4 (quatro) meses, renováveis por iguais períodos até o término dos estudos supracitados, para rotas específicas e com a exigência de apresentação de relatórios de acompanhamento de seu desempenho no trânsito nos trechos consignados”.

## A Autorização Especial de Trânsito - AET

A Autorização Especial de Trânsito – AET tem previsão legal nos arts. 97 *usque* 101 do Código de Trânsito Brasileiro – CTB, *in verbis*:

Art. 97. As características dos veículos, suas especificações básicas, configuração e condições essenciais para registro, licenciamento e circulação serão estabelecidas pelo CONTRAN, em função de suas aplicações.

Art. 98. Nenhum proprietário ou responsável poderá, sem prévia autorização da autoridade competente, fazer ou ordenar que sejam feitas no veículo modificações de suas características de fábrica.

Parágrafo único. Os veículos e motores novos ou usados que sofrerem alterações ou conversões são obrigados a atender aos mesmos limites e exigências de emissão de poluentes e ruído previstos pelos órgãos ambientais competentes e pelo CONTRAN, cabendo à entidade executora das modificações e ao proprietário do veículo a responsabilidade pelo cumprimento das exigências.

Art. 99. Somente poderá transitar pelas vias terrestres o veículo cujo peso e dimensões atenderem aos limites estabelecidos pelo CONTRAN.

§ 1º O excesso de peso será aferido por equipamento de pesagem ou pela verificação de documento fiscal, na forma estabelecida pelo CONTRAN.

§ 2º Será tolerado um percentual sobre os limites de peso bruto total e peso bruto transmitido por eixo de veículos à superfície das vias, quando aferido por equipamento, na forma estabelecida pelo CONTRAN.

§ 3º Os equipamentos fixos ou móveis utilizados na pesagem de veículos serão aferidos de acordo com a metodologia e a periodicidade estabelecidas pelo CONTRAN, ouvido o órgão ou entidade de metrologia legal.

Art. 100. Nenhum veículo ou combinação de veículos poderá transitar com lotação de passageiros, com peso bruto total, ou com peso bruto total combinado com peso por eixo, superior ao fixado pelo fabricante, nem ultrapassar a capacidade máxima de tração da unidade tratora.

Parágrafo único. O CONTRAN regulamentará o uso de pneus extralargos, definindo seus limites de peso.

Art. 101. Ao veículo ou combinação de veículos utilizados no transporte de carga indivisível, que não se enquadre nos limites

<sup>1</sup> Denominação conferida às Autorizações Especiais de Trânsito, em caráter experimental.



de peso e dimensões estabelecidos pelo CONTRAN, poderá ser concedida, pela autoridade com circunscrição sobre a via, autorização especial de trânsito, com prazo certo, válida para cada viagem, atendidas as medidas de segurança consideradas necessárias.

§ 1º A autorização será concedida mediante requerimento que especificará as características do veículo ou combinação de veículos e de carga, o percurso, a data e o horário do deslocamento inicial.

§ 2º A autorização não exime o beneficiário da responsabilidade por eventuais danos que o veículo ou a combinação de veículos causar à via ou a terceiros.

§ 3º Aos guindastes autopropelidos ou sobre caminhões poderá ser concedida, pela autoridade com circunscrição sobre a via, autorização especial de trânsito, com prazo de seis meses, atendidas as medidas de segurança consideradas necessárias.

O Conselho Nacional de Trânsito, em cumprimento ao disposto no art. 314 do CTN, editou a Resolução nº 68/98, que dispõe sobre os requisitos de segurança necessários à circulação de Combinação de Veículos de Carga – CVC, a que se referem os arts. 97, 99 e 314 do Código de Trânsito Brasileiro – CTB e os §§ 3º e 4º do art. 1º e §§ 3º e 4º do art. 2º, ambos da Resolução 12/98 – CONTRAN.

Merecem destaque os artigos 1º e 6º da referida Resolução, que tratam da necessidade de porte das AETs para circulação das Combinações de Veículos de Carga – CVC, bem como prevêm a inclusão de nova composições no Anexo I da Resolução, em atendimento às inovações tecnológicas. Assim, vejamos:

Art. 1º. As Combinações de Veículos de Carga – CVC com mais de duas unidades, incluída a unidade tratora, só deverão circular portando Autorização Especial de Trânsito – AET.

Art. 6º. Em atendimento às inovações tecnológicas, a utilização e circulação de novas composições não previstas no Anexo I, somente serão autorizadas após a comprovação de seu desempenho através de testes de campo incluindo manobrabilidade, capacidade de frenagem, distribuição de carga e estabilidade, além do cumprimento do disposto na presente Resolução.

Parágrafo único. O uso regular dessa nova composição só poderá ser efetivado após sua homologação e inclusão no Anexo I desta Resolução.

Depreende-se, portanto, da análise da legislação que rege a matéria, que somente por meio de autorização normativa do

CONTRAN, com a homologação de nova composição e, por conseguinte, alteração do Anexo I da Resolução nº 68/98, seria permitida a expedição de AETs para a CVC em comento.

A competência para expedição de AET, por sua vez, é conferida ao DNIT por força do disposto nos arts. 21 e 97 e seguintes do Código de Trânsito Brasileiro, combinado com o art. 82, § 3º, da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que o qualificam como órgão executivo rodoviário da União.

### Da anulação dos atos administrativos

Conforme demonstrado alhures, pode-se concluir que o DENATRAN agiu acertadamente ao anular os atos permissivos contrários à Lei. Aliás, como é cediço, a Administração tem o poder/dever de anular seus próprios atos quanto eivados de vícios de tal ordem que sejam impassíveis de convalidação, como é o caso em exame.

Convém trazer a lume algumas lições de Hely Lopes Meireles, que esclarecem acerca da possibilidade de anulação dos atos administrativos pela própria Administração:

Anulação – Anulação é a declaração de invalidade de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. Baseia-se, portanto, em razões de legitimidade ou legalidade, diversamente da revogação, que se funda em motivos de conveniência ou de oportunidade e, por isso mesmo, é privativa da Administração. (...)

Anulação pela própria Administração – A anulação dos atos administrativos pela própria Administração constitui a forma normal de invalidação de atividade ilegítima do Poder Público. Essa faculdade assenta no poder de auto-tutela do Estado. É uma justiça interna, exercida pelas autoridades administrativas em defesa da instituição e da legalidade dos atos.

Pacífica é, hoje, a tese de que, se a Administração praticou ato ilegal, pode anulá-lo por seus próprios meios (STF, Súmula 473). (...) Evidenciada a infração à lei, fica justificada a anulação administrativa.<sup>12</sup>

Nesse mesmo sentido, Maria Sílvia Zanella de Pietro afirma que “a anulação pode ser feita pela Administração Pública, com base no seu poder de auto-tutela sobre os próprios atos, conforme entendimento já consagrado pelo STF por meio das Súmulas n.ºs 346 e 473. Pela primeira, ‘a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos’; e nos termos da segunda, ‘a Administração pode anular seus próprios atos,

<sup>12</sup> Hely Lopes Meireles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 22ª ed., 1997, pp. 187; 190.

*quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”<sup>3</sup>*

Assim, considerando legítima a anulação do ato administrativo praticado, resta definir seus efeitos.

A doutrina, de forma pacífica, afirma que **em regra** os atos administrativos nulos não operam efeitos e, portanto, não geram direitos. Sendo assim, à **anulação** aplica-se o efeito *ex tunc*, ou seja, retroage ao momento da prática do ato, ao contrário do que ocorre com a **revogação** do ato administrativo, por conveniência e oportunidade, que opera efeitos *ex nunc*, não retroagindo, portanto.

No entanto, também é assente na doutrina o dever de se preservar o terceiro de boa-fé que, diante da presunção de legitimidade atribuída aos atos praticados pela Administração Pública, viu-se revestido de direitos com a anuência do Poder Público.<sup>4</sup>

Acerca do tema, peço vênia para citar Celso Antônio Bandeira de Mello, em esclarecedora manifestação:

“172. Os atos inválidos, inexistentes, nulos ou anuláveis não deveriam ser produzidos.

Por isso não deveriam produzir efeitos. Mas o fato é que são editados atos inválidos (inexistentes, nulos e anuláveis) e que produzem efeitos jurídicos. Podem produzi-los até mesmo *per omnia secula*, se o vício não for descoberto ou se ninguém o impugnar.

É errado, portanto, dizer-se que os atos nulos não produzem efeitos. Aliás, ninguém cogitaria da anulação deles ou de declará-los nulos se não fora para fulminar os efeitos que já produziram ou que podem ainda vir a produzir. De resto, os atos nulos e os anuláveis, mesmo depois de invalidados, produzem uma série de efeitos. Assim, por exemplo, respeitam-se os efeitos que atingiram terceiros de boa-fé. É o que sucede quanto aos atos praticados pelo chamado “funcionário de fato”, ou seja, aquele que foi irregularmente preposto em cargo público.

173. Aliás, cumpre aqui discutir os efeitos da invalidação, buscando-se saber se ela sempre, ou nem sempre, tem efeitos *ex tunc* e o que determinará se seus efeitos serão desta espécie ou se e quando serão *ex nunc*.

**“...nos atos unilaterais ampliativos da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada.”**

Reformulando o entendimento que sempre adotamos na matéria, pensamos hoje que o assunto só se resolve adequadamente tomando-se em conta a fundamentalíssima distinção – e que cada vez nos parece mais importante para uma teoria do ato administrativo – entre atos restritivos e atos ampliativos da esfera jurídica dos administrados, discrímen, este, que funda uma dicotomia básica, influente sobre inúmeros tópicos do Direito Administrativo (como, por exemplo, o da eficácia dos atos administrativos – sua imperatividade e executoriedade –, o dos princípios do procedimento administrativo, o da teoria da vontade do particular no ato administrativo, o da coisa julgada administrativa ou o das consequências da invalidação).

Na conformidade desta perspectiva, parece-nos que efetivamente nos atos unilaterais restritivos da esfera jurídica dos administrados, se eram inválidos, todas as razões

concorrem para que sua fulminação produza efeitos *ex tunc*, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das consequências onerosas. Pelo contrário, nos atos unilaterais ampliativos da

esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada. (destaque nosso)

Com efeito, se os atos em questão foram obra do próprio Poder Público, se estavam, pois, investidos da presunção de veracidade e legitimidade que acompanha os atos administrativos, é natural que o administrado de boa-fé (até por não poder se substituir à Administração na qualidade de guardião da lisura jurídica dos atos por aquela praticados) tenha agido na conformidade deles, desfrutando do que resultava de tais atos. Não há duvidar que, por terem sido invalidamente praticados, a Administração – com ressalva de eventuais barreiras à invalidação, dantes mencionadas (n. 166) – deva fulminá-los, impedindo que continuem a desencadear efeitos; mas também é certo que não há razão prestante para desconstituir o que se produziu sob o beneplácito do próprio Poder Público e que o administrado tinha o direito de supor que o habilitava regularmente.

<sup>3</sup> Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 13ª ed., 2001, p. 218.

<sup>4</sup> “O ato nulo não vincula as partes, mas pode produzir efeitos válidos em relação a terceiros de boa-fé. Somente os efeitos que atingem terceiros é que devem ser respeitados pela Administração; as relações entre as partes ficam desfeitas com a anulação, retroagindo esta à data da prática do ato ilegal e, conseqüentemente, invalidando seus efeitos desde então (*ex tunc*).” (Hely Lopes Meireles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 22ª ed., 1997, pp. 190-191).





Assim, v.g., se alguém é nomeado em consequência de concurso público inválido, e por isto vem a ser anulada a nomeação dele decorrente, o nomeado não deverá restituir o que percebeu pelo tempo que trabalhou. Nem se diga que assim há de ser tão-só por força da vedação do enriquecimento sem causa, que impediria ao Poder Público ser beneficiário de um trabalho gratuito. Deveras, embora não compareça tal fundamento, a solução haverá de ser a mesma se alguém é permissionário de uso de um bem público e mais tarde vem-se a descobrir que a permissão foi invalidamente outorgada. A invalidação deverá operar daí para o futuro. Descaberia eliminar retroativamente a permissão; isto é, o permissionário, salvo se estava de má-fé, não terá que devolver tudo o que lucrou durante o tempo em que desfrutou da permissão de uso do bem.

As soluções indicadas – ressalte-se – não interferem com outro tema, qual o da cabível responsabilização do agente público que haja operado de má-fé em um ou outro caso, independentemente da boa ou má-fé do administrado.<sup>5</sup>

Para Mello, portanto, a anulação dos atos administrativos pode gerar efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada, desde que ampliativos da esfera jurídica do administrado e se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé.

José Cretella Júnior, em passagem de seu *Curso de Direito Administrativo*, ao confrontar os efeitos da revogação e da anulação do ato administrativo, ressalta que “tratando-se, porém, de ato nulo ou de ato inexistente, o problema complica-se, devendo-se indagar se o beneficiado com o ato concorreu, de má-fé, para a edição da medida. Se concorreu, o ato que declara a nulidade ou a inexistência retroage e proscreve no mundo jurídico aquilo que nele entrou nulamente ou que nele nem entrou. No segundo caso, mais complexo, é necessário examinar todas as circunstâncias que cercaram a edição errônea ou inexistente, devendo-se levar em conta o espaço de tempo decorrido.”<sup>6</sup>

Comungamos o entendimento de que não somente o *animus* do particular, se de boa ou má-fé, deve ser observado para definição dos efeitos da anulação. Merece também consideração o período de vigência do ato e suas consequências no mundo jurídico. Di Pietro destaca que “para nós, a Administração tem, em regra, o dever de anular os atos ilegais, sob pena de cair por terra o princípio da legalidade. No entanto, poderá deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder

ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal; nesse caso, é o interesse público que norteará a decisão”<sup>7</sup>

Há de se destacar, ainda, a sujeição da matéria ao princípio da segurança jurídica e, como sucedâneo, o princípio da estabilidade e certeza das relações jurídicas. Toshio Mukai, ao enfrentar a questão, destaca autores nacionais e estrangeiros que a abordaram, senão vejamos:

“Seabra Fagundes alerta que ‘é tão delicado o uso do poder de desfazimento dos atos administrativos pela própria Administração, que mesmo em se tratando de atos ilegítimos, porque praticados em conflito com os textos legais ou regulamentares, e conseqüentemente não tendo gerado direitos subjetivos, se prescrevem cautelas contra o efeito retroativo da declaração de nulidade. A doutrina e a jurisprudência concordam em que o seu exercício há de ser cauteloso, para não se constituir em elemento perturbador da segurança e da estabilidade nas relações entre Estado e indivíduo’ (‘Revogação de licença para construção – direito a indenização’, in RDP 16/102).

Stassinopoulos entende, também, que diante de um ato administrativo ilegal, mas aceito de boa-fé por ambas as partes, a Administração Pública não é livre para desfazer os efeitos já consumados, porque, nesse caso, a irrevogabilidade dos atos ilegais não se impõe em virtude do respeito aos direitos adquiridos, mas pela necessidade de assegurar a estabilidade das relações jurídicas no domínio da administração ativa (*Traité des Actes Administratifs*, 1954, pág. 254).

(...)

Verifica-se, portanto, que a doutrina reconhece a possibilidade de a Administração invalidar ou manter um ato administrativo ilegal, nessa última hipótese, tendo em consideração o princípio da estabilidade e certeza das relações jurídicas.

(...)

Diante de um ato administrativo assim irregular e ilegal, em princípio, em face do princípio da tutela administrativa, a Administração, se não puder convalidar o ato, tem o dever jurídico de declarar sua nulidade, posto que a manutenção da legalidade, no Estado de Direito, é seu primeiro dever ético e jurídico. Para isso, e por essa razão, não vemos como possa, pelo menos em princípio, impor-se-lhe prazo para tal anulação. Entretanto, em razão do atributo de que gozam por natureza os atos administrativos, que a doutrina denomina ‘presunção de legitimidade’, é possível, realmente, que um ato irregular, em função do tempo decorrido desde sua edição, faça nascer situações concretas, que se consolidem faticamente, ao abrigo

<sup>5</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed., 2004, pp. 438-441.

<sup>6</sup> José Cretella Júnior, *Curso de Direito Administrativo*, 18ª ed., 2003, p. 247.

<sup>7</sup> Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 13ª ed., 2001, p. 218.

daquele ato. Quando isto ocorrer (e para isso não se pode fixar um prazo, porque cada caso é um caso) começa então a interferir na questão da anulação do ato administrativo, o princípio consagrado na teoria geral do direito, denominado 'princípio da segurança e estabilidade das relações jurídicas', tão importante para a própria coletividade como a da legalidade administrativa."<sup>8</sup> (destaque nosso)

No caso em exame, resta evidenciado que as autorizações expedidas pelo DENATRAN culminaram na *ampliação da esfera jurídica* do administrado, considerando que levou eventuais empresas interessadas a construir novas Composições Veiculares de Carga, denominadas Bitrens, de 8 e 9 eixos.

Por outro lado, não merece guarida legal a construção de Composições Veiculares de Carga não abrangidas pela Resolução nº 68/98/CONTRAN, fora do período de vigência da respectiva Portaria do DENATRAN.

Compete, ainda, observar que os ofícios expedidos pela Secretaria Executiva do Ministério dos Transportes, ao contrário da tese defendida pelas empresas interessadas, não têm força normativa ou mandatória, mas sim opinativa. Trata-se, tão-somente, de uma inicial interpretação dos efeitos da anulação das portarias expedidas pelo DENATRAN e, portanto, não passíveis de gerar direitos aos interessados.

Assim, a percuente análise jurídica da matéria leva-nos a concluir que os efeitos das citadas Portarias restam limitados ao tempo de sua vigência.

Considero, portanto, que diante do fato de que veículos foram construídos com autorização da Administração Pública, por determinado período, e em respeito ao princípio da segurança jurídica, o Poder Público deve conferir efeito *ex nunc* à anulação das Portarias pelo DENATRAN.

## Conclusão

Diante do exposto, considero que:

a) o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT tem competência para expedição de Autorização Especial de Trânsito – AET;

b) é possível, notadamente em respeito ao princípio da segurança jurídica, a expedição de Autorização Especial de Trânsito às Composições Veiculares de Carga, denominadas Bitrens, de 8 e 9 eixos, desde que: i) o requerente comprove que o veículo fora construído no período de vigência de autorização concedida pelo

DENATRAN à empresa fabricante, mediante Portaria específica; ii) por prazo determinado e até a conclusão dos estudos necessários para fundamentar eventual decisão sobre sua inclusão entre os modelos de Composição Veicular de Carga previstos no Anexo à Resolução nº 68/98/CONTRAN; e iii) esteja dentro dos padrões adequados à legislação de peso por eixo, devidamente atestado e sob a responsabilidade das empresas interessadas.

**“No caso em exame, resta evidenciado que as autorizações expedidas pelo DENATRAN culminaram na ampliação da esfera jurídica do administrado, considerando que levou eventuais empresas interessadas a construir novas Composições Veiculares de Carga, denominadas Bitrens, de 8 e 9 eixos. Por outro lado, não merece guarida legal a construção de Composições Veiculares de Carga não abrangidas pela Resolução nº 68/98/CONTRAN, fora do período de vigência da respectiva Portaria do DENATRAN.**

**os Ofícios expedidos pela Secretaria Executiva do Ministério dos Transportes, ao contrário da tese defendida pelas empresas interessadas, não têm força normativa ou mandatória, mas sim opinativa.”**

## Bibliografia

- Meireles, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed., São Paulo: Atlas, 1997.
- Pietro, Maria Sylvia Zanella di, *Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- Mello, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- Cretella Júnior, José, *Curso de Direito Administrativo*, 18ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.
- Mukai, Toshio, O decurso do tempo e seu reflexo na anulação do ato administrativo, *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 4, n.1, p. 14-21, jan. 1988.

<sup>8</sup> Toshio Mukai, “O decurso do tempo e seu reflexo na anulação do ato administrativo”, in *Boletim de Direito Administrativo* – Janeiro/88, p. 16-17; 19.



**Tiago Fontes Moretto**  
Advogado da União, Coordenador-Geral da Gestão  
Técnica e Administrativa  
Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes

## O Direito ao Transporte para o Idoso Previsto no Artigo 40 da Lei nº 10.741, de 1º de Outubro de 2003.

**Sumário:** 1. Introdução; - 2. A Regulamentação do Direito Previsto no Artigo 40 do Estatuto do Idoso; - 3. Fonte de Custeio e Manutenção do Equilíbrio Econômico-Financeiro da Permissão de Serviço de Transporte Coletivo; - 4. Colisão entre Princípios Constitucionais; - 5. Infringência à Vedação da Legislação Tributária e Obrigações Contratuais em relação aos Beneficiários; - 6. Síntese Conclusiva; - 7. Referências Bibliográficas.

### 1. INTRODUÇÃO.

Após seis anos de discussão no Congresso Nacional, em 1º de outubro de 2003, Dia Internacional do Idoso, foi sancionada pelo Presidente da República a Lei nº 10.741 que instituiu, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2004<sup>1</sup>, o Estatuto do Idoso, destinado a assegurar às pessoas com mais de 60 (sessenta) anos, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, ao transporte, à moradia, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à

liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, tomando *concretizado o sonho de 20 milhões de brasileiros*.<sup>2</sup>

Em relação ao direito ao transporte, foi garantido ao idoso com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos, pelo artigo 40 do Estatuto, a reserva de duas vagas gratuitas por veículo e o desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas no sistema de transporte coletivo interestadual.

O direito em questão foi regulamentado pelo Decreto nº 5.130, de 7 de julho de 2004, posteriormente alterado pelo Decreto nº 5.155, de 23 de julho de 2004, em atendimento à parte final do *caput* do artigo 40 da Lei nº 10.741/03, estabelecendo-se a forma de aplicação desses benefícios no transporte interestadual rodoviário, ferroviário e aquaviário, o que acabou gerando muita polêmica na implementação do exercício desse direito para os idosos, inclusive levando a discussão para a esfera judicial.

Nesta exposição, serão analisados quatro pontos que foram questionados em inúmeras ações em juízo<sup>3</sup> por parte

<sup>1</sup> Art. 118 da Lei nº 10.741/03.

<sup>2</sup> Nos dizeres do Senador Paulo Paim quando da apresentação do Estatuto do Idoso (OS 06717/2003 ).

<sup>3</sup> Ação Ordinária nº 2004.34.00.026621-6, 14ª Vara Federal de Brasília/DF

Ação Ordinária nº 2004.61.00.021840-1, Vara Federal de São Paulo/SP

Ação Ordinária nº 2004.34.00.024700-7, 4ª Vara Federal de Brasília/DF

Ação Ordinária nº 2005.71.18.001209-7, Vara Federal de Carazinho/RS

Agravo de Instrumento 2004.01.00.037268-5, Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Ação Ordinária nº 2004.34.00.022884-3, 14ª Vara Federal de Brasília/DF

de associações, sindicatos e empresas da área de transporte coletivo interestadual rodoviário, pretendendo desobrigar-se de transportar passageiros idosos na forma do artigo 40 do Estatuto: regulamentação dos benefícios por lei específica (em sentido formal); exigência de previsão de fonte de custeio (art. 195, § 5º, da CF/88), sob pena de comprometimento do equilíbrio econômico-financeiro da permissão de serviço de transporte rodoviário coletivo; colisão entre princípios constitucionais e infringência a proibições da legislação tributária e obrigações contratuais em relação aos beneficiários.

## 2. A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO PREVISTO NO ARTIGO 40 DO ESTATUTO DO IDOSO.

A parte final do *caput* do artigo 40 do Estatuto do Idoso dispõe que no sistema de transporte coletivo interestadual deverá ser observada a reserva, para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários mínimos, de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo e o desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, quando excederem as vagas gratuitas, nos termos da legislação específica.

Visando regulamentar a execução dos benefícios de isenção e desconto na tarifa para os idosos que se enquadrassem nos incisos I e II do artigo 40 da Lei nº 10.741/03, foi editado o Decreto nº 5.130/04, posteriormente alterado pelo Decreto nº 5.155/04, o qual disciplinou a forma e as condições em que tais benefícios seriam exercidos, dentro do poder regulamentar conferido constitucionalmente ao Poder Executivo pelo art. 84, IV da CF/88<sup>4</sup>.

Conforme leciona José Afonso da Silva<sup>5</sup> *Cabe ao Presidente da República o poder regulamentar, para fiel execução de lei e para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei (art. 84, IV e VI). (...) O princípio é o de que o poder regulamentar consiste num poder administrativo no exercício de função normativa subordinada, qualquer que seja seu objeto. Significa dizer que se trata de poder limitado. Não é poder legislativo; não pode, pois, criar normatividade que inove a ordem jurídica. Seus limites naturais situam-se no âmbito da competência executiva e administrativa, onde se insere.*

A hipótese em apreço se enquadra perfeitamente na situação que permite à Administração exercer o seu poder normativo, em que cabe à lei fixar tão-somente

parâmetros de atuação para o órgão administrativo, que poderá complementá-la por ato infralegal, sempre respeitando os limites de sua competência regulamentar, *hierarquicamente subordinada a uma lei prévia*.<sup>6</sup>

Da leitura do Decreto nº 5.130/04, observa-se que tão-somente foram estabelecidas a forma de execução dos benefícios em comento, estabelecendo, dentre outras disposições, regras para a retirada e

emissão do Bilhete de Viagem do Idoso e a forma de comprovação da idade e da renda dos beneficiários, tudo em cumprimento à sua função de *especificar com maior minudência a regência de situações cuja previsão e disciplina já tenham sido antecipadamente traçadas na lei, mas sem pormenores cujo agregado, por via administrativa, conquanto conveniente ou imprescindível,*

**“A tese de que a função de regulamento de execução do artigo 40 do Estatuto do Idoso teria que necessariamente ser efetuada através da edição de lei em sentido formal, além de desvirtuar a função regulamentadora que a Constituição Federal expressamente confere ao Decreto<sup>9</sup>, aplica uma interpretação assistemática e restritiva, e, por consequência, indevida, à expressão nos termos da legislação específica.”**

<sup>4</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

<sup>5</sup> Afonso da Silva, José, in “Curso de Direito Constitucional Positivo”, São Paulo: Malheiros, 2005, 24ª edição, p. 425-426.

<sup>6</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella - in “Direito Administrativo” - São Paulo: Atlas, 2001, 12ª edição, p. 88.



não afeta a configuração dos direitos e obrigações nela formados.<sup>7</sup>

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região já decidiu, em sede de agravo de instrumento, que as medidas previstas no Estatuto do Idoso necessitam de regulamentação do Poder Executivo Federal<sup>8</sup>, *verbis*:

*De toda a sorte, não se reveste de legalidade o ato da ANTT que determina às empresas concessionárias que cumpram as medidas previstas no Estatuto do Idoso, sem que tal norma seja devidamente regulamentada pelo executivo federal, pois a teor do art. 84, IV da CF, compete ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para fiel execução das leis. (grifei).*

A tese de que a função de regulamento de execução do artigo 40 do Estatuto do Idoso teria que necessariamente ser efetuada através da edição de lei em sentido formal, além de desvirtuar a função regulamentadora que a Constituição Federal expressamente confere ao Decreto<sup>9</sup>, aplica uma interpretação assistemática e restritiva, e, por consequência, indevida, à expressão *nos termos da legislação específica*.

No nosso ordenamento jurídico, sempre que o legislador teve intenção de fazer referência à lei em sentido formal, utilizou-se da expressão *lei*, deixando a expressão *legislação* para designar atos normativos como o decreto.

Assim ocorre, por exemplo, em inúmeros dispositivos do texto constitucional (v. g. artigo 5º, II, VI, VII, VIII, XII; artigo 7º, XI, XII, XIII, IX; artigo 16), e, em especial, no Código Tributário Nacional, para cuja interpretação é de grande relevância a distinção entre lei e legislação.<sup>10</sup>

Interpretar uma norma significa interpretar o sistema inteiro, em que cada preceito deve ser visto como uma parte viva do todo, eis que é do exame em conjunto que pode resultar melhor resolvido qualquer caso em apreço, desde que se busque descobrir qual é, na respectiva situação, o interesse mais fundamental.<sup>11</sup>

Se no ordenamento jurídico brasileiro há em outro ramo do direito a exegese do vocábulo *legislação* expressamente definida em texto legal, e se a partir da própria hermenêutica

constitucional se extrai o mesmo significado, não há como se proceder a uma interpretação livre, com preferências de cunho subjetivo, para fundamentar uma pretensão em juízo, substituindo a racionalidade do sistema pela vontade do intérprete.

Portanto, não há como se questionar que o Decreto nº 5.130/04 serve como instrumento de regulamentação do art. 40 do Estatuto do Idoso.

### 3. FONTE DE CUSTEIO E MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DA PERMISSÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO.

Em ações judiciais espalhadas pelo País, sustentam seus autores que apenas com previsão de fonte de custeio poderia haver a criação de um benefício de assistência social, de acordo com o artigo 195, § 5º da Constituição Federal, aduzindo que a reserva de vagas gratuitas e o desconto de metade do valor das passagens somente poderão ser implementados, caso as empresas prestadoras de serviço de transporte rodoviário interestadual sejam contempladas com a compensação prevista no artigo 115 do Estatuto do Idoso, o qual prevê um Fundo Nacional para o Idoso sustentado com recursos do orçamento da seguridade social.

Tal argumento, contudo, parte de uma premissa equivocada, na medida em que os benefícios ao transporte gratuito e ao desconto no valor das passagens não podem ser entendidos como assistenciais, o que, efetivamente, implicaria a alocação de recursos do orçamento da seguridade social para as empresas transportadoras a título de ressarcimento.

Se a intenção do legislador fosse tratar essas medidas como benefícios assistenciais, sua previsão não faria parte do Capítulo X do Estatuto do Idoso que trata "Do Transporte", mas, sim, do Capítulo VIII que cuida "Da Assistência Social".

Logo, percebe-se inequivocamente que os incentivos previstos no artigo 40 do Estatuto do Idoso têm a natureza

<sup>7</sup> Bandeira de Mello, Celso Antônio – in "Curso de Direito Administrativo" – São Paulo: Atlas, 2003, 17ª edição, p. 328.

<sup>8</sup> AC nº 1999.41.00.003631-2/RO - TRF 1ª Região, Rel. Des. Fed. Selene Maria de Almeida.

<sup>9</sup> Função que também é cumprida pelas resoluções, instruções, portarias, regimentos editados por autoridades que não o Chefe do Poder Executivo.

<sup>10</sup> Machado, Hugo de Brito – in "Curso de Direito Tributário", São Paulo: Malheiros, 2002, 22ª edição, p. 71-72.

<sup>11</sup> Freitas, Juarez – in "A Interpretação Sistemática do Direito", São Paulo: Malheiros, 1995, p. 47.

jurídica de benefícios tarifários, os quais são regulados pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.

Ao tratar da possível estipulação de benefícios tarifários, referido diploma legal determina o seguinte em seu artigo 35:

*Art. 35. A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.*

Como se vê, o referido preceito legal estabelece uma alternativa para o Poder Público na estipulação de novos benefícios tarifários: ou edita lei estabelecendo fonte de custeio, ou procede à revisão tarifária para preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Na hipótese dos benefícios previstos no artigo 40 do Estatuto do Idoso, o poder concedente preferiu a segunda opção, em vez de estabelecer uma fonte de custeio específica para os benefícios previstos no artigo 40 da Lei nº 10.741/03.

Não se aplica, portanto, a esses benefícios a regra do art.

115 do Estatuto do Idoso que prevê a destinação de recursos do orçamento da seguridade social para um Fundo destinado à aplicação em programas e ações relativas aos idosos, benefícios assistenciais, não podendo tal verba ser desviada de sua finalidade definida em lei, para subsidiar a concessão de benefícios tarifários.

É relevante salientar que a opção estabelecida no mencionado artigo 35 da Lei nº 9.074/95 não significa que a Administração Pública venha a fazer a aludida revisão das tarifas antes que os benefícios comecem, efetivamente, a ser

implementados, pois somente a partir da aplicação prática das medidas de reserva de lugares e do desconto nas passagens é que se poderá verificar se haverá ou não comprometimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A professora Lúcia Valle Figueiredo, em artigo intitulado *A Equação Econômico-Financeira do Contrato de Concessão. Aspectos Pontuais*, afirma que para ensejar o reequilíbrio da equação financeira dos contratos de concessão, tanto no caso de aplicação da teoria da imprevisão, como do fato do príncipe, *faz-se necessária a prova inequívoca do ônus a maior, a ser suportado pela Contratada Concessionária, bem como a demonstração técnica de tal ônus, a fim de que possa ser determinada a reparação pela Administração Pública.*<sup>12</sup>

Seria até insólito fazer-se uma estimativa da repercussão que tais benefícios causariam no equilíbrio econômico-financeiro das permissões de serviço de transporte rodoviário coletivo em momento anterior à sua utilização pelos beneficiários contemplados pela norma.

De fato, não se olvida que nos contratos celebrados entre os particulares e a Administração Pública, a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro deve ser

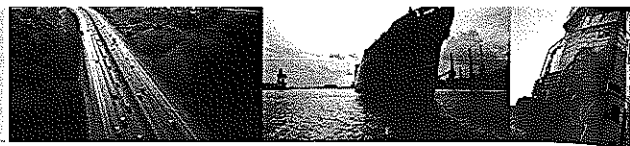
preservada. Mas, na hipótese vertente, para que seja adotada a revisão tarifária, como meio de preservar tal equilíbrio, necessária se faz a comprovação de que o benefício criado para os idosos tenha aumentado os custos ou agravado os encargos das empresas contratantes. E esse fato só pode ser constatado de uma forma: com a efetiva aplicação do benefício.

Ao contrário, se fôssemos basear, no caso de transporte rodoviário de passageiros, a preservação ou não do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em meras suposições e

**“Não é razoável crer que as medidas previstas no artigo 40 do Estatuto do Idoso irão incentivar uma corrida de idosos com renda igual ou inferior a dois salários-mínimos aos terminais rodoviários, ou desencadear uma série de excursões com pessoas idosas de baixa renda pelo País, de modo a comprometer a execução dos contratos com as empresas de transporte rodoviário.”**

<sup>12</sup> Revista Brasileira de Direito Público – RBDP nº 05 – Belo Horizonte: Editora Fórum, abr/jun 2004, p. 78.





estimativas, chegaríamos a conclusão diametralmente oposta à tese do comprometimento do equilíbrio econômico-financeiro.

Como é cediço, as empresas de transporte rodoviário coletivo operam suas linhas com uma taxa de ociosidade, a qual, inclusive, é utilizada no cálculo da tarifa.

De acordo com dados colhidos junto à ANTT<sup>13</sup>, o Índice de Aproveitamento (IAP) de vagas, por viagem, é, em média, de 68% (sessenta e oito por cento) da Lotação Medida da Frota (LOT), de forma que, a ociosidade de assentos no transporte rodoviário interestadual regular de passageiros é de 15 (quinze) lugares vagos, em média, por viagem.

Ora, diante desses dados, os benefícios previstos no art. 40 do Estatuto do Idoso, ao invés de agravarem os encargos das empresas contratantes, trariam um incremento às suas receitas, na medida em que haveria a possibilidade de preenchimento dos lugares vagos a cada viagem interestadual, pelos passageiros beneficiários do desconto de metade do valor da passagem.

Não é razoável crer que as medidas previstas no artigo 40 do Estatuto do Idoso irão incentivar uma corrida de idosos com renda igual ou inferior a dois salários-mínimos aos terminais rodoviários, ou desencadear uma série de excursões com pessoas idosas de baixa renda pelo País, de modo a comprometer a execução dos contratos com as empresas de transporte rodoviário.

Além da própria condição financeira, deve-se levar em conta a limitação física dos beneficiários para ficarem realizando amiúde viagens interestaduais, que, em regra, são de média ou longa duração.

#### 4. COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Outro ponto levantado em demandas judiciais sobre o tema foi de um conflito entre princípios constitucionais, figurando de um lado a garantia ao reequilíbrio econômico-

financeiro dos contratos administrativos, e de outro princípio do amparo ao idoso.

O artigo 37 da Constituição Federal, em seu inciso XXI, estatui: *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.* (grifei)

Por outro lado, extrai-se do art. 230 a existência do princípio do amparo às pessoas idosas, igualmente consagrado na Carta Magna de 1988, merecendo tanta proteção quanto aquela conferida ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Outrossim, a Lei Federal nº 10.741/2003, ao estabelecer em prol dos idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários mínimos a isenção e o desconto de tarifas nos ônibus de transporte coletivo rodoviário interestadual, intenta realmente fomentar uma liberdade que foi restringida a tais pessoas, em face da faixa etária e das condições econômicas. Objetiva-se, assim, concretizar um dos preceitos constitucionais pertinentes aos direitos e garantias fundamentais, positivado no inciso XV do artigo 5º da Lei Fundamental de 1988, pelo qual: *XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.*

A participação ativa do Estado no sentido de oferecer aos idosos hipossuficientes melhores condições de vida compatibiliza-se perfeitamente com os princípios do Estado Democrático de Direito, que se caracteriza por intervir sócio-economicamente para assegurar a dignidade da pessoa humana<sup>14</sup>. Procura-se justamente compensar as reconhecidas dificuldades que tais pessoas enfrentam, tais como o preconceito, a discriminação, a comisseração exagerada, as

<sup>13</sup> Obtidos na página eletrônica [www.antt.gov.br](http://www.antt.gov.br), em agosto de 2004.

<sup>14</sup> “É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Sarlet, Ingo Wolfgang – in “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, 5ª edição, p. 117.

objeções ouvidas na busca de um emprego, os obstáculos físicos e financeiros.

Observa-se que a diferenciação imposta pelo art. 40 da Lei nº 10.741/2003 conforma-se com o sistema constitucional. Trata-se de um meio para atingir um fim juridicamente colimado, qual seja, a integração social dos idosos carentes. O tratamento normativo diferenciado configura-se legítimo, se estiver preordenado à consecução de um fim perseguido pelo Direito. Deve-se partir de uma consideração teleológica.

Quando dois princípios constitucionais ou infraconstitucionais igualmente aceitos estão em confronto<sup>15</sup>, ou em estado de *mal-estar hermenêutico*<sup>16</sup>, o intérprete deverá estabelecer regras de razoabilidade e de proporcionalidade, preponderando sempre o interesse social sobre o individual, calcado nas circunstâncias de que se reveste o caso concreto.

Assim, ao contrário do que ocorre com as regras, em que as antinomias se resolvem pela aplicação de uma regra para determinada situação concreta, afastando ou anulando as outras mediante aplicação dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade, diante do conflito de princípios constitucionais, é de aplicar-se o princípio da proporcionalidade<sup>17</sup>, que predica que deve haver uma ponderação entre os valores

constitucionalmente assegurados, almejando-se otimizar a eficácia dos direitos fundamentais, a despeito de haver, no caso concreto, um princípio prevalecente.

A respeito do tema Alexandre de Moraes<sup>18</sup>, citando a lição de Jorge Miranda, explica que:

*"A contradição dos princípios deve ser superada, ou por meio da redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios."*

Assim, o interesse dos consumidores idosos e pobres ao

benefício tarifário e à preservação do direito de trafegar em linhas interestaduais, com o menor custo sobre o universo de pessoas indeterminadas e indetermináveis, há de conviver pacificamente com a ânsia, às vezes afoita, de obter retorno imediato dos investimentos econômicos de empresas concessionárias e permissionárias dos serviços públicos.

No conflito entre tais interesses, deve atuar o Poder Concedente, de modo a garantir a rentabilidade econômica do segmento empresarial, sem contudo

aniquilar direito de usuários ao tráfego regular, os quais isoladamente não poderiam exercer a cidadania, mas que nem por isso deixam de gozar desse *status dignitatis*, mediante

**"Diante da hierarquização de valores no caso concreto, prepondera indubitavelmente o princípio da proteção aos idosos hipossuficientes. Os desfavores sociais de que tais pessoas são vítimas demandam resposta jurídica prioritária. Não se pode continuar a deixar a problemática da integração social aos idosos em segundo plano. Os interesses sociais mais relevantes devem prevalecer sobre os interesses econômicos menos significativos e que estão sujeitos à posterior reparação."**

<sup>15</sup> Sobre o tema da colisão entre princípios, observa Humberto Bergmann Ávila: "A própria idéia de conflito deve ser repensada. Ora, se o conteúdo normativo de um princípio depende da complementação (positiva) e limitação (negativa) decorrente da relação dialética que mantém com outros princípios, como conceber a idéia de colisão? Tratar-se-ia de um conflito aparente e não-uniforme, já que a idéia de conflito pressupõe a identidade de hipóteses e campos materiais de aplicação entre as normas que eventualmente se contrapõem, o que no caso dos princípios é previamente inconcebível: os princípios são definidos justamente em função de não possuírem uma hipótese e uma consequência abstratamente determinadas. O problema que surge na aplicação reside muito mais em saber qual dos princípios será aplicado e qual a relação que mantêm entre si."

— "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade" — in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 215:151-179, jan/mar 1999 (Nota 48, à pág. 162).

<sup>16</sup> Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires e Branco, Paulo Gustavo Gonet — in "Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais", Brasília: Brasília Jurídica, 2002, 1ª edição, p. 46.

<sup>17</sup> Fazendo-se, no juízo de ponderação, os testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, utilizando-se não só de critério jurídico, mas também de critério extrajurídico para buscar nos valores sociais e culturais o senso de justiça que deve ser dado à solução do caso. Aqui, há clara interferência da moral no direito.

<sup>18</sup> in "Direito Constitucional" — 10ª edição — São Paulo: Atlas, 2001, p. 43.



atuação do Estado de Direito, como mediador de conflitos sociais, ou mesmo através de atuação mais enérgica e específica de instituição defensora da sociedade, que tem como expressão maior o Ministério Público, em suas duas esferas de governo.

Diante da hierarquização de valores no caso concreto, prepondera indubitavelmente o princípio da proteção aos idosos hipossuficientes. Os desfavores sociais de que tais pessoas são vítimas demandam resposta jurídica prioritária. Não se pode continuar a deixar a problemática da integração social aos idosos em segundo plano. Os interesses sociais mais relevantes devem prevalecer sobre os interesses econômicos menos significativos e que estão sujeitos à posterior reparação.

O Superior Tribunal de Justiça, apreciando caso muito semelhante, diferenciando-se apenas o fato de tratar-se de transporte intermunicipal e a isenção tarifária ter como beneficiários os deficientes físicos, fixou em acórdão a interpretação que deve nortear a hipótese ora em análise:

*CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. INSURGÊNCIA CONTRA ATO DO GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ. SANÇÃO DE LEI DE EFEITOS CONCRETOS. TRANSPORTE INTERURBANO. CONCESSÃO DE GRATUIDADE NA PASSAGEM DE ÔNIBUS PARA DEFICIENTES FÍSICOS POBRES. INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. DIREITO HUMANO E DEMOCRÁTICO, JUSTO E LEGÍTIMO, CONFORME OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS.*

*1. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança contra acórdão que entendeu constitucional a Lei do Estado do Ceará nº 12.568/1996 que isentou os deficientes físicos do pagamento de tarifas para o uso de ônibus de empresa permissionária de serviço regular comum intermunicipal. (...)*

*5. No sopesamento de valores, diante do caso concreto, o princípio do amparo aos deficientes físicos prevalece sobre o*

*princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, consoante os ditames da proporcionalidade.*

*6. A Lei Estadual nº 12.568, de 03/04/1996, prima por expressar um direito humano e democrático, justo e legítimo, conforme os preceitos constitucionais.*

*7. Ausência de direito líquido e certo.*

*8. Recurso não provido.<sup>19</sup>*

Verifica-se, assim, que, à luz da proporcionalidade na exegese dos princípios constitucionais em conflito, deve prevalecer o direito de proteção aos idosos sobre os interesses econômicos de empresas de transporte coletivo, mormente se levarmos em consideração que sequer houve, e provavelmente nem haverá, a quebra do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

## 5. INFRINGÊNCIA À VEDAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA E OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS EM RELAÇÃO AOS BENEFICIÁRIOS.

Outro ponto questionado em relação à regulamentação feita pelo Decreto nº 5.130/04 é que teria, em alguns dispositivos, violado proibição estabelecida em legislação tributária, bem como não teria observado obrigações contratuais em relação aos beneficiários.

Questiona-se, em primeiro lugar, o procedimento previsto no artigo 3º, § 2º, do Decreto nº 5.130/04<sup>20</sup>, alegando que a emissão de bilhete único de ida e volta é vedado pela legislação do ICMS, a qual tem jurisdição própria e regulamentação específica por Estado, inclusive com alíquotas diferenciadas.

Entretanto, da leitura mais acurada do dispositivo em questão constata-se que esse argumento cai por terra por duas simples razões: a uma, porque a norma em questão estabelecia que a emissão do bilhete único era uma faculdade, e não uma obrigação; a duas, porque referido dispositivo foi alterado pelo Decreto nº 5.155, de 23 de julho de 2004, não

<sup>19</sup> ROMS nº 13084/CE, 1ª Turma, Rel.: Min. José Delgado, j. em 28.05.2002, DJ de 01.07.2002, p. 214.

<sup>20</sup> Art. 3º Ao idoso com renda igual ou inferior a dois salários mínimos serão reservadas duas vagas gratuitas em cada veículo, comboio ferroviário ou embarcação do serviço convencional de transporte interestadual de passageiros.

<sup>21</sup> O beneficiário previsto no caput deste artigo deverá solicitar um único "Bilhete de Viagem do Idoso", devendo dirigir-se aos pontos-de-venda da transportadora, com antecedência de, pelo menos, três horas em relação ao horário de partida do ponto inicial do serviço de transporte, podendo incluir no referido bilhete a viagem de retorno, respeitados os procedimentos da venda de bilhete de passagem, no que couber.

havendo mais a previsão do procedimento previsto no § 2º do artigo 3º do Decreto nº 5.130/04.

Apointa-se, ainda, que o mencionado decreto foi omissivo na regulamentação de diversos pontos em relação aos passageiros-beneficiários como, por exemplo, o pagamento das taxas de embarque dos terminais rodoviários e o pedágio das rodovias em favor dos mesmos, a cobertura securitária a ser oferecida, a gratuidade ou não no transporte de suas encomendas e a responsabilidade civil em caso de acidente de trânsito.

Ocorre que o artigo 2º do Decreto nº 5.155/04, regulamentou a matéria em apreço, ao acrescentar o artigo 8º-A ao Decreto nº 5.130/04, com a seguinte redação:

*"Art. 8º-A – O benefício concedido ao idoso alcança os mesmos direitos garantidos aos demais passageiros.*

*Parágrafo único. Não estão incluídas no benefício as tarifas de pedágio e de utilização dos terminais e as despesas com alimentação."*

Portanto, quanto à taxa de embarque e à tarifa de pedágio, não há maiores questionamentos, já que não estarão incluídos no benefício, nos termos do parágrafo único do aludido dispositivo.

No que tange à cobertura securitária e à responsabilidade civil por acidente de trânsito, verifica-se que o *caput* do artigo em referência assegura aos beneficiários os mesmos direitos dos demais passageiros, aplicando-se, por conseguinte, as mesmas disposições legais que regem a matéria.

Portanto, observa-se que todas essas questões não estão pendentes de regulamentação.

## 6. SÍNTESE CONCLUSIVA

O legislador, ao estabelecer na parte final do *caput* do artigo 40 do Estatuto do Idoso, que os benefícios de isenção tarifária e de desconto de 50% (cinquenta por cento) para os idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários mínimos no transporte coletivo interestadual de passageiros deveriam observar os *termos da legislação específica*, teve intenção de que a regulamentação fosse realizada por decreto, tal qual prevê a Constituição Federal em seu artigo 84, IV.

Não se aplica aos benefícios em questão a regra do art. 115 do Estatuto do Idoso, que prevê a destinação de recursos

do orçamento da seguridade social para um Fundo destinado à aplicação em programas e ações relativas aos idosos, na medida em que não se enquadram como benefícios assistenciais, mas tarifários.

Os incentivos previstos no artigo 40 do Estatuto do Idoso têm a natureza jurídica de benefícios tarifários, os quais são regulados pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.

O artigo 35 da Lei nº 9.074/95 estabelece uma alternativa para o Poder Público na estipulação de novos benefícios tarifários: ou edita lei estabelecendo fonte de custeio, ou procede à revisão tarifária para preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Na hipótese dos benefícios previstos no artigo 40 do Estatuto do Idoso, o poder concedente preferiu a segunda opção, em vez de estabelecer uma fonte de custeio específica para os benefícios previstos no artigo 40 da Lei nº 10.741/03.

A opção estabelecida no mencionado artigo 35 da Lei nº 9.074/95 não significa que a Administração Pública venha a fazer a aludida revisão das tarifas antes que os benefícios comecem, efetivamente, a ser implementados, pois somente a partir da aplicação prática das medidas de reserva de lugares e do desconto nas passagens é que se poderá verificar se haverá ou não comprometimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A demanda de passageiros idosos e com renda de até dois salários mínimos deve ser absorvida com folgas pela ociosidade dos assentos nos ônibus que realizam o transporte rodoviário interestadual de passageiros, que, segundo informações repassadas pelas próprias permissionárias, representam uma média de 15 (QUINZE) vagas por viagem.

Longe de causar comprometimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o artigo 40 do Estatuto do Idoso provavelmente trará um incremento na renda das empresas com o preenchimento das vagas ociosas por beneficiários do desconto de metade do valor da passagem.

Em eventual caso de conflito entre princípios constitucionais, que provavelmente sequer haverá, tendo em vista as remotas chances de haver a quebra do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de permissão do serviço de transporte rodoviário interestadual de passageiros, prepondera, diante da hierarquização de valores no caso



concreto, indubitavelmente, o princípio da proteção aos idosos hipossuficientes. Os desfavores sociais de que tais pessoas são vítimas demandam resposta jurídica prioritária. Não se pode continuar a deixar a problemática da integração social aos idosos em segundo plano. Os interesses sociais mais relevantes devem prevalecer sobre os interesses econômicos menos significativos e que estão sujeitos a posterior reparação.

Não há no Decreto nº 5.130/04, com as alterações promovidas pelo Decreto nº 5.155/04, qualquer disposição que viole vedação estabelecida na legislação do ICMS, nem que infrinja obrigações em relação aos beneficiários.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Afonso da Silva, José. "Curso de Direito Constitucional Positivo", São Paulo: Malheiros, 2005, 24ª edição.
- Ávila, Humberto Bergmann. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", *in*: Revista de Direito Administrativo nº 215, jan/mar 1999, p. 151-179.
- Bandeira de Mello, Celso Antônio. "Curso de Direito Administrativo", São Paulo: Atlas, 2003, 17ª edição.
- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. "Direito Administrativo", São Paulo: Atlas, 2001, 12ª edição.
- Figueiredo, Lúcia Valle. "A Equação Econômico-Financeira do Contrato de Concessão. Aspectos Pontuais", *in*: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP nº 05, abr/jun 2004, p. 73-90.
- Freitas, Juarez. "A Interpretação Sistemática do Direito", São Paulo: Malheiros, 1995.
- Machado, Hugo de Brito. "Curso de Direito Tributário", São Paulo: Malheiros, 2002, 22ª edição.
- Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires e Branco, Paulo Gustavo Gonet. "Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais", Brasília: Brasília Jurídica, 2002, 1ª edição.
- Moraes, Alexandre de. "Direito Constitucional", 10ª edição – São Paulo: Atlas, 2001.
- Sarlet, Ingo Wolfgang. "A Eficácia dos Direitos Fundamentais", Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, 5ª edição.



**Marcelo Eugênio Feitosa Almeida**  
Advogado da União

## Do Recurso Hierárquico ao Ministério dos Transportes em Face de Decisões das Agências Reguladoras Vinculadas.

A criação das Agências Reguladoras representa importante quebra de paradigma no Direito Administrativo pátrio. E como toda ruptura, enseja choques decorrentes da nova realidade. Dentre tais choques, sobressai a resistência das Agências Reguladoras vinculadas ao Ministério dos Transportes a submeterem o produto de seus processos decisórios à referida Pasta.

A questão ainda encontra-se em amadurecimento na doutrina e jurisprudência e a legislação é movediça. De nossa parte, apresentamos a presente contribuição, com fito de tão somente contribuir com o debate.

É certo que o Estado Democrático de Direito exige a aproximação entre a Administração e administrado, bem como a idéia de participação na gestão administrativa, conduzindo a uma especial atenção sobre os momentos que antecedem a formação das decisões administrativas. Com efeito, surge a necessidade de desenvolver os modos de atuação administrativa e de propiciar ocasiões para que o cidadão seja ouvido pelos órgãos prolores de decisão.

A processualidade encontra-se disseminada nas três funções básicas do Estado, inclusive nos entes da Administração Indireta. Encontramos no ordenamento jurídico uma processualidade administrativa com traços e características peculiares, inerentes ao exercício da função administrativa, vinculado a princípios básicos, como o sistema de pluralidade de instâncias decisórias.

O sistema de pluralidade de instâncias tem aplicação na esfera administrativa porque é uma das fórmulas garantidoras

de todo o regime processual. São razões de natureza hierárquica, de subordinação processual e motivos de ordem pública que aproximam o Direito Administrativo do Direito Processual Judiciário, e que exigem a supremacia de certas autoridades sobre órgãos descentralizados ou a ele subordinados dentro da organização administrativa.

É a observância desses princípios que confere legalidade e legitimidade à decisão administrativa. A observância do devido processo legal, na concatenação de atos legalmente previstos, é imperiosa para a legalidade e legitimidade da decisão a ser tomada. Todos os atos do procedimento destinam-se à preparação de um único provimento, que consubstancia e manifesta a vontade da Administração na matéria provocada.

É justamente garantia desta processualidade o cabimento de Recursos Hierárquicos ao Ministério dos Transportes, em face de decisões oriundas de suas agências reguladoras vinculadas: ANTT e ANTAQ. A garantia do recurso administrativo está fundamentada no direito de petição, assegurado pelo art. 5º, XXXIV, "a" da Constituição Federal, *in litteris*:

*"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*





a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;"

Negar a existência de recurso hierárquico impróprio em face de agência reguladora é negar ao administrado defesa de direitos que reputa ter, mediante o direito de petição aos Poderes Públicos, constitucionalmente assegurado, como visto. É o que ensina a doutrina:

*"(O controle) Pode ser exercido de ofício ou provocado pelo direito de petição, que tem amparo constitucional, com previsão no rol dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no art. 5º, inciso XXXIV, a, dando ensejo a um processo administrativo no qual dar-se-á a resposta à petição por força do dever de oficialidade. Esta via é adequada para a declaração de ilegalidade das agências."*

Negar cabimento de recurso hierárquico impróprio na hipótese que se trata significa tolher inadvertidamente a defesa de direitos, o que representa sobrevivências de uma Administração Pública autoritarista, baseado no *puissance publique*, derruída pelo regime constitucional instaurado em 1988, que inaugurou uma Administração Pública prestadora de serviços públicos, a qual inadmitte a exclusão da manifestação de administrados e parceiros desse processo inaugurado.

A criação das Agências Reguladoras visa justamente a corroborar com esse Estado prestador de serviços, pois estas travarão relações com os parceiros de implementação de políticas públicas cujos apelos devem ser, ao menos, escutados, e não liminarmente subjugados. Os Ministérios dos setores correlatos não podem, como desejam algumas Agências Reguladoras, ser limados desse processo, sob pena de esvaziamento da competência daqueles órgãos na gestão dos serviços públicos correspondentes.

Se couber às Agências Reguladoras a totalidade da gestão das políticas públicas do setor regulado, pouco restará ao Executivo de competência decisória. Vale ressaltar que é o Executivo que detém a legitimidade democrática e constitucional para exercer a função administrativa. Assim, a completa independência das Agências Reguladoras em relação ao Executivo esvaziaria o espaço decisório que cabe constitucionalmente à Administração Direta.

A própria Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que cria a ANTAQ e a ANTT, e normatiza suas atuações e organicidades,

prevê expressamente o recurso hierárquico ao Ministro da pasta correspondente, nos termos do art. 68, § 3º, quando trata do processo decisório:

*Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública.*

*§ 3º. Qualquer pessoa, desde que seja parte interessada, terá o direito de peticionar ou de recorrer contra atos das Agências, no prazo máximo de trinta dias da sua oficialização, observado o disposto em regulamento.*

O preceito acima prevê expressamente que cabe recurso das decisões das Agências, que são proferidas pela diretoria, órgão máximo de sua estrutura organizacional, nos termos do art. 52 da Lei nº 10.233/2001, sem mencionar que as decisões do colegiado serão em última instância.

Assim, pela devolutividade típica dos recursos hierárquicos, o apelo será recebido e julgado pela autoridade superior à diretoria da ANTAQ, *in casu*, o Ministro de Estado dos Transportes, pois dentro da estrutura organizacional da autarquia inexistia órgão superior à diretoria, devendo o recurso ser apreciado fora daquela estrutura, mas por quem detém competência para tanto. É a doutrina que interpreta essa norma, de acordo com Nelson Nery Costa<sup>2</sup>:

*"O recurso hierárquico é o pedido de reexame de ato ou atividade de autoridade administrativa inferior que o recorrente faz à autoridade superior, visando modificar o entendimento da primeira instância do órgão público. De modo geral tem efeito apenas devolutivo, de ser reapreciado. Para ter efeito suspensivo, necessita de que haja previsão legal."*

Destarte, a competência do Ministro de Estado para reapreciar a matéria, por meio do recurso hierárquico, é inquestionável, por inexistir dentro da estrutura da ANTAQ autoridade superior à diretoria.

A Lei nº 10.683, de 25 de maio de 2003, reforça a clara competência do Ministro de Estado dos Transportes para exame do recurso hierárquico, ao estabelecer que as entidades integrantes da Administração Pública indireta serão vinculadas aos órgãos da Presidência da República e aos ministérios, segundo as normas constantes do Decreto-lei 200/67 e sujeitas a supervisão exercida por titular de órgão de assistência

<sup>1</sup> Marcos Jurruena Villela Souto, *Direito Administrativo Regulatório*, 2ª Ed., Lúmen Júris, pág. 357.

<sup>2</sup> Nelson Nery Costa, *Processo Administrativo e suas Espécies*, 4ª ed., Forense, pág. 46.

imediate ao Presidente da República ou Ministro de Estado. Além disso, a Lei nº 10.233/2001 vincula expressamente a ANTAQ e a ANTT ao Ministério dos Transportes, e, conseqüentemente, as decisões de sua diretoria ao Ministro de Estado, nos termos do art. 21:

*"Art. 21. Ficam instituídas a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, entidades integrantes da Administração Federal indireta, submetidas ao regime autárquico especial e vinculadas ao Ministério dos Transportes, nos termos desta Lei." (grifo nosso)*

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que deve ser aplicada subsidiariamente, corrobora com o entendimento acima exposto. Eis o preceito do art. 56, §1º:

*"Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.*

*§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior."*

O legislador não criou especialidades, e não poderia o executivo fazê-lo. Pela norma geral, a Lei nº 9.784/99, que deve ser aplicada subsidiariamente para socorrer o aplicador, as agências reguladoras devem elevar o processo à autoridade superior às quais são vinculadas, *in casu*, o Ministério dos Transportes. A norma especial, o art. 68, § 3º da Lei 10.233/2001, não trouxe tratamento diferenciado, ou seja, manteve a mesma regra da norma geral. Portanto, como não haveria autoridade superior dentro da própria autarquia, cabia elevar o apelo ao órgão às quais são vinculadas, como dito, o Ministério dos Transportes.

As Agências Reguladoras, vale ressaltar, não podem servir de única instância para o processo das matérias a si afetadas. Todavia, quando forem, por força do Princípio da Legalidade, deve a lei ser expressa ao colocar a agência como única instância, como faz os art. 19, XXV, da Lei nº 9.472/97 e o art. 15, § 2º, da Lei nº 9.782/99 que tratam dos recursos, respectivamente, da ANATEL, ANVISA:

*"Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:*

*XXV - decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor;"*

*"Art. 15. Compete à Diretoria Colegiada:*

*§ 2º Dos atos praticados pela Agência caberá recurso à*

*Diretoria Colegiada, com efeito suspensivo, como última instância administrativa." (grifos nossos)*

Vale observar que o tratamento dado ao rito dos recursos é bem diferente da redação dada pela Lei 10.233/2001. Nestas são expressas as colocações da ANATEL e ANVISA como últimas instâncias. No caso da ANTAQ e ANTT, o legislador não fez essa opção, pelo contrário, optou em colocar como última instância o Ministério dos Transportes, ao não mencionar expressamente a ANTAQ ou ANTT como última instância de processo decisório, como fez com outras agências reguladoras (ANEEL, ANATEL, ANP).

Assim, se o processo decisório da agência reguladora se der em última instância na própria autarquia, essa excepcionalidade à regra geral de pluralidade de instâncias deve vir expressamente em sua lei criadora.

A opção do legislador, que não cabe ao executivo desfigurar, sob pena de mácula à Tripartição dos Poderes, tem sua razão de ser. O setor de transportes é bastante peculiar e diferente dos outros setores regulados. Trata-se de um setor cujos aspectos técnicos são indissociáveis dos aspectos políticos, razão pela qual não pode o Ministério ser excluído dos processos decisórios referentes às regulações.

Vale ressaltar que o recurso hierárquico não inibe a independência das agências reguladoras, que são eminentemente técnicas. O que não pode ocorrer, e nem há previsão legal para isto, é o poder regulador legalmente imposto às agências passarem a assumir competências de escolhas e definições de políticas públicas dos respectivos setores, claramente usurpando funções de governo, e, portanto, usurpando funções democráticas, o que não tem amparo constitucional, como já ressaltado.

O recurso hierárquico impróprio visa a exatamente evitar que a agência reguladora ultrapasse seus limites de poder regulador, imiscuindo-se nas competências de fomento de políticas públicas da Administração Direta.

Mas afinal, do que se trataria a tão propagada "independência administrativa" da ANTAQ e ANTT, a que se refere o art. 21, § 2º, da Lei nº 10.233/2001? Refere-se, e não há outra interpretação cabível, a assuntos *internas corporis* da própria Agência, que não se refiram diretamente ao seu objeto institucional.

No Estado de Direito, a Administração Pública sujeita-se a múltiplos controles, e os recursos hierárquicos representam importantes instrumentos de controle interno. O argumento da inadmissibilidade do recurso hierárquico enseja uma imunidade às agências reguladoras ao Controle Interno



proporcionado pelos recursos hierárquicos. O Controle Interno, mediante recurso hierárquico, visa a impedir o desvio de suas finalidades, o desatendimento de balizas legais ou ofensas aos interesses públicos ou dos particulares.

Portanto, a figura do agente regulador independente não afasta as regras de controle. O que se deseja com a independência é afastar a incidência de ingerência política sobre o juízo técnico que deve orientar a atuação da agência. Os termos independência e autonomia têm significados diferentes, e não podem ser confundidos. A doutrina explica:

*"Autonomia é voltada à defesa de interesses próprios das corporações (dando-se a tutela apenas para impedir que nessa busca de interesses próprios se viole o ordenamento jurídico); a independência é um instrumento de desenvolvimento de uma atividade típica da Administração."*<sup>3</sup>

Da orientação firmada pelo STF, no julgamento da Medida Cautelar na ADI 1668-DF, se extrai que a referida independência não afasta, em si, o controle pela própria Administração, exercido diretamente pelo próprio Ministro da área e indiretamente pelo Presidente. O que encerra a alusão à citada independência é a autonomia, em si, do serviço, valendo notar que está vinculada a um Ministério. Destarte, o regime autárquico especial está longe de revelar a existência de uma entidade soberana, afastada do controle cabível, como dito.

Destarte, o recurso hierárquico impróprio não atenta contra a autonomia das agências, pois estas ainda gozam de importantes instrumentos que garantem tal característica, como: a garantia legal da estabilidade dos seus dirigentes, com impossibilidade de demissão, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal; a autonomia de gestão e o estabelecimento de fontes próprias de recursos, que, somados, garantem de forma eficiente a autonomia que a lei prevê para tais entes.

À guisa de uma conclusão, certo de uma modesta contribuição para este complexo debate, não se pode afastar a autoridade máxima do setor de transportes, o Ministro de Estado correspondente, das importantes decisões sobre o tema, sob pena de usurpação de competências legais e constitucionalmente atribuídas. O recurso hierárquico para o Ministro visa justamente a debelar tal disparate, servindo como útil instrumento para tanto.

#### BIBLIOGRAFIA:

- Arnoldo Wald, O Direito de Parceria e a Lei de Concessões, 2ª ed., Saraiva, págs. 17, 89, 221, 226 e 635.
- Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 15ª ed., Malheiros, pág. 153.
- Marcos Juruena Villela Souto, *Direito Administrativo Regulatório*, 2ª Ed., Lúmen Júris, pág. 353.
- Nelson Nery Costa, *Processo Administrativo e suas Espécies*, 4ª ed., Forense, pág. 46.

<sup>3</sup> Marcos Juruena Villela Souto, *Direito Administrativo Regulatório*, 2ª Ed., Lúmen Júris, pág. 353.



Aristarte Gonçalves Leite Júnior  
Advogado da União

## Da Segregação de Contêineres.

Recebo, com muita honra, o convite para explanar opinião jurídica a respeito da segregação de contêineres, tema de indelével simplicidade, mas que, nos dias atuais, em face de distintas exegeses, demanda profunda reflexão, principalmente após o advento da Lei nº 8.630, de 1993, conhecida como Lei de Modernização dos Portos, que, dentre outras situações, retirou as Companhias Docas da operação portuária, trespassando tal mister para a iniciativa privada, por intermédio dos contratos de arrendamentos de áreas portuárias, viabilizando pesados investimentos em mecanização, automação e ampliação da infra-estrutura dos complexos portuários brasileiros.

2. Dentro deste prisma, tive a oportunidade de emitir parecer jurídico sobre a legalidade ou não da cobrança da segregação de contêineres, em virtude de dúvidas suscitadas nos portos brasileiros, e, em particular, no Porto de Salvador e no Porto de Santos, haja vista a existência de inúmeras leis e normas a reger a vida e a gestão portuária, a exemplo da Lei de Licitações, a Lei de Concessões, Lei e normas da Desestatização, a Lei de Delegações, as Leis Ambientais, a Lei e as normas das Agências, as diversas normas da Receita Federal e a atual jurisprudência sobre a matéria.

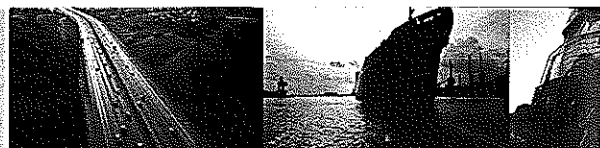
3. Assim, foi editado o PARECER CONJUR/MT nº 244/2005, que, como antes assinalado, cuidou de dirimir dúvidas relacionadas com posicionamentos conflitantes, relativos à cobrança da tarifa de segregação de contêineres, ou seja, se a movimentação de cargas destinadas a outros recintos alfandegados, que não aquele que havia recebido a carga do

navio, poderia gerar a ocorrência de custos adicionais e, em consequência, a cobrança de um preço público ou privado pelo serviço colocado à disposição do usuário.

4. Tratava-se, desse modo, de interpretar cláusulas contratuais decorrentes de um Contrato de Arrendamento celebrado entre a Companhia Docas do Estado da Bahia – CODEBA e a empresa TECON SALVADOR S/A, e mais precisamente em se saber se a segregação e entrega de contêineres movimentados através do TECON para os Recintos Alfandegados – RAS's implica em custos adicionais para o operador portuário, e mais especificamente proceder à exegese dos incisos XIV e XVII da Cláusula Vigésima Quarta do Contrato de Arrendamento nº 012/2000, atinentes aos direitos e obrigações da arrendatária.

5. Dessa maneira, a interessada, TECON SALVADOR S/A irressignada com a decisão da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, ingressou com recurso hierárquico ao Exmo. Senhor Ministro dos Transportes, cuja Autarquia proferiu acórdão publicado no DOU do dia 21 de julho de 2003, em que, mesmo admitindo a existência de custos adicionais na movimentação de cargas destinadas a outros recintos alfandegados, entendeu não existirem serviços adicionais de contêineres, e, em consequência, determinou a remessa dos autos administrativos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica para averiguação de ofensa à ordem econômica.

6. No aludido recurso administrativo a interessada, em defesa de sua tese, alega que a cobrança do serviço é lícita, amparada pelo Contrato de Arrendamento, derivado do Porto



de Salvador, motivo pelo qual presta um serviço adicional de segregação e transferência de mercadorias, pelo que dita prestação de serviços encontra sua previsão na expressão genérica do contrato "demais serviços", e seria ofensivo à inteligência jurídica aceitar sua gratuidade.

7. Do mesmo modo, esclarece que a matéria ora tratada já fora objeto de contemplação pelo Judiciário por meio da Apelação Civil nº 30170-6/2001, da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça da Bahia, cujo acórdão foi no sentido de que o serviço adicional de segregação e transferência de mercadoria, realizada por operadora portuária em benefício de empresa homóloga, deve ser pago, em face da previsão do processo licitatório e do princípio que veda o enriquecimento sem justa causa.

8. Transcreve parte do aludido Acórdão, no intuito de demonstrar a legalidade da cobrança, em que o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia decidiu que:

"Quanto à possibilidade da Apelante vir a cobrar pelos serviços que presta à Apelada, a Cláusula 24, XVII, do

multicitado contrato de arrendamento prevê que "as taxas dos demais serviços serão negociadas livremente entre a arrendatária e clientes/usuários: ora, é justamente na qualidade de cliente/usuária que a Apelada prescinde dos serviços da Apelante na sua área de operação portuária exclusiva.

Desse modo, a cobrança feita pela recorrente se configura, além de lícita, por ser amparada no contrato de arrendamento firmado com a CODEBA, legítima, pois se trata de serviço adicional de segregação e transferência de mercadoria que tem, previsão na expressão "demais serviços", constante da referida Cláusula 24, XVII, daquele contrato.

Não se pode, por outro lado, de forma alguma, aceitar a gratuidade do referido serviço, pois nosso ordenamento jurídico tem banido a exploração do trabalho alheio sem contraprestação, o que, na sua ótica, configura o enriquecimento sem causa".

9. Também esclarece que na 9ª Vara da Justiça Federal em Salvador, Processo nº 2002.33.00.010776-2, o tema está em discussão promovida pelo Consórcio EADI Salvador, Logística e Distribuição com o objetivo de provocar a

declaração judicial da inexistência da obrigação de pagar o serviço de segregação de contêineres para outros recintos alfandegados, sendo que informa que o ilustre magistrado indeferiu o pedido de antecipação de tutela deduzido para que o TECON fosse compelido a entregar os contêineres sem o pagamento do "preço".

10. Pondera que aquela decisão foi objeto de Agravo de Instrumento para o TRF da 1ª Região (AI nº 2002.01.00.32552-4/BA), cabendo, por distribuição, para o Desembargador Federal Dr. OLINDO MENEZES, que negou efeito suspensivo à decisão atacada, assim se posicionando, verbis:

**"...a cobrança feita pela recorrente se configura, além de lícita, por ser amparada no contrato de arrendamento firmado com a CODEBA, legítima, pois se trata de serviço adicional de segregação e transferência de mercadoria que tem, previsão na expressão "demais serviços", constante da referida Cláusula 24, XVII, daquele contrato..."**

"Como situar a decisão recorrida, o pagamento objurgado já vem sendo feito há dois anos, o que demonstra não existir o fundamento da possibilidade, real e objetiva, de dano irreparável ou de difícil reparação, a justificar a antecipação dos efeitos da tutela, como exige a lei (art. 273 CPC). A entrega da prestação jurisdicional a final, e sendo o caso, reporá as coisas no statu

quo ante com inteira eficácia. Demais disso, não é desarrazoada a tese da CODEBA, de que os valores previstos na cláusula 24ª do contrato cobrem apenas os serviços executados na zona primária do Porto, não envolvendo os serviços prestados em outros recintos, especialmente quanto às mercadorias importadas, que demandam movimentação também em função do desembarço aduaneiro, serviços esses que estariam regidos pelo inciso XVII da mesma cláusula 24ª (as taxas dos demais serviços serão negociadas livremente entre a arrendatária e clientes/usuários), aspecto que dessoria o requisito da verossimilhança da alegação. Neste contexto, mantenho a decisão recorrida, indeferindo o pretendido efeito suspensivo..."

11. Requereu, dessa maneira, a interessada que se preserve a harmonia e a separação entre os poderes, considerando-se a eficácia das decisões judiciais que reconheceram a legalidade da cobrança questionada, proferidas em processos que envolvem a mesma matéria e as mesmas partes integrantes do processo, tudo no intuito de evitar decisões conflitantes e preservar a segurança jurídica.



12. Aduz, ainda, que o serviço de segregação de contêineres não está incurso no rol dos serviços descritos no inciso XIV da cláusula 24ª do Contrato de Arrendamento, mas sim na previsão contida no inciso XVII da mesma cláusula 24ª, na expressão "outros serviços", os quais serão objeto de livre negociação entre TECON e clientes/usuários, destacando que os contratos para movimentação de cargas de terceiros devem reger-se, exclusivamente, pelas normas de direito privado, consoante se extrai do § 2º do art. 6º da Lei nº 8.630, de 1993.

13. Expõe que o serviço de segregação é decorrência da eficiência operacional exigida contratual e legalmente do TECON que, em decorrência do desembarque de contêineres no menor espaço de tempo possível, também é obrigado a desenvolver uma logística específica para a entrega dos contêineres a serem armazenados em outros recintos no prazo de 48 horas, sendo que tais serviços, além de onerosos, são serviços adicionais que não compõem a tabela da CODEBA, muito menos a equação econômico-financeira do contrato, razão pela qual sua cobrança está amparada no inciso XVII da cláusula 24ª do contrato de arrendamento, que prevê a livre negociação de preços, sujeitos, portanto, às regras da livre iniciativa e da livre concorrência.

14. Ao final, além de explicitar que o preço fixado no edital, valores máximos a serem cobrados pela arrendatária (R\$ 94,23 por contêiner movimentado e de R\$ 4,69 por tonelada de carga movimentada), nos dois primeiros anos de operação, abrange somente os serviços previstos no inciso XIV da cláusula 24ª do contrato de arrendamento, extraídos da tabela de preços da CODEBA, assevera que o serviço de segregação é serviço adicional que gera custos adicionais, motivo pelo qual o que pretendem as denunciante é reduzir os custos de suas atividades através da intervenção do Poder Público para assegurar isenções ou tabelamento de preços de serviços cujos

preços devem ser livremente negociados entre os particulares, afrontando o bom senso e o próprio ordenamento jurídico vigente.

15. O Egrégio Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 2.023-TCU-Plenário, em decisão preliminar, assinou prazo para a ANTAQ deliberar em definitivo sobre a legalidade da cobrança do serviço de entrega e movimentação de contêineres e outros recintos alfandegados – denominada "Terminal Handling Charge" – THC (THC2), mas, ao mesmo

tempo, adentrou no mérito da questão, louvando-se no opinamento técnico da Secretaria de Controle Externo no Estado da Bahia, no sentido de que os serviços de segregação de contêineres, por serem acessórios da atividade principal, estariam inseridos no conceito de serviço de movimentação de contêineres consagrados no item XIV da Cláusula 24ª do Contrato de Arrendamento nº 012/2000, celebrado entre a CODEBA e o TECON.

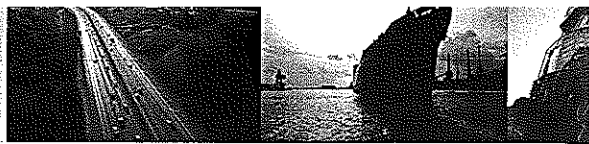
16. A ANTAQ, por meio de sua Diretoria Colegiada, ao não acatar o voto do eminente Diretor-Relator José Guimarães Barreiros, que reconheceu a legalidade da cobrança da segregação de contêineres, decidiu no sentido de que, embora existissem custos

adicionais na movimentação de cargas destinadas a outros recintos alfandegados, o serviço prestado estaria totalmente abrangido pelo conceito do serviço de movimentação de contêineres consagrado no contrato de arrendamento, motivo pelo qual não estaria configurada a existência de serviços adicionais.

17. Após o advento de parecer de minha lavra há notícia de que o CADE adotara posição no sentido de que o preço cobrado pela segregação de contêineres era indevido, pois, na sua ótica, estava inserido no conceito de serviço de movimentação de contêineres, objeto da mesma Cláusula 24ª do instrumento celebrado entre as partes.

**"...o serviço de segregação é decorrência da eficiência operacional exigida contratual e legalmente do TECON que, em decorrência do desembarque de contêineres no menor espaço de tempo possível, também é obrigado a desenvolver uma logística específica para a entrega dos contêineres a serem armazenados em outros recintos no prazo de 48 horas, sendo que tais serviços, além de onerosos, são serviços adicionais que não compõem a tabela da CODEBA, muito menos a equação econômico-financeira do contrato, razão pela qual sua cobrança está amparada no inciso XVII da cláusula 24ª do contrato de arrendamento, que prevê a livre negociação de preços, sujeitos, portanto, às regras da livre iniciativa e da livre concorrência..."**





18. Finalmente, foi trazido à colação o fato do destaque do trânsito em julgado, em 6 de maio de 2005, da decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em processo que reconheceu a legalidade da cobrança pela segregação de contêineres.

19. Assim, após examinar todas as decisões administrativas e judiciais conflitantes passei à análise de mérito da questão posta nos autos, primando pelo exame dos itens XIV, atinente à movimentação normal dos contêineres, e XVII, referente às taxas dos demais serviços negociados livremente entre a arrendatária e clientes/usuários.

20. Como notório, a operação portuária normal na importação, dos contêineres que ficarão armazenados no pátio do arrendatário, se compõe das seguintes fases de movimentação:

a) retirada do contêiner a partir dos porões ou do convés do navio e sua descarga para o cais;

b) o transporte do contêiner para o pátio e sua colocação no local onde deva permanecer armazenado ou aguardar entrega, incluindo o seu empilhamento;

c) o desemilhamento e a entrega do contêiner ao importador/consignatário, incluído o carregamento do veículo transportador.

21. No tocante à segregação de contêineres destinados a outros recintos alfandegados, o operador portuário procede da seguinte forma:

a) retirada do contêiner a partir dos porões ou do convés do navio e sua descarga para o cais;

b) o transporte do contêiner para o pátio e sua colocação numa massa uniforme, onde encontram-se inclusive outros contêineres que permanecerão armazenados na área arrendada;

c) dessa massa uniforme, os contêineres destinados a outros recintos alfandegados são segregados, ou seja, novamente identificados, verificados quanto a avarias, lacres, etc., para uma vez destacados dessa massa uniforme, sofrerem novo transporte para as pilhas onde são depositados os contêineres destinados a outros recintos alfandegados;

d) o desemilhamento e a entrega do contêiner aos recintos alfandegados, incluindo o carregamento do veículo transportador.

22. Deduz-se daí que, na verdade, existem serviços adicionais, na ocasião em que os contêineres são destacados

da massa uniforme e colocados numa área especial, destinados a outros recintos alfandegados.

23. Desse modo, corroborando a manifestação do nobre Diretor Relator José Guimarães Barreiros, entendo que a remoção por etapas, aliás duas etapas de colocação de contêineres no pátio, quando é retirado do navio e colocado numa massa uniforme, e posteriormente novamente movimentado para outra área especial, onde ficam situados os contêineres destinados a outros recintos alfandegados, implica na geração de serviços e custos diferentes.

24. Estava assim patenteado nos autos que a segregação de contêineres é uma nova etapa de trabalho adicional que surgiu

para a agilização operacional, em face da necessidade do aumento da velocidade de descarga/embarque dos contêineres, reduzindo o custo de importação.

25. Aliás, tal posição é inclusive adotada pelo ilustre então Diretor-Geral da ANTAQ, quando entende que "a separação e entrega de contêineres para os

**“...a separação e entrega de contêineres para os Recintos Alfandegados implica em operações, movimentações e mesmo controles adicionais para os operadores dos terminais em relação à sua operação básica otimizada...”**

Recintos Alfandegados implica em operações, movimentações e mesmo controles adicionais para os operadores dos terminais em relação à sua operação básica otimizada, implicando em custos adicionais para o operador”, tendo discordado, nesse sentido, do posicionamento da área técnica da Agência.

26. No mesmo diapasão, o Diretor Tarcisio Jorge Caldas Pereira reconheceu em seu voto que “a movimentação em um terminal, de contêineres destinados a outros recintos alfandegados, por seu caráter aleatório, que difere da ordem programada e previamente conhecida daqueles destinados ao próprio terminal, afeta negativamente a produtividade da operação, e portanto acarreta, sem dúvida, um diferencial de custo, de que o arrendatário tem direito de se ressarcir”.

27. O que causa espécie é que, apesar do próprio Diretor-Geral da ANTAQ, com a devida vênia, ter reconhecido que a procura do esquema operacional ótimo, estabelecendo-se uma logística que aumente a velocidade de descarga e reduza custos de manuseio, é uma obrigação, e não uma conveniência, imposta ao operador pelo mercado, e ter admitido inclusive que a movimentação de contêineres para os RA's, bem como controles e verificações básicas e documentais distintas e adicionais àquelas consideradas básicas para a logística do terminal gerarem custos adicionais, tenha considerado indevida a cobrança dos serviços adicionais.

28. Ora, se existem custos adicionais com a movimentação de contêineres para os recintos alfandegados em face de operações distintas em relação à operação básica otimizada (aqueles contêineres que permanecem armazenados na área arrendada) é lógico, e nem se poderia admitir o contrário, que existem serviços adicionais.

29. No entanto, esses serviços adicionais (movimentação da massa uniforme para área específica de contêineres destinados a outros recintos alfandegados), apesar de serem idênticos àqueles descritos no inciso XIV da Cláusula 24ª do Contrato de Arrendamento (transporte, entrega, empilhamento, desempilhamento), demandaria, como o próprio nome sugere, operações extras, além daquelas previstas nas operações básicas.

30. Não foi por outro motivo que o Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia, na demanda promovida pela Intermarítima Terminais Ltda. contra o TECON Salvador, prolatou Acórdão no sentido de que o serviço adicional de segregação e transferência de mercadoria deve ser pago, em face da previsão do processo licitatório e do princípio que veda o enriquecimento ilícito, reconhecendo que a cobrança está amparada no inciso XVII do Contrato de Arrendamento, que prevê que as taxas dos demais serviços serão negociadas livremente entre a arrendatária e clientes/usuários.

31. Dentro desse contexto, nunca é demais lembrar que a própria ANTAQ, no Processo nº 50300.000159/2002, ao examinar a Reclamação formulada pela empresa MARIMEX DESPACHOS, TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA. sobre a cobrança de taxa pelos Terminais de Contêineres do Porto de Santos pelo serviço de segregação e entrega de contêineres, denominada THC – Terminal Handling Charge 2 aos Recintos Alfandegados – RA's, portanto, matéria igual à analisada nos presentes autos, decidiu que “os serviços de segregação e entrega de contêineres pelos operadores portuários aos recintos alfandegados existem, geram custos adicionais não cobertos pela THC do armador e, em consequência, sua cobrança afigura-se justificada”, e que “não há na conduta descrita nos autos indícios de infração à ordem econômica, nos termos das Leis nºs 8.884/1994 e 10.233/2001”. (Acórdão datado de 17.02.2005, publicado no DOU de 1º/3/2005).

32. Naquela oportunidade do exame da situação do Porto de Santos, votaram os Diretores da ANTAQ José Guimarães Barreiros, como Relator, Ronaldo Herbest Dotta e Carlos Alberto Wanderley Nóbrega.

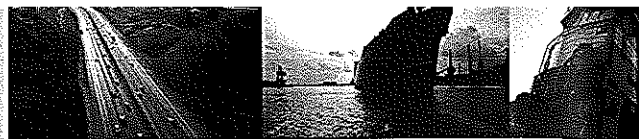
33. Antes de prolatar o seu voto o ilustre Relator esclarece, em resumo, que a Secretaria de Acompanhamento Econômico

– SEAE, do Ministério da Fazenda, proferira o Parecer nº 440, de 13/12/2002, sobre a cobrança da referida THC 2 no Porto de Santos, tendo concluído que existiam serviços e custos adicionais no atendimento dos recintos alfandegados e que a THC cobrada dos armadores não cobre esses serviços.

34. Aborda o fato de que a CODESP, por meio do Ofício de 12/04/2004, informa que antes de privatizar as operações portuárias cobrava os serviços adicionais na entrega de contêineres aos RA's, com base na taxa M-20, após M-13, implementadas por aquela sociedade de economia mista quando atendia às operações, sendo que aludidas taxas, que abrangiam serviços acessórios, constantes da tarifa, foram criadas e baixadas através de Tarifa Portuária pelo Governo Federal, pelo Ministério dos Transportes e extinta PORTOBRÁS.

35. A CODESP, assim, esclarecera à ANTAQ que o serviço de entrega de contêineres aos portos secos era prestado por aquela entidade, enquanto operadora portuária, serviço pelo qual era cobrada uma tarifa específica prevista na Tabela M, sendo que após ter se retirado da operação portuária, as aludidas cobranças foram contestadas por três terminais retroportuários alfandegados, em ações de repetição de indébito, e o Judiciário pronunciou-se favoravelmente à CODESP. Dessa forma, é entendimento da CODESP confirmado por decisões judiciais, que o referido serviço existia e segue existindo, na medida em que os contêineres continuam sendo entregues pelos terminais marítimos aos portos secos.

36. Em face do fato de que antes da Lei de Modernização dos Portos, a operação portuária era integralmente executada pela CODESP, que desde 1987 realizava, com exclusividade, os serviços de armazenagem e os de transferência e liberação de contêineres para os RA's, compreendendo a cobrança de capatazia (Tabela C) e de serviços adicionais (Tabela M-20), e levando em conta que em Santos, como em Salvador, existem precedentes judiciais reconhecendo a existência de serviços adicionais e a própria legalidade da cobrança, e de que a ANTAQ, nos casos de SUAPE, Salvador e Santos, reconheceu a existência de trabalho adicional de separação, distribuição e entrega de contêineres, o Relator-Diretor José Guimarães Barreiros, profissional que labuta na área portuária há mais de 50 anos, portanto com vasto conhecimento da operação portuária, inclusive de diversos terminais de contêineres da América e Europa, concluiu o seu voto no sentido de que o serviço de segregação e entrega de contêineres existe, gera custos adicionais não cobertos pela THC do armador, e, em consequência, sua cobrança por parte dos terminais afigura-se justificada, e que não há na conduta descrita nos autos



indícios de infração à ordem econômica, mas, ao contrário, uma acirrada competição instaurada com a presença de quatro terminais privados e um público no Porto de Santos.

37. Por sua vez, o Diretor Ronaldo Herbst Dotta, não discrepando do entendimento do Relator foi enfático no sentido de que "encontro-me convencido de que a movimentação e entrega de contêineres de importação para os recintos alfandegados exige recurso do operador portuário a rotinas diferenciadas (seja em foco na chamada segregação, seja como foco na entrega imediatamente após a descarga), uma vez que envolve a entrega de contêineres com destinos distintos entre si, fato que, interferindo na logística básica do terminal, gera custos adicionais e afeta o nível de eficiência de sua atividade".

38. Assim, a ANTAQ, por maioria, entendeu pertinente e legal a cobrança dos serviços de segregação e entrega de contêineres pelos operadores portuários aos recintos alfandegados no Porto de Santos, à exceção do voto do Diretor Carlos Alberto Wanderley Nóbrega, que apesar de reconhecer a existência de custos adicionais, em face de operações, movimentações e controles adicionais para os operadores dos terminais em relação à sua operação básica otimizada, votou pela irregularidade da cobrança da THC 2.

39. Tem-se, desse modo, no caso concreto do Porto de Salvador, como ponderado pelo próprio Diretor-Geral da ANTAQ em seu voto, que inclusive divergiu da área técnica da Autarquia que existem, a exemplo de SUAPE e Santos, trabalhos adicionais no tratamento dado aos contêineres destinados aos recintos alfandegados, com operações, movimentações e controles adicionais em relação à sua operação básica otimizada, que geram custos adicionais.

40. Deduz-se daí que esses trabalhos, na verdade, são serviços adicionais em relação aos RA's, efetuados pelo operador portuário na zona primária do porto, que anteriormente foram exigidos inclusive pela própria Receita Federal, que determinara a segregação de contêineres em área especial da arrendatária daqueles contêineres que seriam destinados aos terminais alfandegados. Aliás, esses serviços

adicionais, como enfatizado pelo Relator-Diretor e pelo Diretor-Geral da ANTAQ, não são apenas para atendimento da conveniência do terminal, mas para a manutenção dos níveis de eficiência necessários à otimização da operação portuária, sendo certo que, por tal motivo, a CODESP adotou essa prática desde o ano de 1987, com a anuência da extinta PORTOBRÁS, de vez que cobrava esses serviços adicionais por meio da Tabela M-20.

41. Ora, se existem custos adicionais reconhecidos pela ANTAQ em seu acórdão, custos esses que não estão insertos na Cláusula 24ª, inciso XIV do Contrato de Arrendamento, logicamente decorreu de um trabalho ou serviço executado

previamente pela arrendatária, de forma diferenciada, tendo em vista que não se admite em direito qualquer cobrança sem uma contrapartida.

42. Pelo visto, a discussão e conflitos existentes nesses autos dizem respeito apenas ao "modus faciendi" da cobrança, levando em conta que todos os Diretores da ANTAQ são unânimes em asseverar que na movimentação de contêineres destinados a outros recintos alfandegados existem custos adicionais, como também trabalhos executados pela

**"...esses serviços adicionais, como enfatizado pelo Relator-Diretor e pelo Diretor-Geral da ANTAQ, não são apenas para atendimento da conveniência do terminal, mas para a manutenção dos níveis de eficiência necessários à otimização da operação portuária, sendo certo que, por tal motivo, a CODESP adotou essa prática desde o ano de 1987, com a anuência da extinta PORTOBRÁS, de vez que cobrava esses serviços adicionais por meio da Tabela M-20..."**

arrendatária.

43. A confusão criada, pelo que se extrai dos autos, está afeta aos trabalhos executados que, na verdade, são semelhantes. É que a Cláusula 24ª, inciso XIV prevê que na movimentação básica otimizada os serviços prestados em terra são os de transporte, recepção ou entrega, na área do terminal, de mercadorias de ou para o navio e de ou para as áreas de armazenamento, recepção ou entrega.

44. Desse modo, os trabalhos executados pela arrendatária, previstos no inciso XIV, dizem respeito aos contêineres importados que permanecerão armazenados na área arrendada, em que são cobrados o valor estipulado naquele inciso (R\$ 94,23, na época da celebração do contrato) e mais o preço relativo à armazenagem.

45. No que pertine àqueles contêineres destinados a outros recintos alfandegados, situados fora da área do porto organizado, o arrendatário, após proceder à movimentação

descrita no inciso XIV, denominada operação básica, em que os contêineres são colocados juntamente com aqueles que ficarão armazenados na área primária, retira-os daquele lugar, transportando-os para outra área especial, entregando-os aos RA's.

46. Essa segunda movimentação, que implica na separação, conferência, desempilhamento/empilhamento e transporte, é que, consoante as assertivas da ANTAQ, geram trabalhos e custos adicionais.

47. Dessa maneira, está patente que a segunda movimentação está inserta no inciso XVII da Cláusula 24ª do Contrato de Arrendamento, relativas às taxas dos demais serviços, que devem ser negociados livremente entre a arrendatária e o usuário, como entendem as autoridades portuárias (CODEBA e CODESP) e o próprio Poder Judiciário do Estado da Bahia, que na Apelação Civil nº 30170-6/2001, decidiu que "a cobrança feita pela arrendatária Tecon Salvador é lícita, por ser amparada no contrato de arrendamento firmado com a CODEBA, e legítima, pois se trata de serviço adicional de segregação e transferência de mercadoria que tem previsão na expressão "demais serviços", constantes da referida cláusula 24ª, daquele contrato". (grifei)

48. Não tenho dúvida, assim, de que os serviços extraordinários ou mesmo acessórios de segregação e entrega de contêineres pelos operadores portuários nos recintos alfandegados existiam e existem, geram custos adicionais não cobertos pela THC do armador, ainda mais que a própria CODESP cobrava, na qualidade de operadora portuária tais serviços, como antes declinado, com base no art. 13 do Decreto nº 24.511, de 1934, que determinara, verbis: "cabe às administrações dos portos realizar, com presteza, segurança e exatidão não só os serviços que constituem privilégio seu, como qualquer outro de que se incumbir, sejam portuários ou acessórios. Parágrafo único. A retribuição dos serviços que executarem deve ser cobrada pelas administrações dos portos, mediante exata aplicação das tarifas aprovadas pelo Governo, cuja consulta deve ser facilitada aos interessados". (grifei)

49. Com amparo no Decreto nº 24.511, de 1934, a extinta Empresa de Portos do Brasil S.A. – PORTOBRÁS, por meio da Resolução nº 136, de 1989, aprovou os preços tarifários das administrações portuárias (Companhias Docas), e em ato contínuo, pelo Ofício Deport nº 167/89, de 19 de julho de 1989, comunicou a aprovação das tarifas da CODESP, com vigência a partir de 14/07/1989, sendo de notar que, dentre os preços públicos a serem cobrados na tarifa do Porto de Santos, verificam-se as "Taxas Gerais", "Taxas Especiais" e a

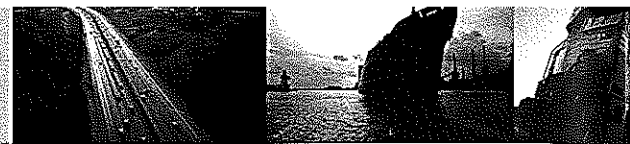
"Tabela M – Serviços Acessórios" (devidas pelos requisitantes), estando inserida dentro desta última a "Tabela M-20", devida pelo serviço de liberação de contêineres destinados aos terminais retroportuários alfandegados, conforme os documentos (conhecimento marítimo), relacionados na respectiva declaração de transferência, por contêiner". (grifei)

50. Aliás, como antes assinalado, um fato relevante que não pode ser desprezado pelos administradores é a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que, ao não receber os recursos judiciais (embargos de declaração, agravo de instrumento e recurso extraordinário), expediu certidão de trânsito em julgado, em 6 de maio de 2005, da decisão emanada do Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia, que declarou a legalidade da cobrança pelo Tecon Salvador na prestação de serviços de segregação de contêineres, cuja demanda havia sido proposta pela Intermarítima Terminais Ltda. contra a ora recorrente.

51. É certo, no entanto, que ainda remanesce discussão da matéria ante o Juízo Federal da 9ª Vara de Salvador, nos autos do Processo nº 2002.33.00.010776-2, tendo como autor o Consórcio EADI e réus o Tecon Salvador, a CODEBA e a ANTAQ, devendo, assim, a administração usar de toda cautela em relação às decisões advindas do Poder Judiciário, impondo-se, inclusive, que se aguarde o "**decisum**", em obediência aos princípios da independência dos poderes e da segurança jurídica, insculpidos no texto constitucional.

52. Por derradeiro, no que pertine a questão afeta ao valor da cobrança, por se tratar de matéria de cunho técnico, entendo que somente a CODEBA, como órgão fiscalizador do Contrato de Arrendamento, é que poderá melhor dizer se o custo dos serviços adicionais está condizente com os valores de mercado, apesar da própria ANTAQ, no caso específico do Porto de Santos, ter opinado no sentido de que não havia indícios de infração à ordem econômica, situação essa que se assemelha ao caso concreto descrito nos presentes autos.

53. Quanto às demais alegações trazidas aos autos pela recorrente, atinentes à nulidade da deliberação da ANTAQ, cerceamento de defesa e vício procedimental do Acórdão da Autarquia, corroboro o entendimento esposado no Parecer-PRG-ANTAQ/nº 143/2003, de vez que, até aquela ocasião, não havia decisão judicial transitada em julgado impedindo a entidade federal de exercer o seu **munus** público, bem assim pelo fato da interessada ter tido a oportunidade de se defender em todas as fases do processo, e o voto do Diretor-Geral, na verdade, acompanhou o do Diretor Tarcísio Jorge Caldas Pereira, com argumentos próprios, mas que desempatou a questão.



54. Diante de todo o exposto, tenho em conclusão que os serviços de segregação e entrega de contêineres pelos operadores portuários aos recintos alfandegados geram custos adicionais não cobertos pela THC do armador, sendo sua cobrança pela recorrente legítima, em face da previsão contratual inserta no inciso XVII da Cláusula 24ª do Contrato de Arrendamento, celebrado entre Tecon Salvador S.A. e a CODEBA, consoante inclusive posição da autoridade portuária, da ANTAQ no processo do Porto de Santos, e do Poder Judiciário do Estado da Bahia, e das decisões judiciais que ampararam a cobrança da CODESP quando ainda atuava como operadora portuária.

55. No entanto, em que pese esse posicionamento jurídico, que se coaduna com as decisões judiciais existentes sobre a matéria, entendo de toda pertinência, apesar do trânsito em julgado da Apelação Civil que tramitou no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, considerando a cobrança legal, se aguarde o deslinde do assunto que também se acha em tramitação no Juízo Federal da 9ª Vara de Salvador, para, somente depois, dar fiel cumprimento ao “**decisum**”, em consonância, inclusive, com a jurisprudência administrativa da ex-Consultoria-Geral da República, hoje Advocacia-Geral da União (Pareceres CGR nºs H-40, L-089, H-237).

56. Por derradeiro há de se trazer a lume o fato de que a matéria, apesar desse entendimento jurídico, acatado pela Senhora Consultora Jurídica deste Ministério e pelo Exmo. Senhor Ministro de Estado dos Transportes, ainda não está pacificado no âmbito da Administração Pública Federal, em face de posição divergente do CADE, o que demandou a instalação da câmara de conciliação e arbitramento “ad hoc” pela douta Advocacia-Geral da União, com o objetivo de definir, seguindo a legislação em vigor, a quem compete definir o mérito do assunto, qual seja, a legalidade ou não da cobrança pelos terminais portuários dos serviços de segregação e entrega de contêineres aos outros recintos alfandegados.





Isabel Cristina Pinho Bandeira Albuquerque  
Advogada da União

## Privatização e Estadualização de Sociedade de Economia Mista.

**Resumo:** Institutos da privatização e da estadualização em relação à sociedade de economia mista. Breve histórico da privatização no Brasil. Conceito legal de privatização enfocando que, atualmente, a legislação pertinente é a Lei n.º 9.491/97, que trata do Plano Nacional de Desestatização, e o Decreto n.º 2.594/98. Ausência de norma específica regulamentando a estadualização: conceito, modos como pode ser feita, exemplos. Procedimento para efetivar ambos os institutos, assim como os efeitos da sucessão trabalhista nos dois casos. **Palavras-chave:** Privatização. Estadualização. Plano Nacional de Desestatização. Sociedade de Economia Mista. Sucessão Trabalhista.

### 1. INTRODUÇÃO

A privatização, em sentido amplo, é o ato de privatizar, ou seja, de transferir ao particular algo que antes era público. Nos governos Collor e FHC ocorreram várias privatizações das chamadas empresas estatais.

Neste artigo, faremos uma explanação acerca dos fundamentos jurídicos do processo de privatização atuais. Veremos também o que é o instituto da estadualização, bem como algumas formas como ele pode ocorrer.

O que nos levou a escolher este tema foi justamente a dificuldade de encontrar na doutrina trabalhos acerca desse assunto, principalmente sobre a estadualização. Por tratar-se de

matéria tão importante e tão pouco explorada, decidi nos lançar à comunidade jurídica algumas observações sobre esses institutos.

Para tanto, utilizamo-nos do método expositivo, citando a legislação correlata, bem como trazendo exemplos para elucidar melhor o tema.

Desta forma, expusemos o conceito de privatização e estadualização, fazendo uma abordagem jurídica, nos dias atuais, de como esses institutos podem ser efetivados.

### 2. DESENVOLVIMENTO

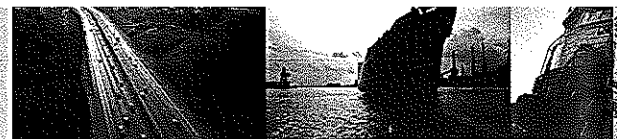
No que diz respeito à privatização, a matéria está regulada no chamado Programa Nacional de Desestatização.

Com efeito, o referido Programa foi instituído em 1990, com a Lei n.º 8.031. De acordo com o estudo "Privatização no Brasil"<sup>1</sup>, realizado pelo BNDES, em julho de 2002, a desestatização, no Brasil, teve vários períodos. Em princípio, foram concentrados esforços na venda de estatais produtivas, pertencentes a setores estratégicos, o que permitiu a inclusão de empresas siderúrgicas, petroquímicas e de fertilizantes no Plano Nacional de Desestatização (PND).

A partir de 1995, no governo FHC, foi conferida maior prioridade à privatização. O PND foi apontado como um dos principais instrumentos da reforma do Estado, sendo parte integrante do Programa de Governo.

<sup>1</sup> [www.bndes.gov.br](http://www.bndes.gov.br)





Uma nova fase da privatização foi iniciada, na qual os serviços públicos começavam a ser transferidos ao setor privado. Foram incluídos os setores elétrico, financeiro e as concessões das áreas de transporte, rodovias, saneamento, portos e telecomunicações.

Em setembro de 1997 foi promulgada a Lei n.º 9.491 (alterada pela Medida Provisória n.º 2.161-35/2001), que revogou a Lei n.º 8.031/90 e alterou procedimentos relativos ao PND.

Portanto, a chamada privatização está regulamentada no Plano Nacional de Desestatização (PND), que atualmente é regido pela Lei n.º 9.491/97. Após esse breve relato, iniciaremos então a abordagem jurídica da privatização.

O Decreto n.º 2.594/98, que regulamenta a Lei n.º 9.491/97, dispõe no inciso I, do seu art. 2º que:

*"Art. 2º. Poderão ser objeto de desestatização, nos termos da Lei n.º 9.491, de 9 de setembro de 1997:*

*I – empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo;*  
(...)" (grifos nossos)

Nesse contexto, de empresas controladas direta ou indiretamente pela União instituídas por ato do Poder Executivo, enquadram-se as Sociedades de Economia Mista.

Com efeito, a Sociedade de Economia Mista é uma pessoa jurídica de direito privado, instituída (mediante autorização de lei específica) e controlada pelo Estado, que assume necessariamente a forma de Sociedade Anônima. Tais sociedades regem-se por estatuto próprio e, por possuírem natureza jurídica de direito privado, têm um disciplinamento jurídico um pouco menos rígido em face do princípio da legalidade estrita.

Por outro lado, deve-se observar a Seção IV, que dispõe sobre as sociedades que são excluídas do PND, *verbis*:

*"Art. 6º Não se aplicam os dispositivos deste Decreto:*

*I - às empresas públicas ou sociedades de economia mista que exerçam atividades de competência exclusiva da União, de que tratam os incisos XI e XXIII do art. 21, a alínea "c" do inciso I do art. 159 e o art. 177 da Constituição;*

*II - ao Banco do Brasil S.A. e à Caixa Econômica Federal.*

*Parágrafo único. A vedação prevista no caput deste artigo não se aplica às participações acionárias detidas pelas entidades enumeradas em seus incisos, desde que não incida restrição legal à alienação das referidas participações."*

O art. 5º, do mesmo decreto, traz o conceito legal de desestatização:

*"Art. 5º. Considera-se desestatização:*

*I – a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;*

*II – a transferência, para a iniciativa privada, de execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade."*

Merece especial atenção o art. 4º, da Lei n.º 9.491/97, o qual elenca as modalidades operacionais da desestatização:

*"Art. 7º. As desestatizações serão executadas mediante as seguintes modalidades operacionais:*

*I – alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações;*

*II – abertura de capital;*

*III – aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição;*

*IV – alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações;*

*V – dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a conseqüente alienação de seus ativos;*

*VI – concessão, permissão ou autorização de serviços públicos;*

*VII – aforamento, remição de foro, permuta, cessão, concessão de direito real de uso resolúvel e alienação mediante venda de bens imóveis de domínio da União."*

Estes são, pois, os modos para privatizar pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública ou serviços públicos. Ressalte-se que na escolha da modalidade operacional a ser utilizada há discricionariedade por parte do Poder Público, que examinará qual a opção mais viável para atender ao princípio da supremacia do interesse público.

Todavia, o Estado, ao realizar a privatização, deve observar as regras contidas no Capítulo VIII do Decreto n.º 2.594/98. Tal capítulo refere-se ao processo de desestatização, ou seja, quais os trâmites que devem ser obedecidos na efetivação da privatização.

O referido processo tem início com a publicação e divulgação dos editais, de acordo com o preceito do art. 28, do mesmo decreto:

*"Art. 28. Para salvaguarda do conhecimento público das condições em que se processará a alienação do controle acionário da empresa, inclusive instituição financeira, incluída no PND, assim como de sua situação econômica, financeira e*

operacional, será dada ampla divulgação das informações necessárias, mediante a publicação do edital, no Diário Oficial da União e em jornais de notória circulação nacional, do qual constarão, pelo menos, os seguintes elementos: (...)."

Em seguida, conforme o art. 30, do mesmo diploma legal, é feita uma avaliação geral a fim de se conhecer a situação econômico-financeira da sociedade a ser privatizada e também para decidir o preço mínimo de suas ações, tendo em vista a posterior alienação.

A inclusão de uma sociedade no PND se dá por meio de decreto presidencial, nos termos do art. 84, IV da CF/88.

Após termos exposto o conceito de privatização e os preceitos legais para sua efetivação, passamos, então, a analisar o instituto da estadualização.

Frise-se, logo de início, que não há um consenso doutrinário, muito menos um conceito legal, acerca desse instituto em face das sociedades de economia mista e das empresas públicas federais.

Entretanto, em sentido amplo, pode-se afirmar que a estadualização é um processo pelo qual é transferido a um Estado da Federação o controle acionário de uma pessoa jurídica integrante da Administração Pública.

Essa transferência pode ser de forma onerosa (alienação) ou gratuita (doação). Não há, todavia, na legislação pátria, a regulamentação do procedimento que deve ser seguido durante o processo de estadualização.

Por essa razão, trazemos à baila um caso prático de estadualização, com o intuito de expor como é realizado tal processo.

Citaremos o exemplo da Empresa de Navegação da Amazônia S. A. – ENASA, que passou por um processo de estadualização (já concluído) no qual a transferência das ações para o Estado do Pará ocorreu de forma gratuita.

Com base em tal exemplo, verificamos que o primeiro passo é fazer um levantamento completo da situação da companhia.

Em seguida, é editada uma lei específica, que autoriza a transferência das ações para o estado. No caso da ENASA foi a Lei n.º 8.029/90. O art. 17 (posteriormente renumerado para art. 20), do referido diploma legal, assim dispôs:

"Art. 20. É o Poder Executivo autorizado a doar a Estados e Municípios, sem encargos para os donatários, a participação acionária da União nas seguintes empresas: Companhia de Navegação do São Francisco, Empresa de Navegação da Amazônia S. A. e Serviço de navegação da Bacia do Prata S. A."

Depois é necessário um instrumento através do qual a União e o Estado estabeleçam os detalhes para o desenrolar do processo de estadualização. No caso em tela, foi assinado o PROTOCOLO DE INTENÇÕES PARA A TRANSFERÊNCIA DA EMPRESA DE NAVEGAÇÃO DA AMAZÔNIA – ENASA, celebrado entre a União, através do Ministério dos Transportes, e o Estado do Pará.

Por fim, concretiza-se a estadualização através da efetiva transferência das ações para o estado. No nosso exemplo, foi firmado o TERMO DE TRANSFERÊNCIA DE AÇÕES DE TITULARIDADE DA UNIÃO, EMITIDAS PELA EMPRESA DE NAVEGAÇÃO DA AMAZÔNIA S. A. – ENASA, PARA O ESTADO DO PARÁ.

Outrossim, para evitar qualquer tipo de controvérsia, foram acrescentados ao art. 20 da Lei n.º 8.029/90. § § 1º e 2º, verbis:

"§ 1º Os créditos destinados a futuro aumento do capital social da Empresa de Navegação da Amazônia S.A., de titularidade da União, existentes na data da doação de que trata o caput deste artigo, serão transferidos juntamente com a participação acionária e nas mesmas condições. (Incluído pela Lei 9819, de 1999)

§ 2º A União sucederá a ENASA nas seguintes obrigações decorrentes de norma legal, ato administrativo ou contrato: (Incluído pela Lei 9819, de 1999)

I - relativas ao Instituto Nacional do Seguro Social, ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica, à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, à Contribuição Social sobre o Lucro e ao financiamento de embarcações por parte do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, existentes em 31 de dezembro de 1998; e (Incluído pela Lei 9819, de 1999)

II - relativas a ações trabalhistas, cujo fato gerador tenha ocorrido até 31 de dezembro de 1998. (Incluído pela Lei 9819, de 1999)"

No entanto, há outro tipo de estadualização, em que a transferência das ações ocorre por meio oneroso. O resto do procedimento pode ser realizado da mesma forma da estadualização gratuita.

Por outro lado, convém fazermos algumas observações acerca da sucessão trabalhista, tanto na privatização quanto na estadualização (ambas são processos de transferência das ações das empresas, sendo que no primeiro caso quem sucede é o setor privado, enquanto que no segundo é um estado da federação).

Numa sociedade de economia mista, por ser uma pessoa jurídica de direito privado, os empregados são regidos pela

CLT. Dessa forma, a consequência da mudança da propriedade é regulamentada pelos arts. 10 e 448, da CLT:

*"Art. 10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.*

*Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados."*

Sobre o tema, são lições de Valentin Carrion:

*"O legislador, ao redigir os arts. 10 e 448, não pretendeu eximir de responsabilidade o empregador anterior liberando-o de suas obrigações, de forma imoral. A lei simplesmente concedeu ao empregado a garantia de voltar-se contra quem possuir a empresa para facilitar-lhe e garantir-lhe o recebimento de seus créditos; não há obstáculo na lei que impeça ao empregado propor ação contra quem foi seu empregador. Entretanto, essa conclusão não tem apoio jurisprudencial.*

*O sucessor, condenado ao pagamento de débitos trabalhistas do antecessor, tem direito regressivo contra este, pela lei civil. Segundo o CPC, art. 70, a denúncia da lide é obrigatória àquele que deve, pela lei ou pelo contrato, indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda."*<sup>2</sup>

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo complementam:

*"Nesse sentido, quando configurada uma situação de sucessão de empresas, os direitos do empregado são integralmente assegurados, isto é, o novo empresário sub-roga-se em todas as obrigações do primeiro, tendo continuidade normal o contrato de trabalho, sem qualquer prejuízo para o trabalhador.*

*Essa regra é decorrência lógica da inexistência do requisito da personalidade na conceituação legal do empregador, como vimos no início deste capítulo, bem assim do princípio da continuidade da relação de emprego."*<sup>3</sup>

Em suma, ocorre o seguinte: o sucedido obriga-se até a data da mudança. No entanto, o empregado pode demandar contra o sucessor créditos anteriores à transferência. Todavia, este terá direito de regresso contra o antecessor.

### 3. CONCLUSÃO

Assim, concluímos que tanto a privatização quanto a estadualização de uma sociedade de economia mista são

meios de transferência de suas ações. Todavia, a diferença reside justamente na natureza jurídica do sucessor.

Na privatização, tratada pela legislação pelo nome de desestatização, a transferência ocorre para a iniciativa privada. Já na estadualização, a propriedade das ações é transferida para um estado da federação.

Vimos que existe legislação regulamentando a privatização, que é a Lei n.º 9.491/97, enquanto que não há, predefinido numa lei, o procedimento para efetuar a estadualização. Cada caso, pode ocorrer de uma determinada maneira.

Outrossim, existe duas formas para realizar a estadualização de uma sociedade de economia mista: uma gratuita e outra onerosa.

Por fim, em ambos os institutos, incidem as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho em relação à sucessão trabalhista.

### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 29. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito do Trabalho*, 6. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*, volume 2, 7. ed., São Paulo, Saraiva: 2004.

<sup>2</sup> Carrion, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 29ª edição, São Paulo, Saraiva, 2004, págs. 284 e 285.

<sup>3</sup> Paulo, Vicente e Alexandrino, Marcelo. *Direito do Trabalho*, 6ª edição, Rio de Janeiro, Impetus, 2005, pág. 132.



## Pareceres



# Controvérsias entre órgãos jurídicos da Administração Federal, tendo como objeto cabimento de supervisão ministerial sobre Agências Reguladoras.

PARECER CONJUR/MT Nº 81/2006

**Referência:** Processo nº 50000.0029371/2004-83

**Interessado:** Tecon Salvador S/A

**Assunto:** Recurso Hierárquico interposto nos autos do Processo 50300.000022/02 e insubmissão da ANTAQ ao mandamento ministerial.

**Ementa:** Controvérsias entre órgãos jurídicos da Administração Federal acerca da admissibilidade de recurso hierárquico dirigido para o Ministro de Estado dos Transportes em face de Agência Reguladora, tendo como objeto cabimento de supervisão ministerial sobre Agências Reguladoras, vinculação das Procuradorias Jurídicas das Agências Reguladoras às Consultorias Jurídicas dos Ministérios e sobre cobrança do preço público THC2 em contratos de arrendamento portuário. Competência do Advogado-Geral da União para dirimir tais controvérsias. Inteligência do art. 3º, XI, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Vem ao exame desta Consultoria Jurídica recurso hierárquico interposto pela empresa Tecon Salvador S/A em face da decisão da ANTAQ, publicada no DOU em 21 de julho de 2003, prevalecendo o entendimento da inexistência de serviços adicionais de contêineres, embora reconheça a ocorrência de custos adicionais na movimentação de contêineres destinados a outros recintos alfandegados.

A irresignação da recorrente deu ensejo ao processo em epígrafe, e ao Parecer CONJUR nº 244/2005 (fls.61 a 85), que

entendeu ser o recurso hierárquico impróprio admissível, bem como que os serviços de segregação e entrega de contêineres pelos operadores portuários aos recintos alfandegados geram custos adicionais não cobertos pelo THC do armador, sendo sua cobrança pela interessada legítima. A referida manifestação, pelos seus próprios argumentos, foi acolhida pelo Ministro (fls.87), dando-lhe eficácia para todos os órgãos vinculados, por força do art. 42 da Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Não obstante a manifestação ministerial, a ANTAQ, por meio do Parecer-PRG-ANTAQ/Nº 149/2005-JRLO, de fls. 94 a 108, entende ser inadmissível o recurso, assim como a incompetência deste Ministério para rever ou corrigir decisão proferida pela referida agência no exercício de suas atribuições.

Tais decisões ensejaram sérias controvérsias entre a ANTAQ e o Ministério dos Transportes, tanto no que tange a questões marginais como à questão de mérito.

Considerando que o interesse público é único, alterações entre organismos da Administração Pública representam um injustificável distanciamento de suas finalidades, prejudicando o particular que permanece paciente da incerteza e insegurança administrativa. Portanto, tal dissenso entre o Ministério e a Autarquia insurrecta deve ser prontamente debelado pelo órgão competente, tanto para fixação do entendimento que deverá prevalecer no presente caso, como para circunstâncias semelhantes futuras.

Diante do impasse, tanto na questão de mérito, como quanto à admissibilidade do recurso na espécie e outras



questões, passo a tecer as seguintes considerações sobre as controvérsias entre este Ministério e a ANTAQ:

# I. DA CONTROVÉRSIA ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO HIERÁRQUICO AO MINISTRO DE ESTADO DOS TRANSPORTES EM FACE DA ANTAQ.

A primeira controvérsia entre o Ministério e a Autarquia refere-se à admissibilidade do recurso hierárquico na espécie.

A ANTAQ defende a inadmissibilidade do recurso da parte interessada, sob o argumento, em suma, de que as Agências Reguladoras não se submetem ao Ministro da pasta correspondente, e que tal submissão significaria quebra do poder normativo a ela legalmente atribuído, com reflexo na independência técnica de atuação na esfera de regulação que lhe foi conferida pela lei correspondente.

Tais argumentos, todavia, não merecem prosperar. E os argumentos para tanto são variados e inatacáveis.

O Estado Democrático de Direito exige a aproximação entre a Administração e o administrado, bem como a idéia de participação na gestão administrativa, conduzindo a uma especial atenção sobre os momentos que antecedem a formação das decisões administrativas. Com efeito, surge a necessidade de desenvolver os modos de atuação administrativa e de propiciar ocasiões para que o cidadão seja ouvido pelos órgãos prolatores de decisão.

A processualidade encontra-se disseminada nas três funções básicas do Estado, inclusive dos entes da Administração Indireta. Encontramos no ordenamento jurídico uma processualidade administrativa com traços e características peculiares, inerentes ao exercício da função administrativa, vinculado a princípios básicos, como o sistema de pluralidade de instâncias decisórias.

O sistema de pluralidade de instâncias tem aplicação na esfera administrativa porque é uma das fórmulas garantidoras de todo o regime processual. São razões de natureza hierárquica, de subordinação processual e motivos de ordem pública que aproximam o Direito Administrativo do Direito Processual Judiciário, e que exigem a supremacia de certas autoridades sobre órgãos descentralizados ou a ele subordinados dentro da organização administrativa.

É a observância desses princípios que confere legalidade e legitimidade à decisão administrativa. A observância do devido

processo legal, na concatenação de atos legalmente previstos, é imperiosa para a legalidade e legitimidade da decisão a ser tomada. Todos os atos do procedimento destinam-se à preparação de um único provimento, que consubstancia e manifesta a vontade da Administração na matéria provocada.

A conduta da autarquia, de impedir o subimento do recurso, fere essa processualidade. Mais que isso, fere frontalmente a própria Constituição Federal, visto que a garantia do recurso administrativo está fundamentada no direito de petição, assegurado pelo art. 5º, XXXIV, "a" da Constituição Federal, *in litteris*:

*"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*

*a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;"*

Independentemente do mérito, negar preliminarmente a subida do recurso é negar, à interessada, defesa de direitos que reputa ter, mediante o direito de petição aos Poderes Públicos. É o que ensina a doutrina:

*"(O controle) Pode ser exercido de ofício ou provocado pelo direito de petição, que tem amparo constitucional, com previsão no rol dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no art. 5º, inciso XXXIV, "a", dando ensejo a um processo administrativo no qual dar-se-á a resposta à petição por força do dever de oficialidade. Esta via é adequada para a declaração de ilegalidade das agências."*

A postura da autarquia recorrida, de tolher inadvertidamente a defesa de direitos, representa sobrevivências de uma Administração Pública autoritarista, baseado no *puissance publique*, derruída pelo regime constitucional instaurado em 1988, que inaugurou uma Administração Pública prestadora de serviços públicos, que inadmita a exclusão da manifestação de administrados e parceiros desse processo inaugurado.

A criação das Agências Reguladoras visa justamente corroborar com esse Estado prestador de serviços, pois estas travarão relações com os parceiros de implementação de políticas públicas cujos apelos devem ser, ao menos, escutados, e não liminarmente subjugados. Os Ministérios dos setores correlatos não podem, como desejam algumas Agências Reguladoras, ser limados desse

<sup>1</sup> Marcos Juruena Villela Souto, *Direito Administrativo Regulatório*, 2ª Ed., Lúmen Júris, pág. 357.



processo, sob pena de esvaziamento da competência daqueles órgãos na gestão dos serviços públicos correspondentes.

Se couber às Agências Reguladoras a totalidade da gestão das políticas públicas do setor regulado, pouco restará ao Executivo de competência decisória. Vale ressaltar que é o Executivo que detém a legitimidade democrática e constitucional para exercer a função administrativa. Assim, a completa independência das Agências Reguladoras em relação ao Executivo esvaziaria o espaço decisório que cabe constitucionalmente à Administração Direta.

Por este risco, não podem os argumentos da autarquia recorrida prosperarem.

A própria Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que cria a ANTAQ e normatiza sua atuação e organicidade, prevê expressamente o recurso hierárquico ao Ministro da pasta correspondente, nos termos do art. 68, § 3º, quando trata do processo decisório da Agência:

*Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública.*

*§ 3º Qualquer pessoa, desde que seja parte interessada, terá o direito de peticionar ou de recorrer contra atos das Agências, no prazo máximo de trinta dias da sua oficialização, observado o disposto em regulamento.*

O preceito acima prevê expressamente que cabe recurso das decisões da Agência, que são proferidas pela diretoria, órgão máximo de sua estrutura organizacional, nos termos do art. 52 da Lei nº 10.233/2001, sem mencionar que as decisões do colegiado serão em última instância.

Assim, pela devolutividade típica dos recursos hierárquicos, o apelo será recebido e julgado pela autoridade superior à diretoria da ANTAQ, *in casu*, o Ministro de Estado dos Transportes, pois dentro da estrutura organizacional da autarquia inexistia órgão superior à diretoria, devendo o recurso ser apreciado fora daquela estrutura, mas por quem detém competência para tanto. É a doutrina que interpreta essa norma, de acordo com Nelson Nery Costa<sup>2</sup>:

*"O recurso hierárquico é o pedido de reexame de ato ou atividade de autoridade administrativa inferior que o recorrente faz à autoridade superior, visando modificar o entendimento da primeira instância do órgão público. De modo geral tem efeito apenas devolutivo, de ser reapreciado. Para ter efeito suspensivo necessita de que haja previsão legal."*

Destarte, a competência do Ministro de Estado para reapreciar a matéria, por meio do recurso hierárquico, é

inquestionável, por inexistir dentro da estrutura da ANTAQ autoridade superior à diretoria. E a própria ANTAQ reconhece a relação de vinculação sob o Ministério dos Transportes, conforme o Parecer-PRG-ANTAQ/Nº 149/2005-JRLO, às fls. 98: *"11. Não se discute que as Agências reguladoras Independentes (Autarquias) são vinculadas ao Ministério de sua área de competência; da mesma forma não há questionamento sobre a subordinação à autoridade do Ministério no que diz respeito à execução das políticas e diretrizes traçadas na lei de criação desses entes, que, no caso da ANTAQ, está pautado no capítulo III da Lei nº 10.233, de 2001."*

A Lei nº 10.683, de 25 de maio de 2003, reforça a clara competência do Ministro de Estado dos Transportes para exame do recurso hierárquico, ao estabelecer que as entidades integrantes da Administração Pública indireta serão vinculadas aos órgãos da Presidência da República e aos ministérios, segundo as normas constantes do Decreto-lei 200/67 e sujeitas à supervisão exercida por titular de órgão de assistência imediata ao Presidente da República ou Ministro de Estado. Além disso, a Lei nº 10.233/2001 vincula expressamente a ANTAQ ao Ministério dos Transportes, e, conseqüentemente, as decisões de sua diretoria ao Ministro de Estado, nos termos do art.:

*"Art. 21. Ficam instituídas a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, entidades integrantes da Administração Federal indireta, submetidas ao regime autárquico especial e vinculadas ao Ministério dos Transportes, nos termos desta Lei."* (grifo nosso)

Malgrado a interpretação dada pela autarquia recorrida à redação do art. 68, § 3º da Lei 10.233/2001, esta não se sustenta, visto que a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que deve ser aplicada subsidiariamente, espanta qualquer tipo de dúvida acerca da matéria em comento. Eis o preceito do art. 56, § 1º, olvidado pela agência recorrida:

*"Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.*

*§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior."*

O legislador não criou especialidades, e não poderia o executivo fazê-lo. Pela norma geral, a Lei nº 9.784/99, que deve ser aplicada subsidiariamente para socorrer o aplicador, a ANTAQ deveria elevar o processo à autoridade superior. A norma especial, o art. 68, § 3º da Lei 10.233/2001, não trouxe tratamento diferenciado, ou seja, manteve a mesma regra da

<sup>2</sup> Nelson Nery Costa, *Processo Administrativo e suas Espécies*, 4ª ed., Forense, pág. 46.





norma geral. Portanto, como não haveria autoridade superior dentro da própria autarquia, cabia elevar o apelo ao órgão ao qual é vinculado, *in casu*, o Ministério dos Transportes.

As Agências Reguladoras, como dito, não podem servir de única instância para o processo das matérias a si afetadas. Todavia, quando forem, por força do Princípio da Legalidade, deve a lei ser expressa ao colocar a agência como única instância, como faz o art. 19, XXV, da Lei nº 9.472/97 e o art. 15, § 2º, da Lei nº 9.782/99 que tratam dos recursos, respectivamente, da ANATEL, ANVISA:

*"Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:*

*XXV - decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor;"*

*"Art. 15. Compete à Diretoria Colegiada:*

*§ 2º Dos atos praticados pela Agência caberá recurso à Diretoria Colegiada, com efeito suspensivo, como última instância administrativa." (grifos nossos)*

Vale observar que o tratamento dado ao rito dos recursos é bem diferente da redação dada pela Lei 10.233/2001. Nestas são expressas as colocações da ANATEL e ANVISA como últimas instâncias. No caso da ANTAQ o legislador não fez essa opção, pelo contrário, optou em colocar como última instância o Ministério dos Transportes, ao não mencionar expressamente a ANTAQ como última instância de processo decisório, como fez com outras agências reguladoras (ANEEL, ANATEL, ANP).

Assim, se o processo decisório da agência reguladora se der em última instância na própria autarquia, essa excepcionalidade à regra geral de pluralidade de instâncias deve vir expressamente em sua lei criadora.

A opção do legislador, que não cabe ao executivo desfigurar, sob pena de mácula à Tripartição dos Poderes, tem sua razão de ser. O setor de transportes é bastante peculiar e diferente dos outros setores regulados, trata-se de um setor cujos aspectos técnicos são indissociáveis dos aspectos políticos, razão pela qual não pode o Ministério ser excluído dos processos decisórios referentes às regulações.

Vale ressaltar que o recurso hierárquico não inibe a independência das agências reguladoras, que são eminentemente técnicas. O que não pode ocorrer, e nem há previsão legal para isto, é o poder regulador legalmente imposto

às agências passarem a assumir competências de escolhas e definições de políticas públicas dos respectivos setores, claramente usurpando funções de governo, e, portanto, usurpando funções democráticas, o que não tem amparo constitucional, como já ressaltado.

O recurso hierárquico impróprio visa exatamente evitar que a agência reguladora ultrapasse seus limites de poder regulador, imiscuindo-se nas competências de fomento de políticas públicas da Administração Direta.

No Estado de Direito, a Administração Pública sujeita-se a múltiplos controles, e os recursos hierárquicos representam importantes instrumentos de controle interno. O argumento da inadmissibilidade do recurso hierárquico enseja uma imunidade às agências reguladoras ao Controle Interno proporcionado pelos recursos hierárquicos. O Controle Interno mediante recurso hierárquico, o qual as agências reguladoras sustentam não se submeter, visa impedir o desgarre de suas finalidades, que desatenda as balizas legais e ofenda aos interesses públicos ou dos particulares.

Portanto, a figura do agente regulador independente não afasta as regras de controle. O que se deseja com a independência é afastar a incidência de ingerência política sobre o juízo técnico que deve orientar a atuação da agência. A ANTAQ confunde os termos independência e autonomia. A doutrina explica:

*"Autonomia é voltada à defesa de interesses próprios das corporações (dando-se a tutela apenas para impedir que nessa busca de interesses próprios se viole o ordenamento jurídico); a independência é um instrumento de desenvolvimento de uma atividade típica da Administração."<sup>3</sup>*

Da orientação firmada pelo STF, no julgamento da Medida Cautelar na ADI 1668-DF, se extrai que a referida independência não afasta, em si, o controle pela própria Administração, exercido diretamente pelo próprio Ministro da área e indiretamente pelo Presidente. O que encerra a alusão à citada independência é a autonomia, em si, do serviço, valendo notar que está vinculada a um Ministério. Destarte, o regime autárquico especial está longe de revelar a existência de uma entidade soberana, afastada do controle cabível.

Como dito, o recurso hierárquico impróprio não atenta contra a autonomia das agências, pois estas ainda gozam de importantes instrumentos que garantem tal característica. A ANTAQ goza da garantia legal da estabilidade dos seus dirigentes, com impossibilidade de demissão, salvo falta grave

<sup>3</sup> Marcos Juruena Villela Souto, *Direito Administrativo Regulatório*, 2ª Ed., Lúmen Júris, pág. 353.

apurada mediante devido processo legal, autonomia de gestão e estabelecimento de fontes próprias de recursos, o que, somados, garantem de forma eficiente a autonomia que a lei prevê para tais entes.

Ademais, posta como está a situação, figura a ANTAQ como órgão de revisão de manifestação do Ministro de Estado, visto que há uma manifestação deste em determinado sentido, mas a ANTAQ, dispondo sobre a decisão ministerial, decide livremente se cumpre ou não tal decisão, de acordo com seu entendimento. Para tanto, por força do Princípio da Legalidade, é necessário ordem expressa de lei, o que, como sabido, inexistente.

Diante da controvérsia apontada, são estas as razões que se entende cabível o recurso hierárquico em exame, a despeito de entendimento contrário da autarquia recorrida.

## II. DA CONTROVÉRSIA ACERCA DA SUBMISSÃO DA AGÊNCIA REGULADORA À SUPERVISÃO MINISTERIAL.

Outro ponto de discordância entre este Ministério e a ANTAQ refere-se à insubmissão desta à supervisão ministerial, o que, conseqüentemente, ensejaria a inadmissibilidade do recurso hierárquico impróprio.

Atesta a ANTAQ que não se submete à supervisão ministerial, aduzindo, em suma, que a sujeição "significaria violação de dispositivo da lei da ANTAQ e, ainda, a quebra do poder normativo a ela legalmente atribuído, com reflexo, inclusive, na independência técnica de atuação na esfera de regulação que lhe foi conferida pela referida lei" (fls. 99).

Tal argumento não merece acolhida.

A competência do Ministério dos Transportes para exame do recurso decorre, outrossim, da supervisão ministerial sobre suas entidades vinculadas. A supervisão ministerial tem amplo amparo legal e infralegal, que alude a todos os entes da Administração, embora a ANTAQ entenda inaplicáveis tais preceitos, a despeito do Princípio da Legalidade.

Tal controle, ou tutela como chama parte da doutrina, tem a finalidade de assegurar o cumprimento dos objetivos fixados para a autarquia, harmonizar sua atuação com a política e programação do Governo no correspondente setor de atividade, zelar pela obtenção de eficiência administrativa e assegurar sua autonomia administrativa, operacional e financeira. Assim, com vista a uma Administração Pública moderna e harmoniosa, a tutela deve ser incentivada como

importante instrumento sistematizador dos órgãos e pessoas que a compõem.

As agências reguladoras não ficam de fora desse controle, como ensina a doutrina:

*"Os ministérios e secretarias exercem sobre os órgãos de sua estrutura um controle interno, utilizando-se da hierarquia (controle por subordinação), e sobre as pessoas da Administração Indireta (controle por vinculação), um controle finalístico (supervisão ou tutela). A este último ficam sujeitas as agências reguladoras, já que, como dito, a independência não afasta a incidência da norma constitucional que as submete à direção superior do chefe do poder executivo."*<sup>4</sup>

O Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, aplicável às relações entre Ministérios e Agência Reguladoras específicas, traz de forma clara a relação entre Ministério e Autarquias vinculadas:

*"Art. 19. Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República."*

*Art. 20. O Ministro de Estado é responsável, perante o Presidente da República, pela supervisão dos órgãos da Administração Federal enquadrados em sua área de competência."*

*Parágrafo único. A supervisão ministerial exercer-se-á através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos desta lei."*

*Art. 27. Assegurada a supervisão ministerial, o Poder Executivo outorgará aos órgãos da Administração Federal a autoridade executiva necessária ao eficiente desempenho de sua responsabilidade legal ou regulamentar."*

Uma série de legislações e atos normativos, posteriores à lei criadora da ANTAQ, portanto cientes da configuração do Estado Regulador como fomentador de desenvolvimento econômico e social, ratificam a supervisão ministerial sobre as agências reguladoras de forma inquestionável.

Assim, o argumento da ANTAQ segundo o qual a legislação que prevê a supervisão ministerial desconsidera "a moderna legislação de criação das igualmente modernas autarquias denominadas Agências Reguladoras Independentes" (fls. 98) cai por terra, visto que boa parte dessa legislação é posterior à criação dessa nova realidade, e não faz distinção quanto às mesmas.

<sup>4</sup> Marcos Juruena Villela Souto, *Direito Administrativo Regulatório*, 2ª Ed., Lúmen Júris, pág. 357.



O recente Decreto nº 4.721/2003, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério dos Transportes prevê claramente a supervisão ministerial, nos seguintes termos:

*"Art. 2º. O Ministério dos Transportes tem a seguinte estrutura organizacional:*

*III – entidades vinculadas:*

*Autorarquias.*

*3. Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ;"*

Vale repetir que a própria lei criadora da ANTAQ prevê a supervisão ministerial, sem comprometer a autonomia da agência, nos seguintes termos:

*"Art. 21. Ficam instituídas a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, entidades integrantes da Administração Federal indireta, submetidas ao regime autárquico especial e vinculadas ao Ministério dos Transportes, nos termos desta Lei."* (grifo nosso)

Vale ressaltar que toda a legislação que prevê a supervisão ministerial para as autarquias vinculadas, faz sem distinguir as Agências Reguladoras. Assim, o que a lei não excepciona, não cabe ao executivo fazê-lo, sob pena de ferimento à Tripartição dos Poderes, constitucionalmente insculpida, como já alertado.

Além das expressas menções legais à supervisão ministerial sobre as autarquias, sem qualquer ressalva às agências reguladoras, negar a tutela é contradizer a própria Constituição Federal, que também ressalta tal controle, também sem qualquer ressalva a tais pessoas administrativas:

*"Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.*

*Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;"*

Negar a supervisão ministerial, portanto, atenta contra a própria Constituição, que só pode ser excepcionada por ela mesma. A *Lex Legum* não o fez em relação a nenhum ente administrativo, tampouco quanto às agências reguladoras, visto a importância da tutela para a efetivação dos princípios norteadores da Administração Pública.

A interpretação empreendida pela ANTAQ, que não se submete à supervisão ministerial, é uma interpretação contrária aos claros ditames constitucionais, e, naturalmente, não pode prosperar.

A postura da ANTAQ visa abstrair-se do controle interno, que decorre do Princípio da Auto-tutela, que é justamente o poder-dever da Administração Pública de rever seus próprios atos, em especial pela via do controle ministerial, da hierarquia orgânica, do direito de petição e, especialmente, pela vias recursais.

Como vale ressaltar, os recursos hierárquicos impróprios são importantes instrumentos de supervisão ministerial. Assim, negar seguimento ao recurso hierárquico impróprio é furtar-se à supervisão ministerial expressamente prevista nos referidos diplomas legais e na própria Constituição Federal.

Ademais, ainda há outras razões que autorizam a participação do Ministério dos Transportes nos processos decisórios envolvendo a ANTAQ e os colaboradores do setor de transportes.

A Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, instituiu o Programa Nacional de Desestatização, com fito de, sobretudo, reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público. Dentre os vários meios existentes de desestatização há a exploração de bens públicos mediante contratos de arrendamento portuário, nos termos do art. 4º da referida lei:

*"Art. 4º Os projetos de privatização serão executados mediante as seguintes formas operacionais:*

*V - alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; ou"*

*(grifo nosso)*

Com o objetivo de conferir eficácia ao Programa de Desestatização, o Decreto nº 1.990/1996 dispõe sobre a inclusão no programa de empresas controladas pela União responsáveis pela administração de portos marítimos e fluviais. E confere a seguinte atribuição ao Ministério dos Transportes: *"Art. 4º. Fica o Ministério dos Transportes responsável pela execução e acompanhamento do processo de desestatização com as atribuições, no que couber, de gestor, sob a supervisão do Conselho Nacional de Desestatização – CND."*

A recorrente é parte de um contrato de arrendamento portuário, com a CODEBA, contrato 012/2000, cujos efeitos são objeto do processo administrativo em análise. Portanto, independentemente da supervisão ministerial sobre a ANTAQ, este Ministério tem a obrigação de acompanhar os desdobramentos dos processos de desestatização operados por meio de arrendamentos, por força dos preceitos acima colocados.

Com efeito, o Ministério dos Transportes é competente para gerir o processo de desestatização dos portos sob responsabilidade da Companhia Docas do Estado da Bahia –

CODEBA, inclusive os efetivados mediante contratos de arrendamento, como o figurado no presente caso.

Considerando que este contrato configura uma espécie de desestatização, resta concluir que este Ministério, no exercício do seu poder de gestão, tem o poder-dever de fiscalizar a execução do referido contrato de arrendamento, assim como dirimir eventuais questionamentos no curso de sua execução.

Eis as controvérsias acerca da insubmissão da ANTAQ à supervisão do Ministério dos Transportes.

### III. DO CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES E ENTENDIMENTOS ENTRE A PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO À ANTAQ E A CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES.

Outra questão que deve ser pacificada é o choque de funções e entendimentos entre a Procuradoria Federal Especializada junto à ANTAQ e a Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes.

A inteligência dos preceitos legais que tratam dos dois órgãos indica claramente que a Procuradoria Federal Especializada da ANTAQ está sob coordenação e supervisão da Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes.

Todavia, embora tenha que se sujeitar a tal imposição legal, do contrário, age à revelia das orientações desta Consultoria, e, mais do que isto, usurpa a competência da Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes, quando dispõe sobre a legalidade de atos praticados pelo Ministro de Estado desta pasta.

A Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União assim dispõe sobre esta Consultoria Jurídica:

*"Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:*

*II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;*

*III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;*

*V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;"*

(grifos nossos)

*"Art. 42. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas."*

A despeito dos claríssimos preceitos legais que determinam a sujeição da Procuradoria Jurídica da ANTAQ à Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes, isto incorre por parte daquele órgão, que desconsidera inteiramente as orientações fixadas por esta Consultoria.

Especificamente na matéria em apreço, já há interpretação fixada, por meio do Parecer CONJUR/MT nº 244/2005, a ser seguida pela ANTAQ, nos termos do art. 11 da Lei Orgânica, inclusive aprovado pelo próprio Ministro de Estado dos Transportes (fls. 87), nos termos do art. 42 do mesmo diploma.

Todavia, por orientação da Procuradoria Jurídica da agência, insiste a ANTAQ em não seguir a orientação definida. O que representa mais um argumento para a invalidade do Parecer PRG-ANTAQ/Nº 149/2005-JRLO, adiante tratado, visto que não poderia opinar de forma diversa do que fora estabelecido pela Consultoria Jurídica deste Ministério, conforme Parecer CONJUR/MT nº 244/2005.

A vinculação da Procuradoria Jurídica da agência à Consultoria deste Ministério ainda é ressaltada no Decreto nº 4.721/2003, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério dos Transportes, nos seguintes termos: *"Art. 7º À Consultoria Jurídica, órgão setorial da Advocacia-Geral da União, compete:*

*III - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos das entidades vinculadas;*

*IV - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação, quando não houver orientação normativa da Advocacia-Geral da União;*

*VI - assistir ao Ministro no controle da legalidade administrativa dos atos a serem por ele praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação;"* (grifo nosso)

Vale ressaltar que tanto a Lei Orgânica da AGU como o Decreto nº 4.721/2003, ao afirmarem a subordinação das Procuradorias Jurídicas das entidades vinculadas à Consultoria Jurídica do Ministério, em momento nenhum ressalvam a ANTAQ. Como dito, onde o legislador não excepcionou, não cabe ao executivo fazê-lo.

A própria Advocacia-Geral da União já abordou o tema



da vinculação de Procuradoria Federal Especializada à Consultoria Jurídica do Ministério respectivo, nos termos do Parecer Normativo GQ-31, aprovado pelo Advogado-Geral da União, proferido no Processo nº 0001.004210/94-93. Vale colacionar algumas passagens esclarecedoras dessa questão:

*"5. Assiste razão ao Exmo. Sr. Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Planejamento, Orçamento e Coordenação da Presidência da República, quando anota que a competência das Consultorias Jurídicas, quanto à orientação normativa, limita-se aos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas. Isto deflui não só do inciso II do art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, como do art. 42 da mesma lei, que se refere aos pareceres das mencionadas Consultorias Jurídicas."*

*"8. Desse modo, para que fossem respeitadas as competências próprias de cada Consultoria Jurídica dos Ministérios ou dos órgãos integrantes da Presidência da República, seria necessário que cada uma delas emitisse parecer, orientando os órgãos e entidades vinculadas à respectiva pasta, parecer esse aprovado pelo Ministro ou equivalentes, nos termos do já citado art. 42 da Lei Complementar nº 73/93."*

*9. Esse entendimento, no entanto, poderia gerar orientações conflitantes, o que levaria a não ser alcançado o objetivo de se obter um entendimento uniforme para toda a Administração Federal. Essa a razão por que, segundo entendo, a única solução cabível, no caso, é a emissão de parecer do titular da Advocacia-Geral da União, devidamente aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, e publicado, vinculando, assim, toda a Administração Federal, abrangendo a Administração Direta, as autarquias e fundações públicas e as empresas públicas e sociedades de economia mista, da área federal."*

*10. O fundamento para tal conclusão encontra-se, seguramente, nos incisos X, XI e XIII do art. 4º, combinado com o §1º do art. 40, todos da Lei Complementar nº 73/93."*

Portanto, cumpre a esta consultoria fixar os entendimentos a serem, uniformemente, seguidos pelas entidades vinculadas, incluída a ANTAQ. Na matéria em questão há interpretação fixada, o Parecer CONJUR/MT nº 244/2005, aprovada pelo Ministro, que obriga a todos os entes vinculados, de acordo com os preceitos acima colacionados. Todavia insiste a ANTAQ, a despeito das claras regras legais, a não seguir a orientação, agindo em contrário do que fora determinado.

Na prática, por orientação da Procuradoria Federal Especializada da ANTAQ, esta vem dispondo sobre a legalidade do ato do Ministro, que é competência atribuída somente à Consultoria do Ministério, o que representa,

outrossim, uma usurpação das competências legalmente atribuídas a esta Consultoria.

Portanto, caberia à Procuradoria Jurídica da ANTAQ, em função da sua vinculação, tão-somente submeter-se à orientação fixada na matéria, que em resumo determinava, preliminarmente, o recebimento e elevação do recurso hierárquico ao Ministro, e, no mérito, que a cobrança efetuada pela recorrente é legítima, visto que os serviços de segregação e entrega de contêineres pelos operadores portuários aos recintos alfandegados geram custos adicionais não cobertos pelo THC do armador.

Caso a Procuradoria-Geral da autarquia discordasse do mandamento ministerial, deveria proceder de forma diferente, e não como órgão revisor dos atos do Ministro.

O procedimento correto em caso de discordância seria submeter a questão à Procuradoria-Geral Federal - PGF. Caso a PGF concordasse com este Ministério, impor-se-ia à Procuradoria-Geral da ANTAQ, e à Diretoria-Geral, a decisão ministerial. Caso a PGF discordasse deste Ministério, como também não poderia revisar atos do Ministro, caber-lhe-ia elevar a questão ao Ilmo. Advogado-Geral da União, para que este, na competência atribuída no art. 4º, XI, da Lei Complementar 73/93, dirimisse definitivamente a controvérsia.

Nada disto foi feito pela Procuradoria Geral da agência, em franca afronta à Lei Complementar 73/93, cujo ferimento é passível de responsabilização dos agentes autores do descumprimento, *in casu*, o prolator do Parecer PRG-ANTAQ/Nº 149/2005-JRLO, o Procurador-Geral e os Diretores da agência.

Os referidos agentes devem estrita obediência à lei e aos princípios administrativos, e suas condutas de usurpação de competência desta Consultoria, insubmissão à supervisão ministerial, inteiro descumprimento dos arts. 11 e 42 da Lei Complementar 73/93, bem como do art. 7º do Decreto 4.721/03 subsumem-se a atos de improbidade administrativa, passíveis de punição, mediante o devido processo legal.

Em suma, nisto consiste a controvérsia estabelecida entre a Procuradoria Federal Especializada junto à ANTAQ e a Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes e seus desdobramentos.

#### IV. DOS VÍCIOS DA DECISÃO DA AGÊNCIA REGULADORA.

Uma vez fixadas as controvérsias entre este Ministério e a ANTAQ, outra questão de grande relevância é a nulidade da



decisão da ANTAQ, que pesa para a solução das contradições apontadas.

São plúrimas as máculas que fulminam de nulidade a decisão da autarquia. A primeira razão reside no fato de descumprir uma ordem do próprio Ministro de Estado dos Transportes, como se tivesse a competência de controle de legalidade dos atos dessa autoridade.

Ademais, a decisão tem como fundamento de validade o Parecer PRG-ANTAQ/Nº 149/2005-JRLO, que, por seu turno, deve ser invalidado, anulando, conseqüentemente, a decisão a que deu origem.

O parecer jurídico, ou seja, a manifestação opinativa de um órgão consultivo, é um veículo de expedição de um ato administrativo. Contudo, se tal instrumento estiver eivado de vícios, tais vícios tocam e contaminam o ato conteúdo deste meio de exteriorização. É o que ocorre no presente caso.

Para a prática de ato administrativo a competência é condição primeira de sua validade. A competência administrativa é o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. Por força do Princípio da Legalidade, a competência resulta de lei, e por ela é determinada.

Na ANTAQ, como autarquia, a competência para sua representação judicial é exercida pelo Procurador-Geral, nos termos do art. 62 da Lei nº 10.233/2001, bem como pelos membros da Procuradoria-Geral Federal, os Procuradores Federais, nos termos do art. 10 da Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002:

*"Art. 10. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial."*

A Medida Provisória nº 2.229, de 6 de setembro de 2001, dispõe das atribuições dos cargos de Procuradores Federais, na seguinte forma:

*"Art. 37. São atribuições dos titulares do cargo de Procurador Federal:*

*I - a representação judicial e extrajudicial da União, quanto às suas atividades descentralizadas a cargo de autarquias e fundações públicas, bem como a representação judicial e extrajudicial dessas entidades;*

*II - as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos*

*à União, em suas referidas atividades descentralizadas, assim como às autarquias e às fundações federais;*

*IV - a atividade de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados.*

*§ 2º A lotação de Procurador Federal nas autarquias e fundações públicas é proposta pelos titulares destas."*

Assim, as manifestações do órgão jurídico da agência, indubitavelmente, deverão ser emanadas de titular de cargo de Procurador Federal ou, diretamente, pelo seu Procurador-Geral, eis que a lei só confere competência para representação jurídica da autarquia aos ocupantes destes dois cargos.

Compulsando o Parecer PRG-ANTAQ/Nº 149/2005-JRLO, vislumbra-se que este é oriundo de titular do cargo de "Assessor (Área Jurídica)", que embora conste nos Quadros de Pessoal da autarquia, não se lhe confere as competências outorgadas ao cargo de Procurador-Geral ou Procurador Federal, únicos cargos aptos por lei para representação jurídica da agência.

A competência administrativa, sendo um requisito de ordem pública, é intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados. Sem que a lei faculte deslocamento de atribuições, não é possível a modificação discricionária da competência, porque ela é elemento vinculado de todo ato administrativo, e, pois, insuscetível de ser fixada ou alterada ao nuto do administrador e ao arrepio da lei. Não há lei que estenda as competências do Procurador-Geral ou Procurador Federal ao cargo de Assistente (Área Jurídica) da ANTAQ.

Eis, portanto, grave vício que macula a manifestação do órgão jurídico da ANTAQ, referente ao agente prolator da manifestação, que induz à invalidação do parecer que não pode ser considerado para quaisquer efeitos, tampouco para fundamentar a decisão da agência. É o que ensina a doutrina: *"Um ato administrativo somente é válido quando praticado por quem tenha competência para tanto, e nos exatos limites que a regra fixadora de competência o permite. O conteúdo do ato expedido precisa estar incluído no rol de atribuições conferidas, por lei, ao agente que o tiver praticado. Nos termos do art. 2º, § único, letra A da Lei nº 4.717/65, 'a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou'".<sup>5</sup>*

Assim, o silogismo é simples: a competência é um pressuposto de validade do ato emanado; o vício no pressuposto subjetivo acarreta invalidade do ato; logo, a incompetência do autor do parecer gera a invalidade da peça,

<sup>5</sup> Robertônio Pessoa, *Curso de Direito Administrativo Moderno*, 1ª ed., Consulex, pág. 165.





e da decisão que o tomou como fundamento de validade.

A invalidade do ato é patente, e sua invalidação premente. É simples a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: "Invalidação é a supressão, com efeito retroativo, de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica."<sup>6</sup>

É o que ocorre no presente caso, pois a lei confere competência para a atribuição em comento tão somente para os titulares dos cargos de Procurador Federal e Procurador-Chefe, embora o ato tenha sido prolatado por outrem, carente dessa competência.

É dever da Administração invalidar o ato, eis que o fundamento dessa invalidação é justamente o dever de obediência à legalidade, o que implica obrigação de restaurá-la quando violada.

Vale ressaltar que a invalidade do parecer, já demonstrada, enseja a nulidade da decisão, pois esta tomou aquela peça como fundamento de validade, como se infere do seguinte trecho da decisão da ANTAQ, às fls. 110, que cita expressamente o parecer para a formação da decisão da agência:

*"Sobre o posicionamento do Ministério dos Transportes, a Procuradoria Geral da ANTAQ produziu o Parecer PRG-ANTAQ nº 149/2005 (fls.2313 a 2327), que de forma cristalina analisa a pertinência do recurso hierárquico interposto, estabelecendo que a decisão ministerial invade competência privativa da ANTAQ e atenta contra o princípio da legalidade, tendo em vista que a legislação de regência não prevê a admissão de recurso administrativo hierárquico impróprio das decisões da Diretoria Colegiada das Agências Reguladoras, considerando não competentes as autoridades do Ministério dos Transportes para rever ou corrigir decisão proferida pela ANTAQ no exercício de suas atribuições institucionais."*

Portanto, considerando que a decisão da ANTAQ não poderia tomar como base ato nulo, a própria decisão, conseqüentemente, resta inválida.

Outra razão corrobora para a nulidade da decisão da ANTAQ, e já vem sendo objeto de apreciação judicial.

A Diretoria da ANTAQ, o órgão máximo do qual emanam as decisões da agência afetas ao seu objeto, é composta de um Diretor-Geral e dois Diretores. Todavia, hoje a agência encontra tão somente com o provimento dos cargos de Diretor-Geral e de um Diretor.

No que tange ao processo decisório da agência, a Lei nº 10.233/2001 exige o seguinte:

*"Art. 67. As decisões das Diretorias serão tomadas pelo voto*

*da maioria absoluta de seus membros, cabendo ao Diretor-Geral o voto de qualidade, e serão registradas em atas que ficarão disponíveis para conhecimento geral, juntamente com os documentos que os instruem."*

A decisão atacada foi formada pelo voto do Diretor, relator do feito, e pelo voto do Diretor-Geral, em sentido contrário, que prevaleceu por força do "voto de qualidade" do preceito retro. Ora, a lei determina que haja maioria absoluta no processo decisório das agências, o que é impossível de ocorrer no caso da ANTAQ, cuja diretoria só tem dois membros.

A decisão da ANTAQ não decorreu da maioria absoluta de seus membros, como determina a lei, pois houve um empate de votos, decorreu, isto sim, do peso duplo do voto do Diretor-Geral. Enquanto conservar-se essa situação, de permanecer dois membros na diretoria, sempre prevalecerá a vontade do Diretor-Geral, o que faz da diretoria da ANTAQ um órgão unipessoal, e não um colegiado, a despeito da Lei nº 10.233/2001.

O Judiciário já reconheceu a ilegalidade dessa conduta. No Mandado de Segurança nº 2005.34.00.024103-0, a Seção Judiciária do Distrito Federal reconheceu que a ausência de um dos seus três diretores *"implicará, a priori, em o Presidente votar duas vezes – em ocorrendo hipótese de empate – fato este que, caso venha a verificar-se, será hábil a viciar o teor do veredicto, ferindo, outrossim, a lisura do mesmo."*

Assim, de todo o exposto, é clara a invalidade da decisão atacada, bem como do parecer PRG-ANTAQ/Nº 149/2005-JRLO, que não podem ser considerados para nenhum efeito.

Ademais, é preciso ressaltar que a eficácia da decisão em crítica encontra-se sustada por força de decisão judicial que também trata do tema, exarada no Processo nº 2005.34.00.028151-0, da 3ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em face do diretor-geral da ANTAQ, na qual determinou, liminarmente, a suspensão da referida decisão, nos seguintes termos:

*"Assim, em caráter estritamente cautelar, determinando à digna autoridade impetrada que suspensa os efeitos da decisão prolatada no processo administrativo nº 50300.000022/2002, até julgamento final desta ação."*

O fundamento utilizado pelo julgador é o mesmo que informa nossas argumentações acerca dos vícios invalídáveis da decisão da ANTAQ, o que reforça a necessidade, agora inabalável, de desconsideração da decisão da agência reguladora.

<sup>6</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed., Malheiros, pág. 421.

## V. DAS CONTROVÉRSIAS ACERCA DA QUESTÃO MERITÓRIA.

O mérito da questão em análise consiste no fato da segregação e entrega de contêineres movimentados através da interessada para os recintos alfandegados implicar em custos adicionais para o operador portuário, e mais especificamente proceder à interpretação dos incisos XIV e XVII da Cláusula Vigésima Quarta do Contrato de Arrendamento nº 012/2000, atinente aos direitos e obrigações da arrendatária, celebrado entre a CODEBA e a interessada.

Este Ministério, de acordo com os fundamentos expendidos no Parecer nº 244/2005 CONJUR/MT, devidamente aprovado pelo Ministro (fls. 87), portanto com efeitos *externa corporis*, entende que:

*"Diante de todo o exposto, tenho em conclusão que os serviços de segregação e entrega de contêineres pelos operadores portuários aos recintos alfandegados geram custos adicionais não cobertos pelo THC do armador, sendo sua cobrança pela recorrente legítima, em face da previsão contratual inserta no inciso XVII da cláusula 24ª do Contrato de Arrendamento, celebrado entre Tecon Salvador S.A. e a CODEBA, consoante inclusive posição da autoridade portuária, da ANTAQ no processo do Porto de Santos, e do Poder Judiciário do Estado da Bahia, e das decisões judiciais que ampararam a cobrança da CODESP quando ainda atuava como operadora portuária."*

Embora tal entendimento devesse ser uniformemente seguido pela ANTAQ e demais entidades vinculadas, por força do art. 42 da lei Complementar 73/93, aquela agência decidiu da seguinte forma:

*"Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos objetos das atas das 144ª e 149ª reuniões ordinárias da Diretoria, realizadas em 5 de julho de 2005 e em 30 de agosto de 2005, respectivamente, os Diretores da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, tendo em vista: a) que, a decisão ministerial invade a competência privativa da ANTAQ e atenta contra o princípio da legalidade, tendo em vista que a legislação de regência não prevê a admissão de recurso administrativo hierárquico impróprio das decisões da Diretoria Colegiada das Agências Reguladoras, considerando não competentes as autoridades do Ministério dos Transportes para rever ou corrigir decisão proferida pela ANTAQ no exercício de suas atribuições institucionais; b) que, relativamente à tramitação do assunto na 9ª Vara da Justiça Federal em Salvador, que determinou, em medida cautelar, que a Tecon Salvador S/A se abstenha de exigir o pagamento da intitulada taxa de segregação de*

*contêineres ou de qualquer outra a esse mesmo título, ao proceder a entrega à requerente das cargas destinadas à armazenagem no seu recinto alfandegado, o que ratifica a posição desta Agência com relação à cobrança da referida taxa e na unânime decisão do CADE sobre a matéria, ACORDAM por voto de qualidade do Diretor-Geral, vencido o Diretor-Relator, conforme o que consta do art. 15 do Regimento Interno, em: conhecer do pedido de REVISÃO da Tecon Salvador S/A e, no mérito, negar-lhe provimento; (...)"*.

Descabe nesta manifestação a defesa da posição deste Ministério, visto que seus argumentos já se encontram devidamente sustentados no Parecer nº 244/2005/CONJUR/MT.

Do exposto, resta patente a controvérsia tanto sobre a questão meritória quanto às demais questões levantadas, igualmente relevantes, que precisam ser pacificadas, inclusive para prevenir futuras dissensões sobre o mesmo tema.

À apreciação superior.

Brasília, 2 de fevereiro de 2006.

**MARCELO EUGÊNIO FEITOSA ALMEIDA**

Advogado da União

De acordo. À consideração da Sra. Consultora Jurídica.

Brasília, de de 2006.

**RAFAEL MAGALHÃES FURTADO**

Advogado da União

Coordenador-Geral/CGAS

**DESPACHO CONJUR/MT nº /2005**

Aprovo o PARECER CONJUR/MT nº /2005, e determino a remessa dos autos ao Gabinete do Advogado-Geral da União.

Brasília, de de 2006.

**YOLANDA CORRÊA PEREIRA**

Consultora Jurídica



## Possibilidade de Utilização de Pregão na Contratação de Serviços de Informática.

PARECER Nº 500 - 2004/MT/Conjur/CGTA

PROCESSO Nº: 50000.089632/2004-14.

INTERESSADO: CGRH – Coordenação-Geral de Recursos Humanos

ASSUNTO: Contratação de empresa especializada para a prestação de serviços relacionados a central de atendimento

EMENTA: Constitucional. Administrativo. Licitação. Pregão. Serviço de atendimento ao usuário. Possibilidade de caracterização como comum. Serviço de customização de software. Possível desde que se entenda como "customização" tão somente a alimentação de "software de prateleira" com informações e dúvidas para pronta resposta. Determinação de sede de empresa em Brasília. Cláusula restritiva à competitividade do certame.

### 1. DOS FATOS

Vieram os presentes autos a exame nessa Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes para manifestação quanto à minuta de Edital e Contrato, conforme determina o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93, e art. 11, VI, letra "a", da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

O presente processo trata da contratação de empresa especializada no mercado para a prestação de serviços relacionados à Central de Atendimento, contemplando dois níveis, conforme descrição detalhada constante do Termo de Referência de fls. 04/024.

A despesa foi estimada (fls. 065) no valor mensal de R\$ 207.121,60 (duzentos e sete mil, cento e vinte e um reais e sessenta centavos), perfazendo um total anual de R\$ 2.485.459,20 (dois milhões, quatrocentos e oitenta e cinco mil e quatrocentos e cinquenta e nove reais e vinte centavos).

A Divisão Orçamentária e Financeira - DEORC informou que há crédito orçamentário para atender a despesa no exercício de 2004 (fls. 067), aditando que para o exercício de 2005, a despesa está prevista no Projeto de Lei Orçamentária, e para 2006 e 2007, há previsão no PPA. Afirmou também que a despesa será alocada na proposta orçamentária de 2008.

A modalidade licitatória escolhida foi o Pregão (fls. 071).

O Coordenador-Geral de Recursos Logísticos autorizou o procedimento licitatório (fls. 072).

É o relatório.

### 2. DO DIREITO

Devido ao exíguo tempo para a análise por parte desta Consultoria Jurídica, todas as recomendações serão feitas considerando o Termo de Referência de fls. 04/024, devendo o setor administrativo competente promover as alterações nos demais documentos que repetirem os erros ressaltados.

#### 2.1. Da utilização do Pregão

O Pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns.

Conforme ensina o Professor Marçal Justen Filho, para tal caracterização é irrelevante o valor do contrato. Todavia, não pode o pregão ser utilizado de forma generalizada, pois é destituído de maiores garantias.

O conceito de serviço comum pressupõe a **inexistência de peculiaridades**. A caracterização de serviço comum depende de sua **disponibilidade no mercado** e da **padronização**.

O serviço é comum quando a Administração não formula exigências específicas para uma contratação determinada, mas se vale dos bens e serviços tal como disponíveis no mercado. Estar disponível significa a possibilidade, aquisição e fornecimento a qualquer tempo tendo em vista atividade empresarial estável.

Tem de existir um mercado próprio no qual os serviços de que necessita a Administração sejam usualmente negociados.

O serviço só estará disponível num mercado próprio na medida em que se produzir sua padronização. O resultado prático da padronização consiste na ausência de variação das características do objeto a ser selecionado.

A qualidade de "comum" não é atributo essencial do serviço. Deve-se examinar o mercado para verificar se o objeto está ou não disponível.

Mesmo em se tratando de serviço comum, pode a Administração definir características que restringem a competição, desde que tenha por objetivo assegurar qualidade ou melhor desempenho, e que essas restrições sejam facilmente compreendidas no mercado, bem como, nos termos do art. 3.º, III, da Lei nº 10.520, sejam justificadas nos autos do processo.

## 2.2. Da impossibilidade de ser utilizado o Pregão para a contratação de serviços técnicos especializados

O Termo de Referência fala prestação de **serviços técnicos de profissionais especializados**.

Todavia, pela leitura do Termo de Referência, não conseguimos enquadrar as atividades descritas em nenhum dos incisos do art. 13 da Lei nº 8.666/93. Até porque tais atividades são incompatíveis com o suporte operacional à área administrativa, regulada pelo Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 1997, e pela IN/MARE nº 18, de 22 de dezembro de 1997.

Os serviços técnicos de profissionais especializados, como se depreende de sua própria denominação, não podem ser objeto de pregão, eis que não são serviços comuns.

Deve ter havido algum equívoco quando da elaboração do Termo de Referência, como acontece quando do aproveitamento

de Editais de certames outros, de forma que se faz necessária a devida correção para se evitar demandas judiciais questionando a possibilidade de utilização do Pregão para tais serviços.

## 2.3. Da caracterização do serviço de Central de Relacionamento como comum

Apesar de não competir a este Órgão Consultivo emitir juízo de valor sobre a caracterização ou não de determinado serviço como comum, entendemos, pela leitura do Termo de Referência, ser possível a pretendida contratação por Pregão.

O nome "Central de Relacionamento" não revela a verdadeira natureza do serviço descrito.

Trata-se nada mais do que a contratação das conhecidas "centrais de atendimento", na qual os atendentes captam informações e questionamentos dos interessados e repassam aos setores responsáveis pela resposta.

Pelo nosso conhecimento empírico, entendemos ser tal serviço comum, disponível no mercado, com empresas especializadas em tal mister.

Já no atendimento de 2.º nível, nada mais temos do que atividade de apoio administrativo e de interação com a "central de atendimento", 1.º nível, com o escopo de solucionar mais rapidamente o problema.

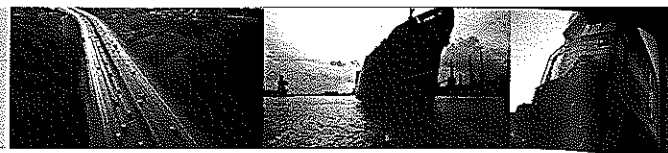
Todavia, existem algumas questões que merecem ser esclarecidas.

É que em algumas passagens do Termo de Referência há menções relativas a "desenvolvimento de aplicativos" e "customização de sistemas informatizados".

O que se quer ressaltar é que a utilização de Pregão em serviços de informática é bastante polêmica. Já está relativamente pacífico sua utilização para a compra dos chamados "softwares de prateleira", ou seja, programas informatizados disponíveis livremente no mercado que não requerem desempenho de tarefa específica.

Penso que é esse *software* que se pretende incluir na contratação. Um sistema que controle das conhecidas "Centrais de Atendimento" e um que construa os famosos *helps* "tira dúvidas". Esses programas estão disponíveis no mercado, não necessitando de um desenvolvimento para atender a uma necessidade específica da Administração.

Faz-se necessário, dessa forma, incluir essa informação no Termo de Referência com o escopo de se evitar demandas judiciais, eis que quanto aos serviços específicos de desenvolvimento de software, há dúvidas sobre a possibilidade de se utilizar o Pregão ante falta de clareza de seu enquadramento como serviço comum.



Entendemos que até a manutenção de software já desenvolvido pode ser qualificada como comum, pois existem no mercado profissionais que oferecem suporte quanto a isso, mas quanto ao desenvolvimento não temos segurança em acenar positivamente.

Dessa forma, sugerimos seja esclarecido que customização se trata de adaptação do software de prateleira, e que a expressão desenvolvimento de aplicativos seja alterada para refletir a real atividade de se alimentar o sistema de *helps* com respostas às dúvidas mais comuns.

#### 2.4. Da restrição ao caráter competitivo do certame

Sugerimos seja modificada a redação do item 5.1 (fls. 014), pois dá a entender que a empresa deverá estar localizada em Brasília.

Tal cláusula é explicitamente vedada pelo art. 3.º, § 1.º, I, da Lei 8.666/93. Não se pode estabelecer quaisquer preferências ou distinções em razão da sede ou domicílio dos licitantes.

Esse dispositivo tutela o interesse público, de forma a garantir o caráter competitivo do certame licitatório.

O que a Administração pode fazer é exigir no ato convocatório que o contrato seja executado em determinado espaço geográfico, mas nunca que os licitantes estejam instalados em determinada base territorial.

A execução em determinado local constitui um requisito relativo à execução do contrato. O que incumbe à Administração é exigir que o licitante evidencie a viabilidade de executar o contrato.

A comissão pode, inclusive, promover diligência para que o sujeito não estabelecido na área apropriada justifique como pretenderá executar a prestação. Na ausência de justificativa plausível, devidamente acompanhada de documentos, ou se a justificativa for impossível de ser executada, a proposta deverá ser desclassificada.

Sendo os serviços de 1.º nível prestados por telefone, seria razoável permitir que os licitantes os realizassem inclusive fora de Brasília, devendo, contudo, os de 2.º nível serem realizados na Capital Federal.

De qualquer forma, se for melhor para a fiscalização, deverá a Administração justificar nos autos a exigência da prestação de ambos os serviços em Brasília, nunca restringindo o certame às empresas aqui sediadas.

#### 2.5. Da duração do contrato

Também sugerimos alteração no item 16 do Termo de Referência de forma a compatibilizar sua redação com a do art. 57, II, da Lei nº 8.666/93.

### 3. CONCLUSÕES

- O Pregão se destina à aquisição de serviços comuns;
- Os serviços descritos no Termo de Referência poderão ser caracterizados como comuns desde que implementadas as alterações sugeridas;
- Devem ser modificadas as cláusulas que exigem, ou que transmitem a idéia, da necessidade de estar a empresa sediada em Brasília, pois frustra o caráter competitivo do certame.

É o parecer. *Sub censura.*

Brasília, 08 de dezembro de 2004.

**PABLO BOURBOM SOARES**

Advogado da União

Coordenador-Geral da Gestão Técnica e Administrativa

#### DEPACHO MT/CONJUR Nº /2004

Aprovo o Parecer nº -2004/MT/CONJUR/CGTA, da lavra do Dr. PABLO BOURBOM SOARES, motivo pelo qual sugiro sejam acatadas as providências sugeridas, bem como determino sejam os presentes autos encaminhados à SAAD para conhecimento e adoção das providências que entender necessárias.

A validade do presente parecer está condicionada não só à existência da rubrica do parecerista nos anversos de suas folhas, bem como à inexistência de rasuras e à adaptação do Termo de Referência, também assinado e datado, às modificações sugeridas.

Brasília, 08 de dezembro de 2004.

**YOLANDA CORRÊA PEREIRA**

Consultora Jurídica



## Contratação de Serviços de Consultoria. Agência de Comunicação Social.

PARECER Nº 336 - 2005/MT/Conjur

PROCESSO Nº: 50000.015879/2005-85

**INTERESSADO:** Assessoria de Comunicação Social do Gabinete do Ministro

**ASSUNTO:** Contratação de empresa especializada – agência de comunicação, consultoria, análise, planejamento e assessoria de comunicação conforme Projeto Básico

**EMENTA:** Constitucional. Administrativo. Licitação. Concorrência. Serviço de Consultoria. Art. 13, III, da Lei nº 8.666/93. Atividade que constitui necessidade permanente. Inviabilidade. Adequação do objeto da contratação. Solução Alternativa. Terceirização. Decreto nº 2.271/97. Modalidade pregão, nos termos dos artigos 1º da Lei nº 10.520/01 e 4º do Decreto nº 5.450/05. Empresas não cadastradas no SICAF. Verificação da situação financeira através dos balanços profissionais. Ausência de justificativa para a exigência de quantidade de experiência mínima dos profissionais a serem alocados para a prestação dos serviços. Impossibilidade de pagamento de diárias aos empregados da empresa contratada. Não inclusão de cláusula que submete os profissionais a serem alocados na execução do ajuste à prévia aprovação pela entidade contratante. Serviços de natureza não-continua. Impossibilidade de prorrogação do contrato. Correções de imprecisões, omissões e erro material.

### 1. DOS FATOS

Vem ao exame desta Consultoria Jurídica processo que trata da contratação de empresa especializada – Agência de

Comunicação – para prestar serviços de consultoria, análise, planejamento e assessoria de comunicação, conforme Projeto Básico, objetivando suprir o Ministério dos Transportes com equipe e instrumentos de comunicação necessários para executar as políticas e prioridades definidas no planejamento estratégico da Assessoria de Comunicação Social (ASCOM/MT), assim como as ações sugeridas pela Secretaria de Comunicação e Gestão Estratégica do Governo (SECOM).

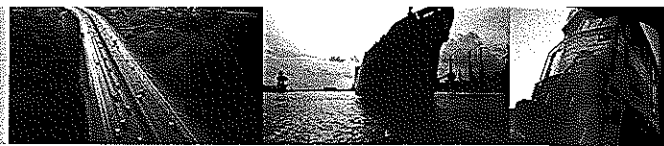
A Assessora de Comunicação Social, ao apresentar a justificativa para a contratação, sustentou que (fl. 02):

*"A Assessoria de Comunicação Social do Ministério dos Transportes identificou a necessidade da contratação de empresa especializada e com experiência comprovada na prestação dos serviços de apoio e consultoria na área. Tal demanda decorre da ausência de estrutura desejável – no quadro do Ministério dos Transportes – para atender à carga de atribuições institucionais conferidas à ASCOM. Desfalcado, o departamento não possui, hoje, pessoal qualificado e no número necessário ao atendimento do conjunto de suas funções, cujo principal objetivo é dar visibilidade às ações do Ministério dos Transportes, bem como apoiar a formulação da política de comunicação da pasta, atendendo à orientação da Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica da Presidência da República (SECOM)."*

Foi realizada uma estimativa de custo com quatro empresas (fls. 105/126).

A COEX informou que há disponibilidade orçamentária para atender à despesa no exercício de 2005, bem assim de que a eventual contratação não irá causar maiores impactos no orçamento da CGRL (fl. 130).





O valor da contratação foi estimado em uma despesa anual de R\$ 1.502.492,28 (Hum milhão quinhentos e dois mil quatrocentos e noventa e dois reais e vinte e oito centavos), sendo que para o presente exercício o valor é de R\$ 375.623,07 (trezentos e setenta e cinco mil seiscentos e vinte e três reais e sete centavos)

Constituída a Comissão Permanente de Licitação, por meio da Portaria/MT nº32, de 10 de dezembro de 2004, foram os autos remetidos a esta CONJUR para análise e manifestação a respeito das minutas do Edital de Concorrência e anexos e do Contrato de Prestação de Serviços.

É o relatório.

## 2. DO DIREITO

### 2.1 - Da Delimitação do Objeto para Contratação de Serviços de Consultoria

Consoante se extrai da manifestação da Assessoria de Comunicação deste Ministério que a presente contratação de serviços de consultoria de comunicação constitui uma alternativa para solucionar o problema da falta de recursos humanos e de instrumentos de comunicação, necessários para desempenhar as atribuições institucionais que lhe foram conferidas pela Secretaria de Comunicação e Gestão Estratégica do Governo, ante a impossibilidade de se promover novas contratações no âmbito do serviço público federal.

No Anexo I da minuta de edital, em que consta o Projeto Básico, a descrição das características do serviço que se pretende contratar, constante no subitem 3.1, é exatamente a mesma dos serviços que fazem parte do rol de atribuições da ASCOM/MT, e que são prestados pelo quadro de servidores lá existente.

É importante ressaltar que os serviços de consultoria, por sua natureza, possuem grau de especialização que devem demandar qualidades e capacidades específicas de quem o executa, as quais estão além daquelas possuídas pelos servidores ou funcionários do ente contratante.

Por possuírem tais características é que os serviços de consultoria vêm previstos no inciso III do artigo 13 da Lei nº 8.666/93, que estabelece a relação dos serviços considerados técnicos profissionais especializados.

O professor Marçal Justen Filho<sup>1</sup>, ao comentar o referido dispositivo legal, leciona que:

*"(...) Os serviços ditos 'técnicos' se caracterizam por envolverem a aplicação de rigorosa metodologia ou formal procedimento para atingir determinado fim. A técnica pressupõe a operacionalização do conhecimento científico, permitindo aplicações práticas para uma teoria. Segundo o mesmo autor, o serviço técnico é profissional quando constituir objeto de uma profissão. Isso se caracteriza quando uma atividade apresentar um objeto próprio e se desenvolver segundo regras inconfundíveis.*

*(...)*

*Há profissionalidade quando o serviço adquire uma identidade própria que o torna distinto perante outras espécies de atuação humana, exigindo uma habilitação específica para sua prestação. Tanto pode tratar-se de profissões regulamentadas como não.*

*(...)*

*Ademais, os serviços devem ser especializados. A especialização significa a capacitação para o exercício de uma atividade com habilidades que não estão disponíveis para qualquer profissional. A especialização identifica uma capacitação maior do que a usual e comum, envolvendo uma parcela definida e delimitada do conhecimento humano. A especialização é produzida pelo domínio de uma área restrita, com aprofundamento que ultrapassa o conhecimento normal."* (grifei).

No caso em exame, o objeto das minutas de edital e de contrato contém uma descrição genérica dos serviços a serem prestados, não estabelecendo qualquer trabalho que deva demandar qualidades e capacidades especiais além daquelas presentes ao quadro de servidores existente na ASCOM/MT, nem a elaboração e a execução de qualquer projeto que não conste no rol de suas atribuições institucionais.

Cabe salientar que a ASCOM, em que pese esteja

<sup>1</sup> In "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos" – 11ª edição – São Paulo: Dialética, 2005, p. 129/130.

subordinada administrativamente ao Ministério dos Transportes, obedece às diretrizes e orientações técnicas da Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, nos termos do artigo 4º do Decreto nº 4.799, de 04 de agosto de 2003<sup>2</sup>.

Por sua vez, à Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica da Presidência da República (SECOM), criada pelo artigo 4º da Lei nº 10.683/03, *"competete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições, especialmente no assessoramento sobre a gestão estratégica, inclusive políticas públicas, na sua área de competência, na análise e avaliação estratégicas, na formulação da concepção estratégica nacional, na articulação de centros de produção de conhecimento, pesquisa e análise estratégica, na promoção de estudos e elaboração de cenários exploratórios, na elaboração, coordenação e controle de planos, programas e projetos de natureza estratégica, assim caracterizados pelo Presidente da República, bem como nos assuntos relativos à política de comunicação e divulgação social do Governo e de implantação de programas informativos, cabendo-lhe a coordenação, a normatização, a supervisão e o controle da publicidade e de patrocínios dos órgãos e das entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, e de sociedades sob controle da União, e convocar redes obrigatórias de rádio e televisão tendo como estrutura básica o Gabinete, uma Secretaria-Adjunta e até três Subsecretarias."*

Gize-se que com a edição da Medida Provisória nº 259, de 21 de julho de 2005, por força do seu artigo 2º, inciso I<sup>3</sup>, essas competências foram transferidas à Secretaria-Geral da Presidência da República.

À vista da legislação mencionada, verifica-se que os serviços de comunicação social anteriormente prestados pela SECOM, e atualmente a cargo da Secretaria-Geral da Presidência da República, destinam-se a dar visibilidade às ações desenvolvidas pelo Governo, podendo ser considerados como uma atividade instrumental ou complementar dos órgãos da Administração, hipótese em que seria lícita a

execução indireta, na forma disposta pela *caput* do artigo 1º do Decreto nº 2.271/97 *"No âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares que constituem área de competência legal do órgão ou entidade."*

Todavia, extrai-se, ainda, das normas em apreço, que o serviço de comunicação social constitui uma necessidade permanente da Presidência e dos Ministérios, configurando-se como atividade que hoje a ASCOM/MT, no âmbito deste Ministério, executa por meio do seu quadro de servidores.

Assim, inserindo-se os contratos de consultoria no rol dos serviços técnicos profissionais especializados, não pode o seu objeto envolver atividades que constituam necessidades permanentes, rotineiras da Administração.

O Tribunal de Contas da União, ao apreciar questão análoga, expressamente fixou orientação nesse sentido, consoante se verifica no aresto abaixo transcrito<sup>4</sup>:

*"Acórdão:*

*VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos de Representação formulada com fulcro no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, com vistas a apurar irregularidades no Edital de Concorrência nº 208/2002-00.*

*ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:*

*9.1. conhecer da presente Representação, por preencher os requisitos de admissibilidade fixados no art. 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno, para, no mérito, considerá-la procedente;*

*9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes - DNIT que:*

*9.2.1. adote providências, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/93, para a anulação do Edital da Concorrência nº 208/2002, considerando as diversas ilegalidades contidas no instrumento, analisadas nestes autos e relacionadas aos itens da audiência acima indicados.*

<sup>2</sup> Art. 4º O Sistema de Comunicação de Governo do Poder Executivo Federal (SICOM), instituído pelo Decreto nº 2.004, de 11 de setembro de 1996, é integrado pela Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica da Presidência da República, como órgão central, e pelas unidades administrativas dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal que tenham a atribuição de gerir atividades de comunicação de governo. Parágrafo único. As unidades administrativas referidas no *caput* deste artigo obedecerão às diretrizes e orientações técnicas da Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, sem prejuízo da subordinação administrativa aos órgãos e entidades de que fazem parte.

<sup>3</sup> Art. 2º São transferidas as competências: I - da Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, para a Secretaria-Geral da Presidência da República, no que compete à área de comunicação institucional e para o Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, no que compete à área de assuntos estratégicos, nos termos dos arts. 3º e 14-A, respectivamente, da Lei nº 10.683, de 2003, com a redação dada por esta Medida Provisória.

<sup>4</sup> Acórdão 2.389/2003 – Segunda Câmara – Rel. Min. Adilson Motta.



9.2.2. ao realizar contratação para prestação de serviços, observe o disposto no Decreto 2.271/1997, em especial as vedações para serviços atinentes à sua atividade-fim e aos cargos pertencentes ao quadro de pessoal próprio, bem como para atividades que impliquem subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante;

**9.2.3. ao realizar contratação de serviços de consultoria, observe que, conforme tratado no art. 13 da Lei 8.666/93, são serviços técnicos especializados, cujo objeto deve estar perfeitamente definido, não podendo corresponder a atividade rotineira da entidade e contida nas atribuições dos cargos do seu quadro de pessoal e nem pode constituir necessidade permanente da Administração, o que caracteriza, ainda, violação ao princípio da exigência do concurso público, contido no art. 37, incisos I e II, da Constituição Federal; (...)" (grifei).**

Da análise realizada pela Unidade Técnica, integralmente adotada pelo voto condutor, cabe colacionar os seguintes trechos:

*"2.3.9. Assim, os serviços de consultoria devem representar uma atividade estranha às atribuições da unidade, e ainda, dada a sua natureza, para o serviço técnico profissional especializado, no qual se inserem os serviços de consultoria, os trabalhos devem demandar qualidades e capacidades de quem o executa que estão além daquelas inerentes aos servidores ou funcionários da entidade contratante. No caso em tela, não se vislumbra qualquer requisito que não esteja presente nas qualificações dos técnicos do quadro do DNIT. O sistema de gerenciamento das multas de trânsito exige especialização de profissionais nas áreas de engenharia de trânsito, direito administrativo, estatística e economia. Todas essas áreas são atinentes às atribuições do DNIT, ou seja, de seus técnicos, sem que haja qualquer previsão de que essa especialização constitua algo de difícil acesso. Na verdade, passará a ser no momento em que o DNIT deixar de exercer diretamente as suas atribuições institucionais.*

Portanto, à vista dessas considerações esta CONJUR sugere que as minutas do edital e do contrato façam a adequação do seu objeto aos parâmetros estabelecidos pela Corte de Contas no *decisum* em referência, de modo a enquadrar os serviços de consultoria que se pretendem contratar na acepção que o artigo 13, da Lei nº 8.666/93, adota para a caracterização de contratos dessa natureza.

Deve o Projeto Básico limitar a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelos profissionais da agência a ser contratada, descrevendo apenas os trabalhos que exijam qualidades e capacidades especiais de seus executores, para evitar a utilização de serviços de consultoria para desenvolver serviços técnicos de caráter permanente e contínuo da ASCOM/MT.

## 2.2. Da Alternativa de Contratação na Modalidade Pregão

Alternativamente, caso a opção da ASCOM/MT seja efetivamente a contratação de mão-de-obra terceirizada para o auxílio na execução de suas atividades rotineiras e permanentes, haveria a possibilidade de terceirização, desde que fossem feitas modificações no procedimento licitatório. Vejamos.

Registre-se, de início, que, mesmo constando a informação na minuta de edital, constante no subitem 4.3 do Projeto Básico (anexo I) de que **"O quadro de servidores da Ascom restringe-se a cinco profissionais: um chefe de assessoria, três jornalistas e um técnico de Comunicação, além de dois assistentes administrativos."**, não há formalmente no Plano de Cargos deste Ministério os cargos de jornalista e repórter, decorrente do enquadramento da Lei nº 5.645/70 (conforme fornecida pela COTEC na Coordenação-Geral de Recursos Humanos), o que não faria incidir a vedação constante no parágrafo 2º do artigo 1º do Decreto nº 2.271/97, que assim dispõe: **"Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal."**

Logo, há a possibilidade de terceirização das atribuições institucionais da ASCOM, mas não por intermédio da contratação de prestação de serviços de consultoria como meio de obter mão-de-obra para executar atividades rotineiras e de necessidade permanente daquele órgão, mas mediante a terceirização de serviços na forma do Decreto nº 2.271/97.

Nessa hipótese, mantendo-se o objeto da contratação tal como ele se encontra descrito nas minutas de edital e contrato, a modalidade licitatória a ser adotada deve necessariamente ser o pregão, preferencialmente na sua forma eletrônica, conforme estabelece o artigo 4º, caput e §1º, do Decreto nº 5.450/05<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.  
§ 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

Não exigindo os trabalhos a serem executados qualidades e capacidades especiais, seria muito difícil para a Administração apresentar justificativas plausíveis para descaracterizá-los como serviços comuns, tal qual definidos no artigo 1º da Lei nº 10.520/01.

### 2.3. Da Qualificação Econômico-Financeira

Ao tratar dos requisitos de habilitação, verifica-se que o item 5.10 da minuta de edital estabelece a relação de documentos que deverão ser apresentados pelas licitantes que **não** estão cadastradas no SICAF.

Por sua vez, o subitem 5.10.2, ao tratar dos documentos relativos à qualificação econômico-financeira dessas empresas, prevê, em sua alínea c, a exigência de *"comprovação de boa situação financeira da empresa, que será feita via on line no SICAF, baseada na obtenção de índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), resultantes da aplicação das fórmulas abaixo, em papel timbrado da empresa, devidamente assinado pelo seu representante legal e pelo seu contabilista, em cumprimento ao disposto no subitem 7.1, da IN/MARE nº 05, de 21/07/95: (...)."*

Dada a absoluta impossibilidade de ser verificada, via consulta *on line* no SICAF, a demonstração da boa situação financeira das empresas que **não** estão cadastradas nesse sistema, sugere esta CONJUR que no item 5.10.2 se exija que tal comprovação seja feita pela análise dos balanços patrimoniais, substituindo-se a redação do dispositivo.

### 2.4. Da Exigência de Experiência Anterior dos Profissionais

No item 12 do Anexo I há a descrição do perfil profissional dos empregados da agência a ser contratada para a prestação dos serviços, sendo exigido, dentre outros requisitos, que o profissional tenha pelo menos:

- 10 (dez) anos de atuação comprovada na área para Jornalista Máster;
- 06 (seis) anos de atuação comprovada na área para Jornalista Sênior;
- 04 (quatro) anos de atuação comprovada na área para Jornalista Pleno;
- 02 (dois) anos de experiência em redação e edição de textos para Jornalista Júnior;

- 05 (cinco) anos de experiência para Repórter Fotográfico.

Em que pese a experiência anterior contida no "Perfil Profissional" não esteja sendo exigida expressamente no capítulo do edital que trata dos requisitos de habilitação, observa-se que o ato convocatório faz referência, no capítulo VII – DA PROPOSTA DE PREÇOS, subitem 7.4, que *"a apresentação da proposta implicará na plena aceitação, por parte da licitante, das condições estabelecidas neste Edital e seus Anexos."* (grifei).

Ora, considerando que o Projeto Básico, em que consta o perfil profissional dos empregados, integra o Anexo I do ato convocatório, mostra-se temerário incluir esse tipo de exigência de experiência anterior no perfil profissional, na medida em que poderia servir de base para desclassificar empresas que não possuam, em seus quadros, profissionais com o grau de experiência previsto para a contratação, o que fatalmente restringiria o caráter competitivo que deve cercar o procedimento licitatório, na forma do artigo 3º, §1º, I, da Lei de Licitações.

Ademais, é preciso considerar que o §5º do artigo 30 da Lei nº 8666/93 estabelece que *"é vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação."*

Marçal Justen Filho<sup>6</sup>, ao interpretar esse dispositivo, leciona que:

*"Na linha de proibir cláusulas desarrazoadas, estabeleceu-se que somente podem ser previstas no ato convocatório exigências autorizadas na Lei (art. 30, §5º). Portanto, estão excluídas tanto as cláusulas expressamente reprovadas pela Lei nº 8.666 como aquelas não expressamente por ela permitidas. É claro que a vedação examinada não exclui o dimensionamento numérico da experiência anterior, para fins de fixação da equivalência do objeto licitado. Ou seja, admite-se exigência de experiência anterior na execução de obras ou serviços similares. (...)*

*Existem situações em que o fator quantitativo é relevante, mesmo para fins de qualificação técnica profissional. Por isso, deve-se interpretar razoavelmente a própria vedação que o §1º, inciso I, estabelece a propósito de qualificação técnica profissional. Somente se aplica quando a identificação da*

<sup>6</sup> Op. cit. – p. 335.



*experiência anterior não envolver a existência de um dado quantitativo ou a explicitação de um local peculiar. Se a complexidade do objeto licitado consistir precisamente nesses pontos (extensão, dificuldade de acesso e assim por diante), é perfeitamente possível exigir comprovação de experiência anterior abrangendo requisitos dessa ordem."*

De acordo com os ensinamentos do aludido professor, para se inserir nos editais de licitação exigência de comprovação de experiência anterior, seja sob o aspecto técnico-profissional ou técnico-operacional, deve constar expressamente no instrumento convocatório os motivos dessa exigência, bem assim que os parâmetros fixados são necessários e pertinentes ao objeto licitado, de modo a assegurar que a exigência não implica em restrição ao caráter competitivo do certame.

Não se olvida que a Administração Pública deve estar sempre atenta e disposta a perseguir o ponto de equilíbrio entre a busca por serviços de qualidade, realizados por profissionais com experiência, e a busca por um nível adequado de concorrência que possa garantir-lhe o menor preço.

O interesse público deve prevalecer; entretanto, não deve ser levado ao extremo, a ponto de justificar a inserção de cláusulas e condições restritivas, que excluam do processo licitatório empresas tecnicamente habilitadas e capacitadas a oferecer propostas mais proveitosas, como ocorre, no caso em exame, em que a exigência de capacidade técnico-profissional contida no Anexo I, no entendimento desta Consultoria Jurídica, é excessivamente rigorosa, a ponto de restringir o caráter competitivo do certame.

Logo, levando em conta que no presente processo não há qualquer justificativa para a exigência de quantidade mínima de experiência dos profissionais alocados para a prestação de serviços, esta CONJUR recomenda que sejam retiradas do Projeto Básico os limites de tempo de experiência constantes no item que trata do "Perfil Profissional".

Caso a ASCOM/MT, mesmo diante das considerações traçadas, ainda assim entenda imprescindível a exigência das quantidades mínimas de experiência contidas no Projeto Básico, deve ela demonstrar de forma inequívoca que o tempo de atuação do profissional na área significa necessariamente uma melhor performance na execução dos serviços objeto do contrato, recomendando esta CONJUR, nesta hipótese, que esta experiência seja exigida não como requisito de habilitação,

expressa ou implicitamente, mas como quesito da proposta técnica, valorado de forma razoável e ponderada.

## 2.5. Do Pagamento de Diárias

Ao determinar as regras a respeito "Do Local de Execução dos Serviços", consta no Projeto Básico (fls. 166/167), as seguintes cláusulas:

*"5.2. A critério do Ministério, poderá eventualmente ocorrer deslocamento a serviço para outros estados da federação. Nessa hipótese, a Contratada proverá os meios de deslocamento e hospedagem dos técnicos designados.*

*5.2.1. As despesas decorrentes do exposto no subitem acima serão ressarcidas pelo MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, mediante a apresentação de planilha de custos com cópia dos bilhetes aéreos e recibo de diárias pagas.*

*5.2.2. Para efeito de pagamento de diárias aos técnicos em deslocamento será considerado o valor da diária idêntico ao da tabela de diárias do serviço público federal." (grifei).*

Ocorre que o pagamento de diárias somente pode ser feito a servidores concursados, ocupantes de cargo em comissão ou a colaboradores individuais, entendidos esses como membros de conselhos e comissões, conforme previsto na legislação que rege a matéria (Lei nº 8.112/90 e Decretos nºs 343/91 e 3.643/00).

O Tribunal de Contas da União<sup>7</sup>, ao analisar contratação celebrada pelo DNIT, expressamente rechaçou a possibilidade de pagamento de diárias para pessoal alocado em contrato de prestação de serviços, *verbis*:

*"2.5.1. Conforme análise realizada na instrução anterior, sobre as diárias e as passagens aéreas, a legislação estabelece que elas somente são devidas a servidores concursados, ocupantes de cargos em comissão ou a colaboradores eventuais (Lei 8.112/90, Decretos nºs 343/91 e 3.643/2000). Como colaboradores eventuais, entende-se os membros de conselhos e comissões. Desta forma, não se aplica a justificativa de que as diárias eram pagas para pessoal alocado no contrato e não para os servidores e, sendo assim, não se observaria a legislação vigente.*

*2.5.2. As despesas com deslocamento de funcionários, no âmbito do contrato, não podem receber tratamento de 'diária', pois, como visto, essa é uma indenização devida apenas a servidores públicos. Os deslocamentos necessários*

<sup>7</sup> Acórdão nº 2389/2003 – 2ª Câmara – Relator: Min. Adilson Motta.



para a execução dos serviços deveriam estar inseridos nas propostas dos licitantes como despesas, de acordo com escopo previsto no edital. Na verdade, a formulação de uma proposta que tem como base a remuneração por homem-dia, diárias, passagens e outras despesas necessárias para a execução dos serviços, todas de forma individualizada e variável, ainda que haja uma estimativa, encontra dificuldade em se ajustar à legislação vigente. Demonstra aquilo que já foi analisado nesta instrução: que o contrato, dito de consultoria, na verdade pretende ser utilizado na prestação de serviços de natureza continuada, ou seja, não existe uma definição precisa do objeto contratado, ou o seu início e o seu fim.

**2.5.3. Assim, deve ser determinado ao DNIT que evite incluir em suas contratações o pagamento de diárias, pois são indenizações devidas somente a servidores públicos, bem como que defina de forma prévia e precisa os itens contratuais licitados, em cumprimento ao disposto no art. 7º da Lei nº 8.666/93.**

(...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente Representação, por preencher os requisitos de admissibilidade fixados no art. 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes - DNIT que:

(...)

**9.2.7. abstenha-se de pagar despesas sob o título de 'diárias' para pessoal estranho aos quadros próprios, em observância ao disposto no art. 51 da Lei 8.112/90;**

Assim, à luz do entendimento consagrado pelo TCU, esta Consultoria Jurídica manifesta-se pela retirada das cláusulas que prevêm o pagamento de diárias aos funcionários da empresa contratada, em caso de eventual deslocamento. Sugere-se, ainda, que a cláusula inserta no subitem 5.2 seja redigida da seguinte forma: "5.2. A critério do Ministério e desde que haja recursos disponíveis, poderá eventualmente..."

## 2.6. Das Condições para Execução dos Serviços

O Projeto Básico, constante no anexo I, ao estabelecer as regras das condições para a execução dos serviços, prevê no item 8.3 (fl. 168) que "a designação de profissionais da

empresa para atuarem na prestação de serviços junto ao MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES somente terá vigência após manifestação favorável da Assessoria de Comunicação Social do Ministério." (grifei).

Essa condição de que os profissionais a serem alocados na execução do contrato sejam previamente aprovados pela ASCOM/MT não pode ser feita, pois, além de constituir ingerência da Administração Pública na política de admissão de profissionais da empresa contratada, tal exigência não encontra qualquer amparo legal, motivo pelo qual esta CONJUR recomenda seja ela retirada do ato convocatório.

A Corte de Contas da União já proferiu decisão nessa linha<sup>8</sup>: "ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

(...)

**9.4.1.7. não inclua nos editais cláusulas que indiquem a necessidade de os profissionais a serem alocados na execução do ajuste serem previamente aprovados pela entidade, a exemplo do contido na alínea "g" do item 24 do edital em vértice, por falta de amparo legal;"**

Do voto condutor, vale colacionar os seguintes excertos: "Como consta no texto da ocorrência, a exigência carece de amparo legal. Também fere a liberdade da contratada de selecionar seus funcionários e representa ingerência da administração pública na política de admissão de pessoal da empresa privada, já que cabe só a ela, com base nas exigências do edital, recrutar e decidir quem irá disponibilizar para a execução do serviço demandado na licitação.

(...)

Além disso, a exigência pode dar base a futuras demandas trabalhistas sob a alegação de que se trata de fornecimento de mão-de-obra por meio de empresa interposta.

Dessa forma, não cabe a exigência em comento, restando à entidade valer-se das cláusulas do edital e do contrato no sentido de que o objeto seja executado a contento, e, caso necessário, utilizar-se das medidas punitivas e corretivas que lhe são asseguradas."

Acrescente-se a isso que tal exigência mostra-se despicienda, na medida em que as minutas de edital e de contrato trazem previsões suficientes para preservar a ASCOM/MT de profissionais indesejados, em especial as que lhe conferem o direito de exigir a substituição de empregado da contratada que não tenha atuação e/ou comportamento adequados e de fiscalizar o cumprimento das obrigações assumidas pela licitante.

<sup>8</sup> Acórdão nº 1937/2003 – Plenário – Relator: Min. Augusto Sherman Cavalcanti.





Recomenda-se, assim, a supressão da cláusula constante no subitem 8.3 do Projeto Básico.

## 2.7. Da Vigência do Contrato

Com relação à vigência do contrato, a minuta do edital prevê que o mesmo terá *"duração de 12 (doze) meses, contados a partir da data de sua assinatura, podendo no interesse da Administração, ser prorrogado, por iguais e sucessivos períodos, até o limite 60 (sessenta) meses com fundamento no inciso II do art. 57, da Lei nº 8.666/93, com suas posteriores alterações."*

Ocorre que o serviço a ser contratado, como já explicitado, é de natureza não contínua, sendo, portanto, irregular a previsão de prorrogação do contrato.

O art. 13 da Lei nº 8.666/93 trata dos serviços técnicos profissionais especializados, os quais possuem características distintas dos denominados serviços simples definidos no art. 6º, II, do mesmo diploma legal, não se enquadrando, assim, dentre aqueles serviços que constituem necessidade permanente da Administração.

Segundo o entendimento<sup>9</sup> do TCU, em decisão já citada, os contratos de consultoria não podem ser classificados como de natureza contínua, espécie incompatível com a caracterização de serviço técnico profissional especializado:

*"2.3.10. Outro aspecto a ser considerado em um contrato de consultoria é que implica a obrigação de fazer do contratado relativamente a um produto, algo que será utilizado pela Administração em suas atividades e não pode ter duração continuada, correspondendo a uma necessidade permanente da Administração. Nesse último caso, os serviços prestados ou passam a ter características de atividade-fim da entidade contratante, ou implicam desvio de finalidade na sua atuação."*

*2.3.11. O Tribunal já teve oportunidade de apreciar uma contratação de serviços de supervisão de obras, que é um tipo de serviço que possui características análogas ao de consultoria e também tratado no art. 13 da Lei 8.666/93, no seu inciso IV. Naquela ocasião, foi demonstrado que o serviço contratado não pode atender a necessidade permanente da Administração, ou seja, ter prestação continuada. Foi concluído, então, na Decisão 090/2001-1C, que o objeto do contrato deveria ter um início e um fim bem definidos, em relação à necessidade da Administração."*

*2.3.12. Assim, a contratação relativa a serviços de engenharia, advocacia, economia e informática, não pode ser objeto de contrato de consultoria, posto que constituem serviços de prestação continuada para atender a necessidade permanente da Administração, incompatíveis com a natureza da contratação pretendida, e, ainda, em razão de o objeto do contrato não consistir em tarefa estranha às atribuições da unidade nem em serviço técnico profissional especializado, previsto no art. 13 da Lei 8.666/93, no qual se inserem os serviços de consultoria, o qual demanda qualidades e capacidades de quem o executa que estão além daquelas inerentes aos seus servidores ou funcionários."*

*2.3.13. Dessa forma, a irregularidade da contratação em tela não pode ser afastada, pois somente os serviços de informática poderiam ser objeto de terceirização. Além disso, pelo entendimento exposto, tal contratação não se caracteriza como serviço de consultoria. Cabe, portanto, determinação ao DNIT para que, ao contratar a prestação de serviços por terceiros, observe o casos possíveis e dispostos no art. 1º do Decreto 2.271/97, evitando a inclusão de serviços relativos ao seu quadro de pessoal e à sua atividade-fim, bem como evite realizar contratos de consultoria para a prestação de serviços que possuam características de serviços de prestação continuada, correspondentes a necessidades permanentes da Autarquia, o que também afronta o princípio constitucional da exigência do concurso público."*

Assim, na esteira do entendimento do Tribunal de Contas da União, sugere-se seja retirada do edital a disposição contida no item 15.1 da minuta do edital que prevê a possibilidade de prorrogação da duração do contrato.

## 2.8. Correções de Imprecisões, Omissões e Erro Material Constantes nas Minutas

No edital de licitação da concorrência, na primeira página (fl. 141), consta que a licitação será *"TIPO MENOR PREÇO"*, devendo ser corrigido para *"TIPO TÉCNICA E PREÇO"*, caso seja utilizada a modalidade de concorrência para a contratação em tela.

De igual sorte, se a opção for pela contratação de serviço de consultoria, via concorrência, devem ser observadas as exigências constantes no artigo 4º, inciso I, alínea f, da Lei

<sup>9</sup> Acórdão 2.389/2003 - Segunda Câmara - TCU.

Complementar nº 101/2001 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e no parágrafo 2º do artigo 29 da Lei nº 10.934/04 (Lei de Diretrizes Orçamentárias), que trata das transferências de recursos para o setor privado, os quais assim dispõem:

*"Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e:*

*I - disporá também sobre:*

*f) demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas;"*

*"Art. 29. (...) (Lei nº 10.934/04)*

*§ 2º Os serviços de consultoria somente serão contratados para execução de atividades que comprovadamente não possam ser desempenhadas por servidores ou empregados da Administração Federal, publicando-se no Diário Oficial da União, além do extrato do contrato, a justificativa e a autorização da contratação, na qual constará, necessariamente, quantitativo médio de consultores, custo total dos serviços, especificação dos serviços e prazo de conclusão."* (grifei).

Logo, se o edital visar a contratação de serviços de consultoria, torna-se obrigatório o cumprimento das formalidades estabelecidas no parágrafo 2º do artigo 29 da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Quanto ao Capítulo II da minuta de edital, que dispõe a respeito da Condição para Participação, deve ser feita no item 2.5 ressalva ao disposto no Capítulo XI – Da Impugnação do Edital, para ficar inequívoco que a aceitação dos termos e condições do edital não implica em renúncia ao direito de impugnar o edital, caso o licitante entenda ter ocorrido alguma irregularidade durante o procedimento.

Em relação à qualificação econômico-financeira, deve ser acrescentado, na alínea *b* do subitem 5.10.2, a expressão "Recuperação Judicial", em face da revogação do antigo Decreto-lei nº 7.661/45, pela Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que introduziu esse último mecanismo em substituição à antiga concordata. Ressalte-se que não se deve

suprimir a expressão "concordata", na medida em que os processos de concordata ajuizados antes da vigência da nova lei continuarão a ser regidos pela legislação anterior, nos termos do art. 192, da Lei nº 11.101/05<sup>10</sup>.

Na cláusula quinta da minuta de contrato, que trata das obrigações do contratante, deve ser retirada do inciso XII a expressão "conforme item 5.2 deste Projeto Básico", por não guardar pertinência com o contrato.

No subitem 5.10.4, alínea *a*, a minuta de edital exige, como requisito referente à qualificação técnica, *"declaração expedida por pessoa jurídica de direito público ou privado, que atestem a qualidade técnico-operacional dos serviços similares aos do objeto deste Concorrência, prestados à declarante pela licitante."* (grifei).

Considerando que o que dispõe artigo 30, §1º, da Lei nº 8.666/93, esta CONJUR recomenda que seja substituído o vocábulo "qualidade" pelo termo "capacidade", de modo a adequar a exigência aos termos técnicos da legislação, bem como evitar a inserção de dados qualitativos aos requisitos de habilitação que possam gerar interpretações de caráter restritivo à competitividade no certame.

Na cláusula décima sétima – Do Foro, na minuta de contrato (fl. 211), sugere-se a troca da expressão "na Justiça Federal, no Foro da cidade de Brasília-DF, Seção Judiciária do Distrito Federal" pela "na Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, na cidade de Brasília", por se mostrar mais adequada tecnicamente com a legislação processual vigente.

### 3. CONCLUSÃO

- Não é possível a contratação de serviços de consultoria para a execução de atividades que constituam necessidades permanentes da Administração, e que não estabeleçam qualquer trabalho que exija qualidades e capacidades especiais além daquelas

<sup>10</sup> Art. 192. Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão conduzidos nos termos do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

§ 1º Fica vedada a concessão de concordata suspensiva nos processos de falência em curso, podendo ser promovida a alienação dos bens da massa falida assim que concluída sua arrecadação, independentemente da formação do quadro-geral de credores e da conclusão do inquérito judicial.

§ 2º A existência de pedido de concordata anterior à vigência desta Lei não obsta o pedido de recuperação judicial pelo devedor que não houver descumprido obrigação no âmbito da concordata, vedado, contudo, o pedido baseado no plano especial de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte a que se refere a Seção V do Capítulo III desta Lei.

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, se deferido o processamento da recuperação judicial, o processo de concordata será extinto e os créditos submetidos à concordata serão inscritos por seu valor original na recuperação judicial, deduzidas as parcelas pagas pelo concordatário.

§ 4º Esta Lei aplica-se às falências decretadas em sua vigência resultantes de convalidação de concordatas ou de pedidos de falência anteriores, às quais se aplica, até a decretação, o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, observado, na decisão que decretar a falência, o disposto no art. 99 desta Lei.

§ 5º O juiz poderá autorizar a locação ou arrendamento de bens imóveis ou móveis a fim de evitar a sua deterioração, cujos resultados reverterão em favor da massa. (Incluído pela Lei nº 11.127, de 2005)



- presentes no quadro de servidores do órgão;
- No caso em tela há a possibilidade alternativa de os serviços constantes no objeto serem realizados por meio de execução indireta, na forma do Decreto nº 2.271/97, desde que seja adotada a modalidade licitatória pregão, conforme disposições constantes no artigo 1º, *caput*, da Lei nº 10.250/01 e artigo 4º do Decreto nº 5.450/05;
- A demonstração da boa situação financeira das licitantes não cadastradas no SICAF não pode ser verificada via consulta *on line*, justamente pelo fato de que essas empresas não estão cadastradas nesse sistema, devendo tal comprovação ser feita pela análise dos balanços patrimoniais;
- Não há justificativa para a exigência de quantidade mínima de experiência dos profissionais alocados para a prestação dos serviços exigidos no item 12 do Projeto Básico que trata do "Perfil Profissional". Caso a ASCOM insista em manter tal exigência, deve ela demonstrar de forma inequívoca que o tempo de atuação do profissional na área significa necessariamente uma melhor performance na execução dos serviços objeto do contrato, recomendando-se, nesta hipótese, que esta experiência seja exigida não como requisito de habilitação, expressa ou implicitamente, mas como quesito da proposta técnica, valorado de forma razoável e ponderada;
- Devem ser retiradas as cláusulas que prevêm o pagamento de diárias aos funcionários da empresa contratada, em caso de eventual deslocamento, porquanto tal verba só é paga a servidores concursados, ocupantes de cargo em comissão ou a colaboradores individuais, entendidos esses como membros de conselhos e comissões, conforme previsto na legislação que rege a matéria (Lei nº 8.112/90 e Decretos nºs 343/91 e 3.643/00);
- Não se pode incluir nos editais cláusulas que indiquem a necessidade de os profissionais a serem alocados na execução do ajuste serem previamente aprovados pela entidade contratante, à luz de entendimento manifestado pelo TCU;
- Os serviços de consultoria, por se enquadrarem no conceito de serviços técnico profissionais especializados, não podem ter prestação continuada, razão pela qual o ato convocatório não pode trazer disposição prevendo a prorrogação da duração do contrato;

- Recomenda-se sejam feitas as alterações e acréscimos previstos no subitem 2.8, para adequar tecnicamente o ato convocatório às disposições contidas na legislação vigente.

É o parecer.

À consideração.

Brasília, 29 de agosto de 2005.

**TIAGO FONTES MORETTO**

Advogado da União

De acordo,

**PABLO BOURBOM SOARES**

Advogado da União

Coordenador-Geral da Gestão Técnica e Administrativa

#### DESPACHO MT/CONJUR Nº /2005

Aprovo o Parecer nº -2005/MT/CONJUR/CGTA, de lavra do Dr. Tiago Fontes Moretto, motivo pelo qual sugiro sejam acatadas as providências sugeridas, bem como determino sejam os presentes autos encaminhados à SAAD para conhecimento e adoção das providências que entender necessárias.

A validade do presente parecer está condicionada à aposição da rubrica do parecerista no rosto de suas vinte e duas folhas, bem como à inexistência de rasuras e à adaptação do Edital, também assinado e datado, às modificações sugeridas.

A presente análise restringe-se aos aspectos legais envolvidos neste procedimento, não cabendo exame da matéria em razão do aspecto econômico, nem da oportunidade e conveniência da pretendida contratação.

Brasília, 29 de agosto de 2005.

**YOLANDA CORRÊA PEREIRA**

Consultora Jurídica



## Convênio. Transferência voluntária. Necessidade de observância das disposições da IN STN n.º 01/97.

PARECER Nº 312 - 2004/MT/Conjur

PROCESSO N.º: 50000.040666/2002-49

INTERESSADO: Governo do Estado do Tocantins - TO.

ASSUNTO: Convênio de apoio técnico e financeiro para pavimentação de rodovias.

EMENTA: Constitucional. Administrativo. Convênio. Transferência voluntária. Necessidade de observância das disposições da IN STN n.º 01/97. Detecção de falhas sanáveis. Correção necessária. Transferências de recursos em época eleitoral. Apenas obras já iniciadas podem ser contempladas.

### 1. DOS FATOS

Vem ao exame dessa Consultoria Jurídica no Ministério dos Transportes minuta do segundo termo aditivo ao Convênio n.º 004/2002, a ser celebrado entre a União, por intermédio do Ministério dos Transportes, e o Governo do Estado do Tocantins.

O mencionado convênio objetiva transferir recursos ao Estado do Tocantins, prestando apoio financeiro para a implantação do Programa Especial de Desenvolvimento, conforme explicitado nas cláusulas: "PRIMEIRA - OBJETO", "TERCEIRA - OBRIGAÇÕES DA UNIÃO" e "SEXTA - DA TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS", todas do Convênio n.º 018/PGFN - Processo n.º 17944.000921/00-99.

O Convênio n.º 018/PGFN, de 22 de dezembro de 2000, foi celebrado entre a União, por intermédio do Ministério da

Fazenda, e o Estado do Tocantins, com fundamento no § 6.º, do art. 13, do ADCT, bem como no Parecer n.º GM-006, de 11 de fevereiro de 2000, da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Senhor Presidente da República em 26 de maio de 2000 e publicado no D.O.U. de 03 de agosto de 2000.

Em sua cláusula "SEXTA - DA TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS", o Convênio n.º 018/PGFN previu que os valores constantes da cláusula "QUINTA - ALOCAÇÃO DE RECURSOS" seriam transferidos ao Estado mediante futuros outros convênios a serem oportunamente celebrados com os diversos Ministérios envolvidos, considerando as respectivas competências, natureza dos projetos e ações a serem desenvolvidas, tudo em consonância com o objeto do programa.

Devido à apresentação pelo Governo do Estado do Tocantins de minutas de Termos de Convênios e Planos de Trabalho sem a contemplação dos recursos a serem aplicados a título de contrapartida, o Subsecretário de Assuntos Administrativos, através do Ofício n.º 191/SAAD/SE/MT, de 10 de setembro de 2001, solicitou ao Ministério da Fazenda parecer sobre a viabilidade de celebração do convênio na forma pleiteada, haja vista a exigência de tal compensação pela LDO à época (Lei n.º 9.995, de 25 de julho de 2000), pela IN n.º 01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), e pelo art. 25, § 1.º, IV, item "d", da Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal-LRF).

Em resposta ao questionamento, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) elaborou o Parecer PGFN/CAF/N.º 1779/2001 (cuja cópia xerox se encontra juntada aos presentes



autos), de 01 de outubro de 2001, entendendo como descabida a exigência de contrapartida nos convênios derivados do Convênio n.º 018/PGFN.

A Doutra Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional fundamentou sua conclusão no parecer GM-6 da AGU, que, segundo aduz, teria firmado o entendimento de que a União estaria obrigada a prestar auxílio financeiro ao Estado do Tocantins de forma semelhante à que foi prestada, segundo o art. 38 da Lei Complementar n.º 31, de 11 de outubro de 1977, aos Estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, por ocasião do seu desmembramento.

Afirmou, ainda, que o apoio financeiro para a implementação de Programa Especial de Desenvolvimento contido no Convênio n.º 018/PGFN/2000 consubstancia o cumprimento da determinação constitucional constante do art. 13, § 6º, do ADCT, e, da mesma forma que o art. 38 da LC n.º 31/77 não prevê contrapartida.

Destarte, fala não ser possível condicionar a concessão do apoio financeiro de que se cuida à prestação de contrapartida, sob pena de ofensa à Magna Carta.

Deste modo, aduz que, salvo acordo com o Estado do Tocantins, não seria lícito impor contrapartida, pois a Constituição Federal determinara a concessão desse apoio financeiro sem condicionantes.

Assevera não constituir o apoio financeiro "transferência voluntária", mas entrega de recursos decorrente de determinação constitucional, não se lhe aplicando as disposições da LDO, nem da LRF.

A final, a PGFN, ante a inexistência de cláusula prevendo a contrapartida do Estado do Tocantins no Convênio n.º 018/PGFN/2000, conclui pela impossibilidade de exigi-la por ocasião da celebração dos convênios previstos na cláusula sexta, vez que tal implicaria violação a ato jurídico perfeito.

O processo, então, seguiu normal curso, tendo a Coordenação de Execução Orçamentária desse Ministério dos Transportes (COEX) proposto (fls. 024), em 04 de julho de 2002, encaminhamento ao Sr. José Ricardo Afonso Vieira (da SPO), para oitiva prévia do setor técnico no que tange ao pleito, conforme determina o art. 4.º, § 1.º, da IN n.º 01/97, da STN.

A Subsecretaria de Planejamento e Orçamento (SPO) devolveu, em 05 de julho de 2002, o processo à SAAD, sem

proceder à análise, tendo em vista se encontrar de férias o mencionado servidor (fls. 026).

Em seguida, foi proposto pela COEX o encaminhamento à CONJUR para análise e parecer, tendo em vista os prazos estabelecidos na Lei Eleitoral n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997 (fls. 028).

A CONJUR, através da Informação CGJA/CONJUR/MT n.º 813/2002, de 04 de julho de 2002, adotou o teor de anterior Informação CGJA/CONJUR/MT n.º 787/2001, pugnando a juntada ao processo de todos os documentos referentes à matéria com o intuito de promover a correta instrução dos autos.

A CONJUR também ressaltou a necessidade da apresentação pelo Estado do Tocantins dos documentos relativos à comprovação da regularidade fiscal.

Na Informação CGJA/CONJUR/MT n.º 787/2001 (referente ao Processo N.º 50000.031548/2001-69), a CONJUR opinou, sem prejuízo da imediata celebração do convênio, pela oitiva do Assessor Especial de Controle Interno (AECI) do Ministério dos Transportes no sentido de condicionar a liberação dos valores empenhados somente após a juntada dos documentos comprobatórios da regularidade fiscal, bem como depois de consultada a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional sobre a comprovação de não oferecimento de contrapartida pelos os Estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul (fls. 040).

Às fls. 051, consta cópia da informação AECI/MT n.º 07/2001 (referente ao Processo N.º 50000.031551/2001-82), da Assessoria Especial de Controle Interno, na qual o AECI, respondendo à Informação CGJA/CONJUR/MT n.º 790/2001, que trata de processo análogo, asseverou ter sido superada a questão da necessidade de contrapartida por parte do Estado do Tocantins com a assinatura do Convênio n.º 018/PGFN/2000, tendo-se, na oportunidade, firmado o entendimento de que os recursos não constituiriam "transferência voluntária".

Entendeu, assim, o AECI, que ficaram prejudicadas as ressalvas apontadas pelo Coordenador-Geral da CGJA no sentido de condicionar a liberação dos valores empenhados somente após a juntada dos documentos comprobatórios da regularidade fiscal, bem como após a resposta da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Às fls. 057, em despacho de 05 de julho de 2002, o Secretário-Executivo do Ministério dos Transportes considerou

<sup>1</sup> Art. 4º Atendidas as exigências previstas no artigo anterior, o setor técnico e o de assessoria jurídica do órgão ou entidade concedente, segundo as suas respectivas competências, apreciarão o texto das minutas de convênio, acompanhado de:

§ 1º Os instrumentos e respectivos aditivos, regidos por esta Instrução Normativa, somente poderão ser celebrados após a aprovação pela autoridade competente, que se fundamentará nos pareceres das unidades referidas no "caput" deste artigo.



estar a matéria de mérito tratada no processo perfeitamente esclarecida, tomando por desnecessária nova oitiva da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

O processo, então, foi remetido à COEX para as providências cabíveis.

Às fls. 178, consta uma via do Convênio n.º 04/2002, assinado em 05 de julho de 2002.

Às fls. 187, consta cópia da página n.º 053, do D.O.U. de 26 de agosto de 2002, onde se vê publicado o extrato do Convênio n.º 04/2002.

Às fls. 239, consta cópia do Ofício GG N.º 259/2003, de 18 de julho de 2003, no qual o Governador do Estado do Tocantins solicita a formalização de termo aditivo em vista de alocação de recursos orçamentários para serem aplicados no Estado do Tocantins.

Às fls. 251, consta a Informação n.º 04/2003-CGCR/SPO, de 08 de julho de 2003, na qual, em atendimento ao disposto no art. 4.º, § 1.º, da IN n.º 01/97, da STN, o SPO informa estarem as minutas dos termos aditivos aos Convênios n.ºs 10/01, 12/01, 13/01 e 04/02, bem como os respectivos planos de trabalho, de acordo com os objetivos inicialmente propostos.

Foi, então, a minuta do primeiro termo aditivo ao Convênio n.º 04/02 submetida à análise pela CONJUR que, através do PARECER CONJUR/CGJA/MT N.º 093/2003 (fls. 254), de 25 de julho de 2003, não vislumbrou qualquer impedimento para a pretendida formalização, "uma vez que a mesma atende às exigências da legislação pertinente, no caso a Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional n.º 1, de 15 de janeiro de 1997".

Em 29 de julho de 2003, foi assinado o primeiro termo aditivo ao Convênio n.º 04/02 (fls. 258), constando às fls. 263, cópia do D.O.U. n.º 149, de 05 de agosto de 2003, onde se vê publicado o extrato do mesmo.

Às fls. 269, consta informação do Setor de Convênio da COEX, datada de 08 de agosto de 2003, na qual se atesta, após análise documental do processo, estar o mesmo em conformidade com o estabelecido na Instrução Normativa n.º 01 da STN, encontrando-se, desta forma, em condições de ser liberado o seu pagamento.

Às fls. 290, consta o Memorando n.º 249/2003-CGCR/SPO, de 23 de outubro de 2003, na qual o SPO informa não existirem fatos que venham a restringir a liberação de recursos relativos ao mês de setembro, no valor de R\$ 3.915.771,74, previstos no Plano de Trabalho elaborado pelo Conveniente. Tal informação, todavia, não menciona a qual convênio se refere. Possivelmente seja o 04/02.

Às fls. 291, consta o Memorando n.º 259/2003-CGCR/SPO, de 05 de novembro de 2003, na qual o SPO informa não existirem fatos que venham a restringir a liberação de recursos relativos ao mês de outubro, no valor de R\$ 6.284.251,85, previstos no Plano de Trabalho elaborado pelo Conveniente, sendo R\$ 2.609.604,18 relativos ao Convênio n.º 04/02.

Às fls. 313, consta o Memorando n.º 295/2003-CGCR/SPO, de 01 de dezembro de 2003, na qual o SPO informa não existirem fatos que venham a restringir a liberação de recursos relativos a restos a pagar do exercício de 2002, no valor de R\$ 10.738.951,00, previstos no Plano de Trabalho elaborado pelo Conveniente. Tal informação, todavia, não menciona a qual convênio se refere. Possivelmente seja o 04/02.

Às fls. 315, consta o Memorando n.º 303/2003-CGCR/SPO, de 12 de dezembro de 2003, na qual o SPO informa não existirem fatos que venham a restringir a liberação de recursos para a continuidade das obras de pavimentação de rodovias, objeto de Convênios firmados entre o Ministério dos Transportes e o Governo do Estado do Tocantins, podendo ser liberados os recursos no valor de R\$ 12.569.956,35, previstos no Plano de Trabalho elaborado pelo Conveniente, sendo os relativos ao Convênio n.º 04/02 no valor R\$ 2.299.700,61, em novembro 2003, e R\$ 3.630.758,07, em dezembro de 2003.

Às fls. 338, consta cópia do OF/GASEC/SEINF N.º 01191/04, de 13 de maio de 2004, através do qual a Secretaria de Infra-Estrutura do Estado do Tocantins solicita a formalização de termo aditivo de vinculação de empenho em vista de alocação de recursos orçamentários para serem aplicados no Estado do Tocantins.

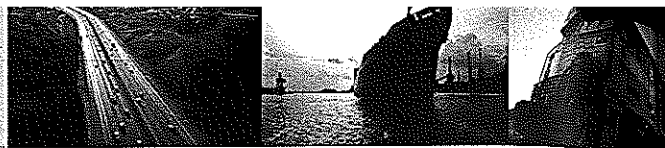
Em 02 de julho de 2004, foi o processo encaminhado a esse Órgão Consultivo para análise e parecer no que tange ao Segundo Termo Aditivo ao Convênio n.º 004/2002, a ser celebrado entre a União, por intermédio do Ministério dos Transportes, e o Governo do Estado do Tocantins.

É o relatório.

## 2. DO DIREITO

### 2.1 Da não exigência de contrapartida por parte da PGFN

Primeiramente, faz-se necessário ressaltar que não comungamos com o entendimento esboçado no Parecer PGFN/CAF/N.º 1779/2001, no qual a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) inferiu ser descabida a exigência de contrapartida nos convênios derivados do Convênio n.º 018/PGFN.



É que o parecer GM-6 da AGU não firmou, a nosso ver, o entendimento de que a União estaria obrigada a prestar auxílio financeiro ao Estado do Tocantins, mas sim que o referido Estado teria direito de receber da União tratamento similar, nos moldes do deferido ao Estado de Mato Grosso quando de sua divisão.

O art. 13, § 6.º, do ADCT, autorizaria, segundo o parecer GM-6, a instituição pela União de um programa especial de desenvolvimento para o Estado do Tocantins.

A exigência de contrapartida pela LDO à época (Lei n.º 9.995, de 25 de julho de 2000), pela IN n.º 01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), e pelo art. 25, § 1.º, IV, item "d", da Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal-LRF) não é incompatível com a instituição de um programa especial de desenvolvimento.

A cobrança de referida compensação pelos atos normativos acima mencionados está em consonância com os ditames esculpidos no Capítulo II, do Título VI, da Constituição Federal, eis que consubstanciam normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

O dispositivo constitucional transitório não determina transferência de recursos. Não se trata de uma transferência constitucional.

Dessa forma, se a implementação do programa especial de desenvolvimento envolve o traslado de numerário da União ao Estado, consideramos referida operação como "transferência voluntária", sujeita, pois, às disposições normativas regedoras da matéria.

Também não vemos como plausível o argumento de que, ante a inexistência de cláusula prevendo a contrapartida do Estado do Tocantins no Convênio n.º 018/PGFN/2000, seria impossível exigí-la por ocasião da celebração dos convênios previstos na cláusula sexta, vez que tal implicaria violação a ato jurídico perfeito.

É que de acordo com o art. 6.º, do Decreto-Lei N.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (LICC), reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

Segundo o Código Civil vigente à época, a validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145).

A legislação vigente à época exigia contrapartida nos instrumentos celebrados. Dessa forma, o Convênio n.º 018/PGFN/2000 ao não prevê-la, desobedeceu a lei, não se tornando perfeito.

## 2.2 Da competência normativa da STN e jurídica da PGFN

Uma vez ressalvado nosso entendimento, não podemos ignorar a competência normativa exercida pela Secretaria do Tesouro Nacional no que tange à padronização e uniformização de procedimentos referentes à execução orçamentária e financeira da União, conferida pelo art. 155<sup>2</sup>, do Decreto n.º 93.872, de 23 de dezembro de 1986, e pelo art. 9.º, VII<sup>3</sup>, do Decreto n.º 5.136, de 07 de julho de 2004.

Também é indiscutível a competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no que tange ao exame prévio da legalidade dos convênios que interessem à Fazenda Pública, bem como na fixação da interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos a serem uniformemente seguidos em suas áreas de atuação, conferida pelo art. 12, IV<sup>4</sup>, da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, e pelo art. 7.º, III e V<sup>5</sup>, do Decreto n.º 5.136, de 07 de julho de 2004.

O que queremos esclarecer é que a STN, órgão específico singular do Ministério da Fazenda, no exercício de sua competência normativa, editou a IN n.º 01/97, disciplinando a celebração de convênios de natureza financeira.

<sup>2</sup> Art. 155. A Secretaria do Tesouro Nacional, sem prejuízo das atribuições conferidas à Secretaria de Planejamento da Presidência da República, é competente para instituir formulários e modelos de documentos de empenho, liquidação e pagamento de despesas, e outros que se tornarem indispensáveis à execução orçamentária e financeira da União, bem como a expedir as instruções que se tornarem necessárias à execução deste decreto, visando à padronização e uniformidade de procedimentos.

<sup>3</sup> Art. 9º À Secretaria do Tesouro Nacional, órgão central dos Sistemas de Administração Financeira Federal e de Contabilidade Federal, compete:

VII - editar normas sobre a programação financeira e a execução orçamentária e financeira, bem como promover o acompanhamento, a sistematização e a padronização da execução da despesa pública;

<sup>4</sup> Art. 12 - À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente:

IV - examinar previamente a legalidade dos contratos, acordos, ajustes e convênios que interessem ao Ministério da Fazenda, inclusive os referentes à dívida pública externa, e promover a respectiva rescisão por via administrativa ou judicial;

<sup>5</sup> Art. 7º À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional compete:

III - examinar previamente a legalidade dos contratos, concessões, acordos, ajustes ou convênios que interessem à Fazenda Nacional, inclusive os referentes à dívida pública externa e, quando for o caso, promover a respectiva rescisão ou declaração de caducidade, por via administrativa ou judicial;

V - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos a serem uniformemente seguidos em suas áreas de atuação e coordenação, quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

A PGFN, também órgão específico singular do Ministério da Fazenda, por sua vez, interpretando a Constituição Federal, bem como as Leis aplicáveis à matéria, entendeu não se tratar de "transferências voluntárias" o repasse dos numerários previstos no Convênio n.º 18/PGFN, mas de entrega de recursos decorrente de determinação constitucional, não se lhe aplicando as disposições da LDO, nem da LRF, sendo, inclusive, descabida a exigência de contrapartida.

Dessa forma, ante a competência legalmente atribuída a tais órgãos, não poderia o administrador, a seu alvedrio, entender de forma diversa. Se o órgão competente fixou a interpretação a ser seguida pela Administração naquela área de atuação, cumpre-lhe segui-la.

Ora, se o próprio Ministério da Fazenda, que é quem edita as regras aplicáveis, celebrou convênio sem exigir contrapartida, não seria o Ministério dos Transportes, simples repassador nos termos do Convênio n.º 18/PGFN/2000, quem iria cobrá-la.

Caso tal interpretação venha a ser futuramente entendida como descabida, a culpa não será do administrador, mas do órgão competente que fixou o equivocado entendimento.

## 2.3 Das falhas encontradas no presente convênio

Não obstante as inúmeras manifestações em sentido contrário no bojo do processo, diversos dispositivos previstos nas INs n.º 01/97 e 01/2001, da STN, não foram observados.

### 2.3.1 Publicação do extrato no Diário Oficial da União após o prazo estabelecido pela IN/STN n.º 01/97 (art. 17)

A primeira falha diz respeito à publicação do extrato do Convênio n.º 04/02 após o prazo previsto no art. 17<sup>6</sup> da IN n.º 01/97.

O Convênio 04/02 foi assinado em 05 de julho de 2002 (fls. 178), mas só foi publicado em 26 de agosto de 2002, conforme atesta cópia da página n.º 053, do D.O.U., onde se vê publicado seu extrato (fls. 187).

Logo, a publicação se deu 56 dias após sua assinatura, quando o art. 17 estabelece o prazo de 20 dias.

Já a publicação do Primeiro Termo Aditivo foi tempestiva.

Tal falha, entretanto, não macula o ajuste, mas deve ser evitada.

O TCU, em decisão recente<sup>7</sup>, não apenou administradores pela desobediência ao art. 17 da IN n.º 01/97, mas determinou sua observância:

#### "5. ACHADOS DE AUDITORIA

5.3. Secretaria Municipal de Obras, Viação e Urbanismo - Semovur/Prefeitura Municipal de Rio Branco - PMRB

##### 5.3.1. Convênios e Contrato de Repasse

##### 5.3.1.1. Falhas/impropriedades

5.3.1.1.1. No âmbito da Semovur foram examinados o Contrato de Repasse n.º 107.602-35/2000, celebrado com a União Federal, por intermédio da Caixa Econômica Federal (vol. 10, fls. 1/7) e os Convênios n.ºs 049/2001 (vol. 11, fls. 1/4), 679/2001 (vol. 13, fls. 2/5) e 682/2001 (vol. 15, fls. 1/4), celebrados com a União Federal, por intermédio do Ministério da Integração Nacional - MIN, tendo sido constatadas as seguintes falhas/impropriedades:

b) Publicação dos extratos no Diário Oficial da União após o prazo estabelecido pela IN/STN n.º 01/97 (art. 17).

5.3.1.1.2. Tal fato ocorreu nos convênios n.º 679/2001 (vol. 13, fls. 6) e n.º 682/2001 (vol. 15, fls. 5), sendo que ambos foram firmados em 31 de dezembro de 2001 e tiveram extratos publicados no dia 24 de janeiro de 2002.

#### 8. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

##### 8.4. Outras determinações

8.4.3. Secretaria Municipal da Cidade - SEC, como sucessora da Secretaria Municipal de Obras, Viação e Urbanismo - Semovur/Prefeitura Municipal de Rio Branco

b) publique os extratos dos termos de convênios na imprensa oficial, observando os prazos legais (IN/STN n.º 01/97, art. 17);

#### Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Relatório de Auditoria, por meio da qual foram analisados os

<sup>6</sup> Art. 17. A eficácia dos convênios e de seus aditivos, qualquer que seja o seu valor, fica condicionada à publicação do respectivo extrato no "Diário Oficial" da União, que será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, devendo esta ocorrer no prazo de vinte dias a contar daquela data, contendo os seguintes elementos:

<sup>7</sup> Acórdão 1049/2004 - Primeira Câmara.



procedimentos conduzidos pela Prefeitura Municipal de Rio Branco/AC, durante os exercícios de 1999 a 2003, na área de convênios, abrangendo as respectivas licitações e contratos. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da Primeira Câmara, com fundamento no art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.443/92, em:

9.6. determinar à Secretaria Municipal da Cidade - SEC, como sucessora da Secretaria Municipal de Obras, Viação e Urbanismo - Semovur, do Município de Rio Branco/AC, que:

9.6.2. publique os extratos dos termos de convênios na imprensa oficial, observando os prazos legais (IN/STN nº 01/97, art. 17);" [sem grifos no original]

### 2.3.2 Ausência de prévia oitiva do setor técnico

Também não consta nos autos manifestação prévia do setor técnico quando da celebração do convênio, conforme determina o art. 4º, § 1º, da IN nº 01/97, da STN.

Em verdade, a COEX propôs (fls. 024) o encaminhamento do processo ao Sr. José Ricardo Afonso Vieira (da SPO), mas, ante ao fato do mesmo se encontrar de férias (fls. 026), não foi procedida a devida análise.

O órgão técnico só foi previamente ouvido quando da celebração do Primeiro Termo Aditivo (fls. 251), certificando, na oportunidade, a adequação da minuta e do plano de trabalho proposto com os objetivos inicialmente combinados.

Entretanto, a inobservância de tal regra possivelmente não trará maiores consequências aos administradores, pois houve decisão em que o TCU<sup>9</sup> não a considerou motivo de punição, não obstante ter determinado sua observância:

#### "RELATÓRIO

O analista instrutor do processo apresentou a seguinte análise das justificativas apresentadas pelo responsável:

2.10 "item i" - celebração de convênio sem prévia apreciação pelo setor técnico e/ou pelo setor jurídico.

Justificativas: "Os processos de prestações de contas encontram-se com os seus respectivos pareceres técnicos, emitidos pela

Coordenação Regional ou pelo Setor Técnico da Presidência da Fundação e demais pareceres da Assessoria Jurídica."

Análise: depreende-se da análise dos autos, que tal assertiva não é inteiramente verdadeira, muitos dos processos não dispunham de apreciação dos setores técnicos e/ou jurídicos, ou então foram emitidos após a formalização dos termos de convênio.

Após análise das justificativas e esclarecimentos apresentados, o analista instrutor do processo propugna pela efetivação de inúmeras determinações corretivas à entidade e pela aplicação das multas previstas no art. 58, incisos II e III da Lei nº 8.443/92, c/c o art. 220, incisos II e III do Regimento Interno, ao Sr. Márcio Antônio Pinto de Almeida, em decorrência das irregularidades consignadas nos itens 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 2.9, 2.12, "a", "c" e "e", acima transcritos, consideradas não elididas, além de propor a juntada às contas e a inclusão da Fundação Nacional de Saúde no Maranhão/MA no Plano de Auditoria da SECEX/MA para o exercício de 2000, com o intuito de verificar os procedimentos adotados com relação aos convênios firmados a partir de 1997 e o cumprimento das determinações porventura efetivadas. O Secretário de Controle Externo manifestou concordância com a proposta apresentada.

#### É o relatório.

Com respeito à aplicação de multa ao então Coordenador Regional, entendo ser adequada ao caso apenas a multa prevista no inciso III, do art. 58, da Lei nº 8.443/92, conforme estabelece o art. 43, Parágrafo único, da mesma Lei. Quanto ao rol de irregularidades imputado àquele responsável, deverão ser excluídas as constantes dos itens "a", "c" e "e" do relatório que antecede este Voto, posto que não foram objeto da audiência realizada.

Assim, diante do exposto, Voto no sentido de que este Tribunal adote a Decisão que submeto à deliberação desta 1ª Câmara.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 14 de março de 2000.

<sup>8</sup> Art. 4º Atendidas as exigências previstas no artigo anterior, o setor técnico e o de assessoria jurídica do órgão ou entidade concedente, segundo as suas respectivas competências, apreciarão o texto das minutas de convênio, acompanhado de:

<sup>9</sup> Os instrumentos e respectivos aditivos, regidos por esta Instrução Normativa, somente poderão ser celebrados após a aprovação pela autoridade competente, que se fundamentará nos pareceres das unidades referidas no "caput" deste artigo.

<sup>9</sup> Acórdão 98/2000 - Primeira Câmara

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO

Ministro-Relator

## 8. Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de relatório de auditoria realizada na Coordenação Regional da Fundação Nacional de Saúde no Estado do Maranhão;

Acordam os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, com fundamento no art. 1º, inciso II e § 1º, e art. 43, Parágrafo único, da Lei nº 8.443/92 em:

8.3. determinar à Coordenação Regional da Fundação Nacional de Saúde no Estado do Maranhão que:

8.3.1. por ocasião da celebração de convênios:

8.3.1.4. abstenha-se de formalizar convênios sem a emissão dos pareceres técnico e jurídico (art. 4º, caput da IN nº 01/97); e" [ sem grifos no original]

### 2.3.3 Ausência da classificação funcional-programática da despesa

Dentre as cláusulas expressas e obrigatórias do convênio, está a classificação funcional-programática da despesa, prevista no art. 7º, VI, da IN nº 01/97, da STN.

O presente convênio, assim como seu Primeiro Termo Aditivo, apesar de terem mencionado os números de empenho e o de programa de trabalho, não classificaram a despesa na forma exigida.

Entretanto, consta a classificação na publicação do extrato no D.O.U., de forma que tem-se parcialmente sanada a falha.

O TCU, em caso análogo, não viu tal omissão como passível de apenação, desde que seja mencionada a nota de empenho. Deve-se, todavia, evitá-la. É o que se extrai da seguinte decisão<sup>10</sup>:

""RELATÓRIO

O analista instrutor do processo apresentou a seguinte análise das justificativas apresentadas pelo responsável:

2.7 "item f - termo do convênio nº 21/96 sem a classificação funcional-programática da despesa - art. 7º, inciso V da IN nº 02/93.

Justificativas: "Por um lapso deixou de ser preenchida a Classificação Funcional Programática no convênio, quando da elaboração do convênio, mas encontra-se amparado pela nota de crédito orçamentário da Coordenação Regional e o empenhamento da despesa, através da nota de empenho nº 96ne01454."

Análise: Justificativas acolhidas, sem prejuízo do registro da ausência de critérios mais rigorosos nos procedimentos adotados nas celebrações de convênios."

## 8. Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de relatório de auditoria realizada na Coordenação Regional da Fundação Nacional de Saúde no Estado do Maranhão;

Acordam os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, com fundamento no art. 1º, inciso II e § 1º, e art. 43, Parágrafo único, da Lei nº 8.443/92 em:

8.3. determinar à Coordenação Regional da Fundação Nacional de Saúde no Estado do Maranhão que:

8.3.1. por ocasião da celebração de convênios:

8.3.2.3. faça constar, do termo de convênio e seus aditivos, a classificação programática da despesa (art. 7º, inciso VI da IN nº 01/97);"

### 2.3.4 Ausência do projeto básico

Não há nos presentes autos notícia do projeto básico.

A IN nº 01/97, da STN, exige que, no caso de obras, integrará o Plano de Trabalho, o Projeto Básico, entendido como tal o conjunto de elementos necessários e suficientes para caracterizar, de modo preciso, a obra, instalação ou serviço objeto do convênio, sua viabilidade técnica, custo, fases, ou etapas, e prazos de execução, devendo conter os

<sup>10</sup> Acórdão 98/2000 - Primeira Câmara.





elementos discriminados no inciso IX<sup>11</sup> do art. 6º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Talvez esteja em autos apartados. Todavia, não consta qualquer informação sobre seu paradeiro no processo em análise, não tendo esse Órgão Consultivo como se manifestar conclusivamente sobre a existência do mesmo.

### 2.3.5 Ausência de informação sobre a prestação de contas

O § 2.º, do art. 21, da IN n.º 01/97, estabelece que, quando a liberação dos recursos ocorrer em 3 (três) ou mais parcelas, a terceira ficará condicionada à apresentação de prestação de contas parcial referente à primeira parcela liberada, composta da documentação especificada nos itens III a VII do art. 28, e assim sucessivamente.

A cláusula "QUARTA – DA PRESTAÇÃO DE CONTAS" do convênio, prevê expressamente essa obrigação.

Deve-se ressaltar que o TCU, em decisão<sup>12</sup> recente, determinou ao Ministério do Meio Ambiente que: "9.1.2. observe as disposições constantes dos arts. 21, § 2º, e 32 a 35 da IN/STN 01/97, atentando para o fato de que a apresentação, análise e aprovação das prestações de contas parciais constitui pré-requisito indispensável para a liberação dos recursos nos casos em que esta for parcelada.

9.3.1.7. determine às suas unidades que façam constar, dos processos de convênios, cópias dos relatórios de fiscalização ou relatórios técnicos concernentes à execução do objeto, evidenciando a data em que foram realizadas visitas ao local da execução e os aspectos observados;" [sem grifos no original]

É provável que as inúmeras manifestações da SPO (fls. 290, 291, 313 e 315), informando não existirem fatos que

venham a restringir a liberação de recursos, digam respeito à prestação de contas.

Todavia, tal notícia é por demais genérica, pois existem inúmeros outros "fatos", diversos da prestação de contas, que podem impedir a liberação de recursos.

Dessa forma, essa Consultoria Jurídica não tem como afirmar com segurança se houve ou não a devida prestação de contas.

Ademais, nos termos do art. 34 da IN n.º 01/97, da STN, a prestação de contas (tanto a parcial quanto a final) deve ser registrada no SIAFI.

### 2.3.6 Da ausência de comprovação da inclusão no orçamento

Antes da celebração do termo aditivo, faz-se necessária a comprovação de que o Estado do Tocantins incluiu o valor correspondente em seu orçamento.

Tal exigência encontra-se prevista no § 4.º, do art. 2.º, da IN n.º 01/97, da STN, e, conforme preceitua o § 6.º, um Estado somente poderá figurar como conveniente se atender a todas as exigências da Instrução Normativa.

### 2.3.7 Da ausência do extrato do SIAFI

O art. 4.º da IN n.º 01/97, da STN, elenca os documentos que devem acompanhar o texto das minutas de convênio para a apreciação pela assessoria jurídica.

Essa exigência deve ser atendida tanto quando da celebração do convênio, quanto dos respectivos termos aditivos, conforme se infere do disposto no § 1.º

Estão ausentes no processo os documentos descritos nos incisos I<sup>13</sup> e III<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Art. 6.º Para os fins desta Lei, considera-se:

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;  
b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;  
c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;  
d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;  
e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;  
f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

<sup>12</sup> Acórdão 549/2003 - Plenário.

<sup>13</sup> I - extrato, obtido mediante consulta ao Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal-SIAFI, do cadastramento prévio do Plano de Trabalho, realizado pelo órgão concedente, contendo todas as informações ali exigidas para a realização do convênio (pré-convênio);

<sup>14</sup> III - comprovante pertinente à pesquisa do concedente junto aos seus arquivos e aos cadastros a que tiver acesso, em especial ao Cadastro do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI e ao Cadastro Informativo - CADIN, demonstrando que não há quaisquer pendências do proponente junto à União, à entidade da Administração Pública Federal Indireta ou a entidade a elas vinculada;

Deve-se ressaltar que tais documentos quando juntados aos autos devem ser assinados e datados pelo servidor que realizou a consulta, sob pena de não terem qualquer validade.

### 2.3.8 Da regularidade fiscal

O Ministério dos Transportes adotou procedimento singular no presente convênio.

É que nos termos do entendimento esboçado no Parecer PGFN/CAF/N.º 1779/2001, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), o numerário a ser transferido com base no Convênio n.º 018/PGFN não constituiria transferência voluntária, mas entrega de recursos decorrente de determinação constitucional, não se lhe aplicando as disposições da LDO, nem da LRF.

A despeito de não se constituir transferência voluntária, o Ministério dos Transportes adotou, com exceção da exigência de contrapartida, várias das providências exigidas pela IN n.º 01/97 e pela LRF.

Faltou, entretanto, constar do processo os comprovantes previstos no art. 3.º, incisos IV<sup>15</sup>, V<sup>16</sup> e VI<sup>17</sup>, todos exigidos pela instrução normativa.

Tais documentos são necessários e devem, inclusive, ser assinados e datados pelo servidor responsável pela sua obtenção, bem como integrar os autos antes da análise pela assessoria jurídica, nos termos do art. 4.º, caput, inciso II e § 1.º, da instrução normativa.

Para simplificar a verificação do cumprimento de requisitos de celebração e liberação de recursos ao conveniente, foi criado pela IN n.º 01/2001, da STN, o cadastro único das exigências para transferências voluntárias (CAUC).

Referido cadastro comprova não só o atendimento pelo conveniente das disposições da LRF, mais também sua situação de regularidade no que tange às certidões previstas no art. 3.º, incisos I, II e III, da IN n.º 01/97, conforme se infere do disposto no art. 4.º<sup>18</sup>, da IN n.º 01/2001, da STN.

Entretanto, o extrato do CAUC só tem validade se assinado e datado pelo gestor responsável por sua extração, e pelo prazo de trinta dias, conforme dispõe o parágrafo único do art. 7.º, da IN n.º 01/2001, da STN.

Dessa forma, caso o Ministério dos Transportes opte por utilizar o CAUC para comprovar a situação de regularidade do conveniente, deve antes providenciar a assinatura e datação do extrato para que o mesmo tenha validade.

Também deve solicitar os comprovantes previstos nos incisos IV, V e VI, da IN n.º 01/97, da STN, eis que o CAUC não atesta o cumprimento daquelas exigências.

### 2.4 Das transferências de recursos em época eleitoral

É necessário frisar que, em decisão recente<sup>19</sup>, o Presidente do TSE, Ministro Sepúlveda Pertence, assentou o entendimento de que, por força do disposto no art. 73, VI, "a", da Lei n.º 9.504/97, "é vedado à União e aos Estados, até as eleições municipais, a transferência voluntária de recursos aos Municípios – ainda que constitua objeto de convênio ou de qualquer outra obrigação preexistente ao período – quando não se destinem à execução já fisicamente iniciada de obras ou serviços, ressalvadas unicamente as hipóteses em que se faça necessária para atender a situação de emergência ou calamidade pública."

O Exmo. Sr. Ministro adotou como fundamento de sua decisão:

"....."

33. Por conseguinte, não se pode abstrair, na inteligência da vedação legal a interpretar, de um dado da experiência comum: os momentos culminantes de impacto eleitoral da realização de uma obra pública são, antes de sua inauguração - também objeto de preocupação da lei (Art. 77) - o do começo da percepção física da execução da obra.

34. Para o eleitor comum, não são os trâmites burocráticos que necessariamente a precedem, mas o início da construção que faz visível a concretização do empreendimento governamental e aguça a expectativa dos benefícios que a sua conclusão possa trazer ao público: e é a partir daí que se tem uma, como é da linguagem cotidiana, uma "obra em andamento".

35. Esse valor simbólico do começo efetivo da construção da obra que dá a medida do seu impacto eleitoral - é que a lei

<sup>15</sup> IV - comprovação de regularidade perante o PIS/PASEP;

<sup>16</sup> V - comprovação de não estar inscrito como inadimplente no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal- SIAFI;

<sup>17</sup> VI - comprovação de não estar inscrito há mais de 30 (trinta) dias no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados;

<sup>18</sup> Art. 4.º Fica criado, como subsistema do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI), o Cadastro Único de Exigências para Transferências Voluntárias para estados e municípios(CAUC), para toda a administração pública federal, direta e indireta, destinado a registrar os entes da Federação que cumprirem as exigências desta Instrução Normativa.

<sup>19</sup> CTA – Consulta, n.º 1062, de 07/07/2004.



veda seja propiciado, na antevéspera dos pleitos, locais, por transferências voluntárias de verbas públicas das entidades maiores da Federação.

38. Cuida-se, afinal, de apenas um trimestre de vigência da proibição, da qual, por outro lado, se ressalva a transferência de recursos "destinados a atender situações de emergências e de calamidade pública".

39. De sua vez, a vedação não compreende a celebração de novos convênios, mas apenas a transferência efetiva dos recursos.

40. Certo, da observância da proibição legal, somada à proximidade do término do mandato dos prefeitos, pode resultar que um convênio firmado com correligionários de fé somente venha a ser executado com adversários jurados: a eventualidade, contudo, homenageia a impessoalidade da administração, o que faz bem à República. " [sem grifos no original]

Destarte, como os recursos serão transferidos da União para o Estado do Tocantins, e, como não poderia deixar de ser, serão empregados em áreas municipais que integram o Estado, faz-se necessário a comprovação de que os recursos transferidos apenas serão aplicados em obras já iniciadas.

Caso contrário, o numerário não poderá ser transferido. Isso, todavia, não impede a assinatura do convênio, mas a transferência efetiva de recursos, de sorte que é possível celebrá-lo, desde que se condicione a liberação dos recursos ao fim do pleito.

### 3. CONCLUSÕES

- a não exigência de contrapartida no presente convênio se deveu ao Parecer PGFN/CAF/N.º 1779/2001, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de 01 de outubro de 2001, que entendeu ser a mesma descabida nos convênios derivados do Convênio n.º 018/PGFN;
- as falhas descritas nos itens 2.3.1 e 2.3.2 não mais são passíveis de serem sanadas. Todavia não chegam a invalidar o convênio, mas podem trazer consequências para o administrador quando da análise pelo TCU Dessa forma, devem ser evitadas;
- a falha do item 2.3.3 pode ser sanada quando da redação do novo termo aditivo;

- as demais falhas, constantes dos itens 2.3.4 ao 2.3.8, devem ser sanadas através da juntada aos presentes autos dos documentos comprobatórios respectivos;
- deve-se atentar para o período eleitoral de forma a serem liberados recursos apenas para obras já iniciadas.

É o parecer. Sub censura.

Brasília, 20 de julho de 2004.

**PABLO BOURBOM SOARES**

Advogado da União

Coordenador-Geral da Gestão Técnica e Administrativa

### DEPACHO MT/CONJUR N.º 905/2004

Aprovo o Parecer n.º 312-2004/MT/CONJUR/CGTA, da lavra do Dr. PABLO BOURBOM SOARES, motivo pelo qual determino sejam os presentes autos encaminhados à Secretaria Executiva desse Ministério dos Transportes para as providências cabíveis.

Brasília, 20 de julho de 2004.

**YOLANDA CORRÊA PEREIRA**

Consultora Jurídica

## Anistia. Decadência. Art. 54 da Lei 9.784/99.

PARECER Nº 225 - 2005/AGU/Conjur/CGLJ

AUTOS nº 50000.018496/2005-69, com 195 dossiês apensos.

INTERESSADOS: ACÁSSIO JOSÉ DA SILVA E OUTROS.

ASSUNTO: Anistia.

**EMENTA.** Administrativo. 195 pedidos de anulação da Portaria Conjunta nº 122, que cassou as anistias dos interessados. Deliberação da CEI pelo deferimento dos requerimentos. Justificativa embasada na ocorrência da decadência do art. 54, da Lei nº 9.784/99, conforme precedentes do STJ. Mudança recente de entendimento do STJ, através de sua Corte Especial. Desaparecimento do motivo que sustentava as conclusões da CEI. Manutenção da portaria Conjunta nº 122. Divergência interpretativa entre esta CONJUR e aquela CEI. Inteligência do art. 4º, XI, da LC-73/93. Necessário pronunciamento do AGU. Sobrestamento do feito até ulterior manifestação do Chefe da AGU.

Sr. Coordenador,

Retornam os autos, para pronunciamento desta Consultoria Jurídica (CONJUR), após manifestação proferida na Informação nº 21/2005/AGU/CONJUR/CGLJ (fls. 11/12).

A Secretaria-Executiva (SE), através do Despacho de fls. 08, submeteu à apreciação desta CONJUR 195 (cento e noventa e cinco) dossiês provenientes da Comissão Especial Interministerial existente no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG).

É, em síntese, o relatório.

### II

O exame dos autos demonstra que a Comissão Especial Interministerial (CEI), instituída pelo Decreto nº 5.115/04, enviou a esse Ministério 195 dossiês contendo suas conclusões sobre pedidos de ex-empregados da Companhia Docas de São Paulo (CODESP).

Esses ex-empregados, cujos nomes estão em epígrafe, requereram à CEI a anulação da Portaria Interministerial nº 122 que cassou as anistias anteriormente concedidas a esses ex-empregados através do Comunicado da Diretoria da Área Administrativa da empresa, publicado na Seção 3, do DOU de 07/11/94.

A CEI, então, ficou com a atribuição de opinar sobre esses pedidos de anulação da Portaria Interministerial nº 122, tendo proferido idêntica deliberação nesses 195 dossiês e firmado o entendimento de que a Administração Federal não mais poderia ter editado esse ato, em razão da ocorrência da decadência (art. 54, da Lei 9.784/99), conforme item 2, do ofício de fls. 02.

Entendeu a CEI nas aludidas deliberações que: Destarte, **em face do inegável transcurso de tempo entre o ato concessivo da anistia e sua anulação, que ultrapassou o limite legalmente imposto à Administração, bem como entendendo não ser a hipótese de incidência dos disposto no § 2º, do art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999, esta Comissão Especial Interministerial entende cristalina a conclusão de que efetivamente, no caso em tela, ocorreu o**



**instituto jurídico da decadência, eivando o ato anulatório da anistia anteriormente concedida de nulidade absoluta, em relação ao requerente, devendo este, portanto, volver à condição de anistiado.** (grifo nosso)

Entretanto, as deliberações da CEI não merecem prosperar e a Portaria Interministerial nº 122 deve ser mantida e os pedidos dos ex-anistiados indeferidos.

Com efeito, a CEI concluiu – com base em julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – que a Portaria Interministerial nº 122 não poderia ter sido editada, pois a Administração tinha decaído do direito de cassar as anistias concedidas aos ora interessados.

A CEI utilizou-se de precedentes do STJ para interpretar que a Portaria Interministerial nº 122 não mais podia ser editada, porque fora publicada 5 (cinco) anos após o Comunicado da Diretoria da Área Administrativa da empresa, divulgado na Seção 3, do DOU de 07/11/94.

De fato, a CEI fez incidir a Lei 9.784-99 sobre um fato ocorrido em 1994, ou seja, estabeleceu como termo *a quo* do prazo decadencial a data de publicação do aludido Comunicado no DOU.

Calculou, destarte, a Comissão que já se havia esgotado o prazo fixado no art. 54, da Lei nº 9.784/99 e, agindo assim, laborou em equívoco, pois essa norma não pode retroagir, já que não trouxe essa previsão expressa em seu texto e também não possui natureza penal ou tributária, capaz de trazer eventual medida benéfica ensejadora de possível aplicação pretérita.

É cediço que o instituto “lei”, em sua essência, não é compatível com a possibilidade de vigência retroativa. A lei é feita para vigorar e reger situações a partir da sua entrada em vigor. Vale dizer, a lei incide, em regra, a fatos presentes e futuros.

A norma reflete uma vontade da sociedade e enquanto existir e disciplinar determinada matéria, a presunção é de que o corpo social quer a aplicação daquela lei ao assunto tratado. Quando há aprovação de nova norma, que a vontade da sociedade é a de aplicá-la ao mesmo tema, imediatamente a partir da sua vigência.

Nesse diapasão, leciona SILVA:

O Princípio da irretroatividade das leis é também princípio complementar ao da legalidade, porque, se se permitisse a retroatividade das leis, estas alcançariam períodos não regidos por normas legais ou fatos não sujeitos a ditames legais, por via de uma ficção inaceitável, pelo menos quando obriga a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa.

Vale dizer, portanto, que a Constituição não veda a retroatividade da lei, a não ser da lei penal que beneficie o réu. Afora isto, o princípio da irretroatividade não é de Direito Constitucional, mas princípio geral de Direito. **Decorre do princípio de que as leis são feitas para vigorar e incidir para o futuro. Isto é: são feitas para reger situações que se apresentem a partir do momento em que entram em vigor. Só podem surtir efeitos retroativos quando elas próprias o estabeleçam** (vedado em matéria penal, salvo a retroatividade benéfica ao réu), resguardados os direitos adquiridos e as situações consumadas evidentemente. (grifo nosso)

Repita-se que CEI se embasou em decisões do STJ para fundamentar as suas deliberações; porém o próprio Tribunal, através de sua Corte Especial, reformulou recentemente o equivocado entendimento sobre a aplicação retroativa da decadência estipulada no art. 54, da Lei nº 9.784/99, conforme se vê nas ementas abaixo transcritas:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONCESSÃO DE EFEITO INFRINGENTE. EXCEPCIONALIDADE. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. ART. 54, DA LEI nº 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONCEDER EFEITO RETROATIVO À LEI. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM A CONCESSÃO DE EFEITO MODIFICATIVO.

I – As características intrínsecas dos embargos de declaração estão delineadas no art. 535 do Código de Processo Civil, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade na sentença ou no acórdão. E mais, os efeitos modificativos somente são concedidos ao recurso integrativo em casos excepcionabilíssimos, respeitando-se, ainda, os indispensáveis contraditório e ampla defesa, como ocorre *in casu*.

II - Em relação à decadência administrativa, esta Corte vinha se manifestando no sentido de que, nos termos do art. 54 da Lei nº 9.784/99, o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorressem efeitos favoráveis para os destinatários decaía em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

III - Não obstante, em recente julgamento, a Eg. Corte Especial deste Tribunal pacificou entendimento no sentido de que, anteriormente ao advento da Lei nº 9.784/99, a Administração podia rever, a qualquer tempo, seus próprios atos quando eivados de nulidade, nos moldes como disposto no art. 114 da Lei nº 8.112/90 e nas Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal. Restou ainda consignado, que o prazo previsto na Lei nº 9.784/99



somente poderia ser contado a partir de janeiro de 1999, sob pena de se conceder efeito retroativo à referida Lei.

IV – Deve prevalecer o último entendimento prescrito pela Eg. Corte Especial, em face da omissão constitucional deste Tribunal quanto à uniformização da matéria infraconstitucional em sede de recurso especial.

V – Embargos de declaração acolhidos, com a concessão do excepcional efeito infringente para conhecer parcialmente do especial e lhe dar provimento. (Edcl no AgRG no RESP 547668/PE; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL nº 2003/0086065-2, Relator Ministro Gilson Dipp, Tª - Quinta Turma, DJ 02.05.2005 p.394). (grifo nosso)

**Ementa:** RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR ESTADUAL. VANTAGEM. DECURSO DE PRAZO. LEI 9.784/99, ART. 54, **DECADÊNCIA AFASTADA POR MEIO DE DECISÕES EMANADAS DA CORTE ESPECIAL.**

Após as decisões proferidas pela Corte Especial nos autos do Mandados de Segurança nºs 9112/DF, 9115/DF e 9157/DF, restou definido que a Lei 9.784/99, nos termos do art. 54, tem como termo *a quo*, para os atos que lhe são anteriores, a data de sua publicação – 01/02/99, e não a data do ato atacado.

O ato atacado é do ano de 2001. Decadência afastada.

Tendo a instância ordinária limitado a discussão da questão sobre a possível decadência, o feito deve retornar à origem para apreciação do mérito.

*Recurso parcialmente provido. (RESP 660363 / CE; RECURSO ESPECIAL 2004 / 0063171-3, Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, T5 – QUINTA TURMA, DJ 09.05.2005 P.467. (grifo nosso)*

**Ementa:** RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR. MANDADO DE SEGURANÇA. REVISÃO DE PROVENTOS. **DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA AFASTADA. LEI 9784/99. ENTENDIMENTO PRESTIGIADO PELA CORTE ESPECIAL. RETORNO DOS AUTOS PARA APRECIÇÃO DO MÉRITO.**

Considerando que a revisão dos proventos do impetrante data de 1995, antes da vigência da Lei 9784 / 99, quando “a Administração podia rever seus atos a qualquer tempo” (nos termos do entendimento prestigiado pela Corte Especial deste Tribunal), afasta-se a decadência na hipótese dos autos.

Recurso parcialmente provido com o retorno do feito à instância ordinária para apreciação do mérito da impetração. (RESP 517920 / SE; RECURSO ESPECIAL Nº 2003/0043077-0, relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, T5 – QUINTA TURMA, DJ 09.05.2005 P.453) (grifo nosso)

Logo, se o próprio STJ modificou seu errôneo entendimento sobre a retroatividade do art. 54, da Lei nº9.784 / 99, operou-se o desaparecimento do fundamento que sustentava as deliberações da CEI.

Destarte, o instituto da decadência ( art.54, da Lei nº 9.784 /99 ) não pode servir de motivo para anular a Portaria Conjunta nº 122 e deferir os requerimento dos ora interessados.

Então, a Portaria Conjunta nº 112 permanece perfeita e regular, não havendo vício capaz de ensejar a sua anulação.

Antes, porém, da decisão da autoridade competente sobre esses pedidos de anulação do ato que cassou as anistias desses ex-empregados da CODESP, torna-se imprescindível o pronunciamento do Advogado-Geral da União, para que, na forma do art. 4º, XI, dirima a controvérsia existente entre este Órgão de Execução da AGU com a CEI e, por conseguinte, garanta a correta aplicação da lei, fixando a interpretação adequada aplicável aos pedidos de anistia contidos nos aludidos 195 dossiês.

### III

Do exposto, este Órgão de Execução da Advocacia-Geral da União ( art. 2º, II, “b”, da LC-73 / 93), por seu Advogado da União infrafirmado, entende que a decadência de que trata o art. 54, da Lei nº 9.784/99, não se operou, pois não se pode utilizar como termo *a quo* do prazo decadencial o Comunicado da Diretoria da área Administrativa da empresa, divulgado na Se~]ap 3, do DOU de 07/11/94; e, por conseguinte, a Portaria Conjunta nº 122/00 permanece intacta.

Outrossim, recomenda-se a adoção das seguintes providências:

I) expedição de ofício ao Advogado-Geral da União, anexos e de cópia dos presentes autos, declarando o entendimento desta CONJUR e solicitando a resolução da controvérsia estabelecida entre este Órgão com a CEI;

II) envio de ofício à CEI, com cópia deste parecer, informando que a AGU apreciará a divergência de entendimento com esta CONJUR; e

III) expedição de memorando à SE comunicando a divergência de interpretação entre esta CONJUR e aquela CEI,

bem como a recomendação de sobrestamento do feito, até o pronunciamento final da AGU.

É o parecer.

Brasília/DF, 10 de junho de 2005.

**CÉSAR DO VALE KIRSCH**

Advogado da União

**DESPACHO**

De acordo. À Consideração da Exma. Sra. Consultora Jurídica.

Brasília/DF, 13 de junho de 2005.

**PAULO HENRIQUE KUHN**

Advogado da União

Coordenador-Geral de Legislação e Jurisprudência

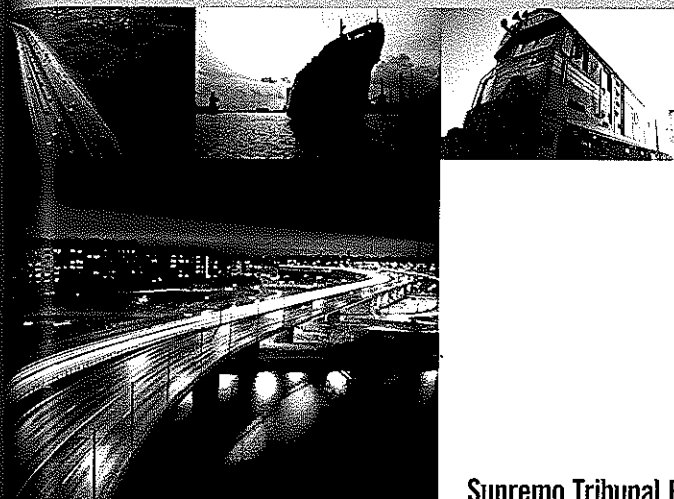
**DESPACHO nº 569/GAB/CPNJUR/AGU/MT**

Aprovo o Parecer nº 225/2005/AGU/MT/CONJUR/CGLJ pelos seus próprios fundamentos e determino a expedição dos ofícios e memorando supramencionados.

Brasília/DF, 13 de junho de 2005.

**RAFAEL MAGALHÃES FURTADO**

Advogado da União, respondendo pela Consultoria Jurídica



**Supremo Tribunal Federal**

## **Lei Orçamentária - Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico. Artigo 177, § 4º, da Constituição Federal.**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.925-8  
DISTRITO FEDERAL**

**RELATORA ORIGINÁRIA: MIN. ELLEN GRACIE**

Relator para o Acórdão: Min. Marco Aurélio

Requerente(s): Confederação Nacional do Transporte - CNT

Advogado(as): Luiz Alberto Bettiol e Outros(as)

Requerido(as): Presidente da República

Requerido(as): Congresso Nacional

**PROCESSO OBJETIVO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORÇAMENTÁRIA.** Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta.

**LEI ORÇAMENTÁRIA - CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E DERIVADOS, GÁS NATURAL E DERIVADOS DE ÁLCOOL COMBUSTÍVEL - CIDE - DESTINAÇÃO - ARTIGO 177, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária nº 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no § 4º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas "a", "b" e "c" do inciso II do citado parágrafo.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer da ação, vencida a ministra Ellen Gracie, relatora. Plenário, 11.12.2003.

O Tribunal, por maioria de votos, julgou procedente em parte a ação para dar interpretação conforme a Constituição, no sentido de que a abertura de crédito suplementar deve ser destinada às três finalidades enumeradas no artigo 177, § 4º, inciso II, alíneas "a", "b" e "c", da Carta Federal, vencidos os ministros Ellen Gracie, relatora, Joaquim Barbosa, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence.

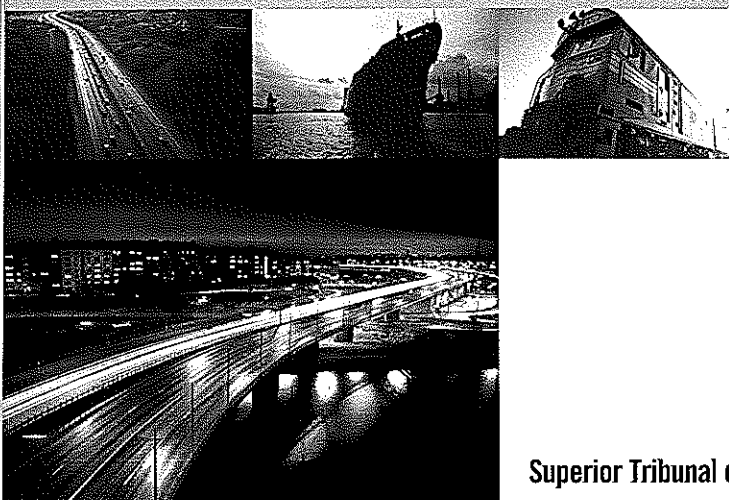
Brasília, 19 de dezembro de 2003.

**MAURÍCIO CORRÊA**

Presidente

**MARCO AURÉLIO**

Redator para Acórdão



**Superior Tribunal de Justiça**

## **Concessão de Serviço Público. Rodovia. Exigência de Tarifa (Pedágio) pela prestação do serviço concedido que prescinde, salvo expressa determinação legal, da existência de igual serviço prestado gratuitamente pelo Poder Público.**

**RECURSO ESPECIAL Nº 417.804-PR (2002/0018047-0)**

Recorrente: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná - DER/PR

Procurador: Samuel Machado de Miranda e Outros

Recorrente: Rodovias Integradas do Paraná S/A

Advogado: Romeu Felipe Bacellar Filho

Recorrente: Estado do Paraná

Advogado: Márcia Dieguez Leuzinger e Outros

Recorrente: União

Recorrente: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER

Repr.por: União

Recorrido: Ministério Público Federal

Procurador: Domingos Sávio Tenório de Amorim e Outros

Recorrido: União

Recorrido: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER

### **RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):**

Cuida-se de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal em face da União, do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), do Estado do Paraná, do

Departamento de Estradas de Rodagem (DER) do Estado e de Rodovias Integradas do Paraná S/A (VIAPAR), visando à sustação da cobrança de pedágio na rodovia BR-369, no trecho situado entre os Municípios de Cascavel e Ubatã, PR, cuja praça de cobrança está localizada no Município de Corbélia, PR, bem assim à devolução dos valores já recebidos a esse título, enquanto não se disponibilize aos usuários via alternativa gratuita. Segundo o Autor, diante da inexistência de via alternativa, a cobrança do pedágio ofende o direito à livre locomoção. Foi concedida em parte a liminar (fls. 648-657). O juiz de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, para determinar aos réus que se abstenham de exigir o pedágio no trecho situado entre os Municípios de Cascavel e Ubatã, PR, "enquanto não oferecida via alternativa aos usuários da rodovia ou enquanto não estabelecidas isenções específicas às pessoas de baixa renda" (fl. 1017), cominando multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) para a hipótese de descumprimento da decisão. O TRF da 4ª Região deu provimento à apelação do Ministério Público e negou provimento às apelações dos réus, condenando-os à "devolução dos valores cobrados a título de pedágio, cabendo aos prejudicados proceder à liquidação e execução da sentença, na forma do art. 97 do CDC" (fl. 1532). Alinhou, para isso, as seguintes razões principais: (a) o Ministério Público tem legitimidade para a tutela dos interesses difusos (direito de ir e vir) e dos direitos individuais homogêneos (disponibilização de via alternativa) em debate na presente

ação; (b) é viável, no âmbito da ação civil pública, o exame da constitucionalidade da exigência do pedágio; (c) a sentença de primeiro grau não é *extra* ou *ultra petita*, contendo ainda fundamentação suficiente à decisão da controvérsia; (d) não restou comprovada nos autos a existência de outra ação com idênticos pedido e causa de pedir, razão pela qual deve ser afastada a alegação de litispendência; (e) "quando não há presença de via alternativa para o trânsito dos veículos, impossibilitando desta forma que a população de menor poder aquisitivo se locomova sem o pagamento do pedágio, fica prejudicado o seu direito de livre locomoção, como no caso em questão" (fl. 1528); (f) por restringir também a circulação de riquezas, a cobrança do pedágio ofende o direito de todos os usuários da BR-369, independentemente de sua condição econômica; (g) por força do art. 5º, II, da Constituição Federal, "os brasileiros e estrangeiros residentes no país só podem ser compelidos a usufruir de um determinado serviço público se esta compulsoriedade resultar de uma lei, formal e materialmente constitucional" (fl. 1532). Foram parcialmente providos os embargos de declaração, para fazer constar do dispositivo do acórdão da apelação o provimento *parcial* do apelo do autor e para "substituir no voto (fl. 1532) a expressão 'inconstitucional' por 'ilegalidade'" (fl. 1620), anotando o TRF que (a) "em momento algum mencionou-se, no acórdão hostilizado, o reconhecimento da indigitada inconstitucionalidade", mas "procedeu-se, isto sim, o exame da matéria controvertida à luz da legislação infraconstitucional sob o enfoque do Texto Maior", razão pela qual é despidendo o procedimento previsto pelo art. 481 da Lei Adjetiva" (fls. 1616-1617); (b) o art. 9º, § 1º, da Lei 8.987/95, segundo o qual "*somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança [da tarifa] poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário*", é de "restrita aplicação, não isentando a Administração Pública (concedente do serviço) de disponibilizar via alternativa gratuita" (fl. 1617).

Contra esse acórdão dirigem-se cinco recursos especiais. No primeiro (fls. 1630-1669), Rodovias Integradas do Estado do Paraná S/A, com amparo nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 3º e 301, V, e 460 do CPC, e negativa de vigência à Lei 8.987/95, aduzindo, em suma, que (a) o Ministério Público não tem legitimidade para a presente ação, em que não se busca tutelar direitos difusos, e sim direitos individuais homogêneos, disponíveis, em relação aos quais há clara identificação dos sujeitos, e que são, sob o aspecto

objetivo, divisíveis, podendo ser satisfeitos ou lesados de forma individualizada; (b) a despeito de terem sido indicadas diversas ações idênticas à presente, ajuizadas também pelo Ministério Público, o TRF deixou de reconhecer a configuração de litispendência; (c) "a decisão prolatada em favor do autor/recorrido tem natureza diversa da pedida, condenando-se os réus em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado" (fl. 1649); (d) a exigência do pedágio ampara-se em contrato de concessão para execução de obra e prestação de serviços, precedido de concorrência internacional, celebrado entre a recorrente e o Estado do Paraná; (e) o art. 9º, § 1º, da Lei 8.987/95 afasta a exigência de que exista serviço público alternativo e gratuito para autorizar a cobrança de tarifa que remunere o serviço prestado pela concessionária, salvo expressa determinação legal; (f) são inaplicáveis ao caso as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Indica julgados do TJ/RS em que se decidiu pela desnecessidade de disponibilização de rodovia alternativa, para a cobrança do pedágio.

No segundo (fls. 1887-1897), fundado nas alíneas *a* e *c*, o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná aponta, além de dissídio pretoriano, ofensa ao art. 9º, § 1º, da Lei 8.987/95, afirmando que somente nos casos expressamente previstos em lei a cobrança do pedágio poderá ser condicionada à oferta ao usuário de serviço público alternativo gratuito. O terceiro recurso (fls. 1900-1906), oferecido pelo Estado do Paraná, baseia-se nas alíneas *a* e *c* da previsão constitucional, indicando, ao lado do dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 535, II, e 334 do CPC, sob alegação, em síntese, de que (a) é nulo o acórdão que julgou os embargos de declaração, por ter deixado de sanar as nulidade apontadas pelo ora recorrente; (b) "o acórdão recorrido atribuiu, com base em notícia divulgada em jornal, notoriedade às condições de precariedade das estradas de rodagem do Paraná, (...) conferindo notoriedade a fato que não possui tal atributo" (fl. 1905). Pede a anulação do acórdão do TRF.

No quarto apelo (fls. 1924-1944), o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, com fulcro na alínea *a*, indica ofensa aos arts. 1º e 5º da Lei 9.277/96, 267, VI, do CPC, 9º, § 1º, da Lei 8.987/95, aduzindo, essencialmente, que (a) é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação, por haver delegado ao Estado do Paraná, com base na autorização da Lei 9.277/96, a administração do trecho de rodovia federal em que está instalado o pedágio; (b) nos termos do art. 5º da Lei 9.277/96, a União somente pode





destinar recursos financeiros à conservação de rodovias que não estejam sob a responsabilidade de concessionários; (c) não há, no caso concreto, exigência de oferta de via alternativa; (d) dispõe o art. 150 da CF que, *"sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público"*; (e) o uso dos bens públicos pode ser gratuito ou remunerado.

Por fim, o quinto recurso especial (fls. 1963-1983), interposto pela União, reproduz aquele apresentado pelo DNER.

O Ministério Público Federal apresentou contra-razões, pedindo a confirmação do julgado (fls. 2011-2030).

É o relatório.

#### RECURSO ESPECIAL Nº 417.804 - PR (2002/0018047-0)

##### EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA (CF, ART. 129, III, E LEI 8.078/90, ARTS. 81 E 82, I). CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RODOVIA. EXIGÊNCIA DE TARIFA (PEDÁGIO) PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONCEDIDO QUE PRESCINDE, SALVO EXPRESSA DETERMINAÇÃO LEGAL, DA EXISTÊNCIA DE IGUAL SERVIÇO PRESTADO GRATUITAMENTE PELO PODER PÚBLICO.

1. O Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública ou coletiva, não apenas em defesa de direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também de seus direitos individuais homogêneos, nomeadamente de serviços públicos, quando a lesão deles, visualizada em sua dimensão coletiva, pode comprometer interesses sociais relevantes. Aplicação dos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal, e 81 e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor.

2. A Constituição Federal autorizou a cobrança de pedágio em rodovias conservadas pelo Poder Público, inobstante a limitação de tráfego que tal cobrança acarreta. Nos termos do seu art. 150: *"... é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela*

*utilização de vias conservadas pelo Poder Público"*. Assim, a contrapartida de oferecimento de via alternativa gratuita como condição para a cobrança daquela tarifa não pode ser considerada exigência constitucional.

3. A exigência, ademais, não está prevista em lei ordinária, nomeadamente na Lei 8.987/95, que regulamenta a concessão e permissão de serviços públicos. Pelo contrário, nos termos do seu art. 9º, parágrafo primeiro, introduzido pela Lei 9.648/98, *"a tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário."*

4. Recurso especial do Estado do Paraná conhecido em parte e improvido; recurso especial de VIAPAR S/A conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido; recursos especiais do DNER e da União conhecidos em parte e, nessa parte, providos; e recurso especial do DER conhecido e provido.

##### VOTO

##### O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. Não pode ser conhecido o recurso especial de VIAPAR com relação ao tema da litispendência, porque sobre a norma do dispositivo apontado como violado (art. 301, IV, do CPC) não emitiu qualquer juízo o acórdão recorrido, faltando-lhe, pois, o indispensável prequestionamento. Tampouco pode ser conhecido quanto à questão do julgamento *extra* ou *ultra petita*, porque não há, nas razões recursais, a necessária indicação circunstanciada da forma como teria sido ofendido pelo acórdão do TRF o art. 460 do CPC.

Não merece igualmente ser conhecido, pela alínea c da previsão constitucional, o recurso especial apresentado pelo Estado do Paraná, diante da falta da demonstração analítica da divergência jurisprudencial invocada, na forma preconizada pelos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ. Tampouco merece ser conhecido quanto à alegação de afronta ao art. 334 do CPC, porque sobre a norma aí inserta não emitiu qualquer juízo o Tribunal *a quo*, faltando-lhe, assim, o requisito do prequestionamento.

Finalmente, é inviável o conhecimento dos recursos especiais do DNER e da União na parte em que sustentam a ilegitimidade desta última para a demanda, porque sobre os comandos dos arts. 1º e 5º da Lei 9.277/96 e 267, VI, do CPC não se pronunciou o acórdão do Tribunal *a quo*, carecendo

os dispositivos, portanto, do necessário prequestionamento.

2. Inexiste nulidade do acórdão recorrido por ter deixado de se manifestar sobre as questões suscitadas pelo ora recorrente em seus embargos de declaração (relativas ao conflito entre os direitos constitucionais à vida e à segurança, de um lado, e à liberdade de ir e vir e de escolha, de outro, e à ofensa à norma do art. 334 do CPC, por haver baseado sua conclusão em notícia veiculada em jornal). Isso porque não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta (RESP 388.549/RN, 1ª Turma, Min. Garcia Vieira, DJ de 06.02.2002; RESP 484.642/SP, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 18.03.2003; RESP 487.634/DF, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 18.03.2003; RESP 454.232/MG, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 15.10.2002; RESP 311.929/PB, 1ª Turma, Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 07.02.2002).

No caso concreto, o acórdão do TRF decidiu fundamentadamente sobre as questões postas à sua apreciação, razão pela qual não há cogitar de negativa de prestação jurisdicional.

3. O Ministério Público tem legitimidade para propor ações civis públicas em defesa de direitos coletivos e difusos (CF, art. 129, III), inclusive de consumidores. A Lei 8.078/80 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor) o legitima também, de modo expresso, a tutelar seus direitos individuais homogêneos (art. 82, I), ainda que disponíveis. Para que se possa fazer juízo sobre a compatibilidade dessa norma de legitimação com as funções institucionais do órgão legitimado, especialmente a do art. 127 da CF, é importante ter presente a forma de sua atuação em juízo, segundo as especiais características da demanda coletiva disciplinada naquele Código. Trata-se de ação promovida em regime de substituição processual, vale dizer, "proposta em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores" (art. 91). Os titulares do direito não são sequer indicados ou qualificados individualmente na petição inicial, mas simplesmente chamados por edital a intervir como litisconsortes, se assim o desejarem (art. 94). É que o objeto da ação, na sua fase cognitiva inicial, mais que obter a satisfação do direito pessoal e individual de cada consumidor, consiste em obter o reconhecimento da responsabilidade do demandado pelas consequências do ato lesivo, em sua integralidade.

É importante assinalar esse detalhe: os objetivos

perseguidos na ação coletiva são visualizados, não propriamente pela ótica individual e pessoal de cada prejudicado, e sim pela perspectiva global, coletiva, impessoal, levando em consideração a ação lesiva do causador do dano em sua dimensão integral. Isso fica bem claro no dispositivo que trata da sentença, objeto final da fase de conhecimento: "em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados" (art. 95). A condenação genérica, acentue-se, fixará "a responsabilidade do réu pelos danos causados" e não os prejuízos específicos e individuais dos lesados. Caberá aos próprios titulares do direito, depois, promover a ação de cumprimento da sentença genérica, compreendendo a liquidação e a execução pelo dano individualmente sofrido (art. 97).

Pois bem, é neste contexto que se insere a legitimação do Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado. A ele, a quem a lei já conferira o poder-dever para, na condição de interveniente (*custos legis*) oficial em todas as causas "em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte" (CPC, art. 82, III), a Constituição veio atribuir, entre outras, a incumbência mais específica de defender "interesses sociais" (CF, art. 127), sem traçar qualquer condição ou limite processual a essa atribuição. "Interesses sociais", como consta da Constituição, e "interesse público", como está no art. 82, III, do CPC, são expressões com significado substancialmente equivalente. Poder-se-ia, genericamente, defini-los como "interesses cuja tutela, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico, é julgada como oportuna para o progresso material e moral da sociedade a cujo ordenamento jurídico corresponde", como o fez J. J. Calmon de Passos, referindo-se a interesses públicos ("Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do CPC", *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 268, p. 55). Relacionam-se assim, com situações, fatos, atos, bens e valores que, de alguma forma, concorrem para preservar a organização e o funcionamento da comunidade jurídica e politicamente considerada, ou para atender suas necessidades de bem-estar e desenvolvimento.

É claro que estas definições não exaurem o conteúdo da expressão "interesses sociais". Não obstante, são suficientes para os limites da conclusão que, por ora, se busca atingir, a saber: a proteção coletiva dos consumidores constitui não apenas interesse individual do próprio lesado, mas interesse da sociedade como um todo. Realmente, é a própria Constituição que estabelece que a defesa dos consumidores



é princípio fundamental da atividade econômica (CF, art. 170, V), razão pela qual deve ser promovida, inclusive pelo Estado, em forma obrigatória (CF, art. 5º, XXXII). Não se trata, obviamente, da proteção individual, pessoal, particular, deste ou daquele consumidor lesado, mas da proteção coletiva, considerada em sua dimensão comunitária e impessoal.

Compreendida a cláusula constitucional dos interesses sociais (art. 127) nessa dimensão, não será difícil concluir que nela pode ser inserida a legitimação do Ministério Público para a defesa de "direitos individuais homogêneos" dos consumidores, o que dá base de legitimidade ao art. 82, I da 8.078/90, especialmente quando se considera o modo como esta legitimação vai se operar processualmente: (a) em forma de substituição processual, (b) pautada pelo trato impessoal e coletivo dos direitos subjetivos lesados e (c) em busca de uma sentença condenatória genérica.

No caso específico, em que se busca tutela dos consumidores, em face da cobrança de tarifa de pedágio por serviço público concedido, caracteriza-se situação de interesse social, apta a legitimar a propositura de demanda pelo Ministério Público.

4. No mérito, é improcedente o pedido para que seja sustada a cobrança de pedágio enquanto não oferecida ao usuário via alternativa gratuita para trafegar. Trata-se de exigência não estabelecida nem na lei e nem na Constituição. É certo que a referida cobrança importa forma de limitar o tráfego de pessoas. Todavia, essa mesma limitação, e em grau ainda mais severo, se verifica quando, por insuficiência de recursos, o Estado não constrói rodovias ou não conserva adequadamente as que existem, impondo aos usuários percursos mais longos ou desgastes e avarias em seus veículos. Consciente dessa realidade, a Constituição Federal autorizou a cobrança de pedágio em rodovias conservadas pelo Poder Público, inobstante a limitação de tráfego que tal cobrança acarreta. Diz a Constituição, em seu art. 150: "... é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público".

Assim, a contrapartida de oferecimento de via alternativa gratuita como condição para a cobrança de pedágio não pode ser considerada exigência constitucional. Ela, ademais, não está prevista em lei ordinária. A Lei 8.987/95, que regulamenta a concessão e permissão de serviços públicos, nunca impôs tal exigência. Pelo contrário, nos termos do seu art. 9º, parágrafo primeiro, (introduzido pela Lei 9.648/98), "a tarifa

não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário."

Não se desconhece a polêmica a respeito do tema, anterior ao advento da Lei 9.648/98. De acordo com Flávio Amaral Garcia, a questão a respeito da obrigatoriedade ou não da existência de via alternativa gratuita para que se possa cobrar pedágio nas rodovias concedidas é "problemática que decorre da linha de pensamento (...) segundo a qual a inexistência de via alternativa obsta o exercício do direito fundamental de ir e vir", e ainda da consideração de que é necessária a via alternativa "para descaracterizar a compulsoriedade do pedágio e, assim, a *contrario sensu*, enquadrá-lo como tarifa e não como taxa" (*Regulação Jurídica das Rodovias Concedidas*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2004, p.158). No sentido deste último argumento chegou a se pronunciar o STF, na apreciação da Medida Cautelar na ADIN 800/RS, Pleno, DJ de 18.12.1992.

Outro argumento invocado prendia-se à interpretação do art. 7º, III, da Lei 8.987/95, que, em sua redação original, dispunha que "sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: (...) III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente", norma da qual se procurou "extrair (...) a inteligência de que só poderia haver concessão remunerada se houvesse alternativa do serviço sem ônus para o usuário" (*Concessão de Serviços Públicos - Comentários às Leis 8.987 e 9.074 (Parte Geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.05.1998*, Malheiros Editores, São Paulo: 1998, p. 45).

A esse respeito, tem razão aquele autor quando sustenta, com apoio em Antônio Carlos Cintra do Amaral, que a expressão legal "liberdade de escolha" referia-se à possibilidade de opção pelo usuário entre serviços prestados em regime de competição, estando diretamente vinculada à noção de não-exclusividade da concessão. E "mesmo esta liberdade de escolha entre os prestadores de serviço somente seria admissível para os serviços públicos que comportassem exploração em regime de competição. Os setores de infraestrutura, tais como portos, rodovias, redes de energia elétrica, como dito, por serem monopólios naturais, já que os elevados custos acarretam a inviabilidade da entrada de outros concorrentes naqueles mercados" (*op. cit.*, p. 161). Essa, aliás, a razão pela qual, sendo a regra a da não-exclusividade (Lei 8.987/95, art. 16: "A outorga de concessão ou permissão

não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei”) faculta a Lei, nos casos nela mencionados, sua atribuição com caráter exclusivo. Assim, prossegue o autor, “havendo possibilidade legal de se atribuir exclusividade na prestação dos serviços públicos (como é o caso dos monopólios naturais), a liberdade de escolha a que se referia a norma citada se limitaria à utilização ou não do serviço, conforme bem anotaram EURICO DE ANDRADE AZEVEDO e MARIA LÚCIA MAZZEI DE ALENCAR: ‘Como a regra, agora, é a da concessão sem exclusividade (art. 16), o usuário teria sempre a liberdade de escolha entre os vários prestadores de serviço público (linhas de ônibus, por exemplo). Todavia, havendo exclusividade na sua prestação, a liberdade de escolha do usuário ficaria restrita à utilização ou não do serviço’” (*op. cit.*, p. 160). Não fosse assim, “se por *liberdade de escolha* se entendesse, no caso de concessão de rodovia, a possibilidade de optar por uma via alternativa de livre trânsito, gratuita, ter-se-ia que entender que, para se cobrar tarifa pela prestação de serviço público de telecomunicações, água e esgoto, energia ou gás canalizado, seria necessária a existência de um serviço público de telecomunicações, água e esgoto, energia ou gás canalizado prestado gratuitamente pelo Poder Público, o que seria inconcebível.” (Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Decisões e Pareceres Jurídicos sobre Pedágio*, ABCR, São Paulo, 2002, p. 31).

Essa forma de interpretação é a que melhor atende à necessária compatibilidade da lei com a Constituição, que, como se disse, autorizou a cobrança de pedágio ainda que isso pudesse importar limitação ao tráfego de pessoas e de bens. De qualquer modo, hoje a polêmica ficou superada com a clara disposição do art. 9º, parágrafo primeiro, da Lei 8.987/95 (introduzido pela Lei 9.648/98), cuja constitucionalidade não está questionada.

5. Pelas razões expostas, conheço parcialmente do recurso especial do Estado do Paraná e, nessa parte, nego-lhe provimento; conheço parcialmente do recurso especial de VIAPAR S/A, e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento; conheço parcialmente dos recursos especiais do DNER e da União e, nessa parte, dou-lhes provimento; e dou provimento ao recurso especial do DER, para julgar improcedente o pedido. É o voto.

Superior Tribunal de Justiça

## Permissão de serviço público. Transporte coletivo. Ausência de licitação. Violação à Constituição e à Lei n.º 8.987/95. Inexistência de direito à indenização.

RECURSO ESPECIAL Nº 303.217 - MG (2001/0015166-3)

**Relator:** Ministro Franciulli Netto

**Recorrente:** Betânia Ônibus Ltda e Outros

**Advogado:** Carlos Mário da Silva Velloso Filho e Outros

**Recorrido:** Estado de Minas Gerais

**Procurador:** Robson Lucas da Silva e Outros

**Recorrido:** Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - DER/MG

**Advogado:** Fernando Antônio Silveira Rodrigues e Outros

**Recorrido:** Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte - BHTRANS

**Advogado:** José Guilherme Villela e Outros

**Recorrido:** Município de Belo Horizonte

**Advogada:** Cristiana Rodrigues Gontijo e Outros

### EMENTA

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO E À LEI N. 8.987/95. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À INDENIZAÇÃO.

Sobreleva notar que, ao tribunal toca decidir a matéria impugnada e devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, e tampouco destina-se a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia observada a *res in iudicium deducta*.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 175, I, estabelece que *"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"*. Na mesma esteira, a Lei nº 8.987/95 impõe a realização de licitação para a ocorrência de permissão.

Na hipótese em exame, independentemente da natureza da permissão (condicionada ou não), inexistente direito à indenização, porque a exigência legal de realização de licitação não foi cumprida.

A assinatura do termo de permissão inicial em período anterior à Constituição Federal não gera qualquer direito ao equilíbrio econômico financeiro, uma vez que a licitação era obrigatória também naquela época. *"O princípio da isonomia, por si só, independe de qualquer norma, obriga a Administração a valer-se do procedimento da licitação e ao estabelecer esta obrigatoriedade erige a própria licitação em princípio, pois mesmo na ausência de normas específicas, está*



a Administração obrigada a utilizar-se de procedimentos licitatórios (RDP 88/85)" (Adilson Abreu Dallari).

Apenas a título de argumentação, saliente-se que o artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/95, assim como o artigo 55, II, "d", do Decreto-lei nº 2.300/86 e 59 da Lei nº 8.666/93, aplicam-se somente às concessões de serviço público, e não às permissões. E, ainda que a hipótese dos autos cuidasse de contrato de concessão, tampouco teriam as recorrentes direito à indenização pretendida, porque a realização de prévia licitação seria obrigatória, seja antes ou após a vigência da Constituição Federal de 1988.

Recurso especial não provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente os Drs. Sérgio Carvalho, pelos recorrentes, e José Guilherme Villela, pela Empresa de Transportes, e Trânsito de Belo Horizonte - BHTRANS

Brasília (DF), 26 de agosto de 2003. (Data do Julgamento)

**MINISTRO FRANCIULLI NETTO**

Relator

**RECURSO ESPECIAL Nº 303.217 - MG (2001/0015166-3)**

## RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO FRANCIULLI NETTO (Relator):**

Betânia Ônibus Ltda., Viação Rio Branco e Expresso Radar Ltda., permissionárias do Serviço de Transporte Coletivo da Região Metropolitana de Belo Horizonte, ajuizaram ação ordinária contra o Estado de Minas Gerais, o DER/MG -

Departamento de Estrada de Rodagem do Estado de Minas Gerais, a BHTRANS - Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte S.A. e a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, para requererem indenização por prejuízos que alegam ter sofrido entre abril de 1990 e junho de 1995, além de perdas e danos correspondentes à depreciação da empresa, devido aos reajustes das tarifas em bases inferiores aos aumentos de seus custos.

O r. Juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido. Entendeu, em síntese, que *"a permissão, por ser precária, não dá direito ao particular contra a Administração Pública"* (fl. 1319) e que na permissão *"a precariedade é ínsita do ato de outorga; o particular que recebe a permissão já sabe que ela é dada a título precário e pode ser revogada a qualquer momento pela Administração, o que afasta o direito de o permissionário opor-se à revogação e de pleitear qualquer tipo de compensação pecuniária"* (fl. 1320).

Diante desse desfecho, as autoras interpuseram recurso de apelação, ao qual o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais negou provimento, ao fundamento, em síntese, de que, *"em se tratando de permissão de serviço público, não se há aplicar o princípio da equivalência e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, visto não se tratar de um contrato propriamente dito, mas de ato unilateral e discricionário da Administração"* (fl. 1452).

Irresignadas, opuseram embargos de declaração, rejeitados pelo Tribunal *a quo* sob a alegação de que, *"inexistindo a omissão e o erro material alegados, rejeitam-se os embargos de declaração, os quais só podem ser utilizados com o fim de prequestionamento em caráter excepcional, quando manifesto o equívoco e inexistir no sistema legal outro recurso para a correção do erro porventura cometido"* (fl. 1469).

Em recurso especial interposto com base na alínea "a" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, Betânia Ônibus Ltda., Viação Rio Branco e Expresso Radar Ltda. apontam ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil. Sustentam, também, ofensa aos artigos 55, II, "d", e § 6º do Decreto-lei n. 2.300, 9º, § 2º e 4º, 10 e 40, parágrafo único, da Lei n. 8.987/95, devido à *"inaplicabilidade do princípio do equilíbrio financeiro à permissão do serviço de transporte coletivo urbano de passageiros"* (fl. 1518).

É o relatório.



## VOTO

## O EXMO. SR. MINISTRO FRANCIULLI NETTO (Relator):

No tocante à alegada violação ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil, o recurso não logra perspectiva de êxito, uma vez que não há nos autos qualquer omissão, contradição ou obscuridade, pois o egrégio Tribunal *a quo* apreciou toda a matéria recursal devolvida.

Sobreleva notar que, ao tribunal toca decidir a matéria impugnada e devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, e tampouco destina-se a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia observada a *res in iudicium deducta*.

Emerge dos autos que as autoras firmaram, em 1986, com base no Regulamento do Serviço Regular de Transporte Coletivo de Passageiros por Ônibus da Região Metropolitana de Belo Horizonte, Termos de Permissão com Metrobel (sucédida por Transmetro e, posteriormente, pelo DER/MG), prorrogados sem licitação desde 1990.

Requerem, nesse sentido, receber indenização por prejuízos que alegam ter sofrido entre abril de 1990 e junho de 1995, além de perdas e danos correspondentes à depreciação da empresa, devido aos reajustes das tarifas em bases inferiores aos aumentos de seus custos, de forma a ocasionar o desequilíbrio econômico-financeiro do ajuste firmado.

Celso Antônio Bandeira de Mello define a permissão de serviço público como o *"ato unilateral e precário, intuitu personae, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários. Dita outorga se faz por licitação (art. 175 da Constituição Federal) e pode ser gratuita ou onerosa"* (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 681).

Hely Lopes Meirelles, por outro lado, denomina de permissão condicionada aquela em que, diversamente da permissão comum, *"as condições e prazos devem ser respeitados pela Administração que os instituiu."* (Direito Administrativo Brasileiro, 26ª edição atualizada por Eurico de

Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, São Paulo, 2001, p. 373).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 175, I, estabelece que *"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"*.

Na mesma esteira, a Lei n. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, impõe a realização de licitação para a ocorrência de permissão. *In casu*, foram inicialmente firmados termos de permissão condicionada, com a fixação de prazos de vigência e obrigações bilaterais, posteriormente prorrogada ilegalmente, devido à ausência da necessária licitação. No entanto, na hipótese em exame, independentemente da natureza da permissão (condicionada ou não), inexistente direito à indenização, porque a exigência legal de realização de licitação não foi cumprida.

Por outro lado, cumpre ressaltar que o termo inicial, prorrogado irregularmente em 1990, foi firmado antes da Constituição Federal, no ano de 1986. Tal fato, no entanto, não gera qualquer direito ao equilíbrio econômico financeiro, uma vez que não havia dispositivo legal que dispensasse a licitação à Administração Pública. Nesse sentido, sustenta Adilson Abreu Dallari que a licitação era obrigatória também no período anterior à Constituição de 1988:

*"O princípio da isonomia, por si só, independe de qualquer norma, obriga a Administração a valer-se do procedimento da licitação e ao estabelecer esta obrigatoriedade erige a própria licitação em princípio, pois mesmo na ausência de normas específicas, está a Administração obrigada a utilizar-se de procedimentos licitatórios (RDP 88/85)"* (vide cópia de parecer do Ministério Público do Estado de Minas Gerais acostada aos autos - fl. 1.391).

Mais a mais, como bem salientou à ilustre Ministra Eliana Calmon, ao julgar matéria similar à dos autos (REsp n. 400.007/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 07.04.2003), *"não se pode aceitar, contra texto expresso da Lei Maior, prevalência de situação fática em nome do direito adquirido, mesmo em se tratando de permissão a termo, ou condicional. Afinal, 'rasga' a Constituição a ordem jurídica por inteiro, visto que devem as normas infraconstitucionais ajustarem-se a um novo modelo jurídico, sem espaço sequer para o direito adquirido"*

se ainda não estiver sido incorporado os resultados". A ementa do referido julgado restou assim redigida:

*"ADMINISTRATIVO - SERVIÇO DE TRANSPORTE - NATUREZA JURÍDICA - REAJUSTE DE TARIFAS.*

1. A relação jurídica que se estabeleceu entre as empresas de transporte e o Estado de Minas Gerais intitulou-se, tecnicamente, de permissão/concessão.

2. A Constituição Federal de 1988 alterou profundamente o regime das permissões, passando a exigir, como já o fazia para as concessões, a prévia licitação.

3. Mesmo tendo em comum a prévia licitação, a permissão permanece como precária e alterável por iniciativa da Administração, enquanto a concessão garante a revisão de cláusulas.

4. Permissão outorgada antes da Carta de 88 que não enseja possibilidade de revisão de preço das tarifas, prática só autorizada para as concessões - Precedentes desta Corte (REsp 410.367/MG e REsp 403.905/MG).

5. Recurso especial improvido".

Apenas a título de argumentação, saliente-se que o artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/95, assim como o artigo 55, II, "d", do Decreto-lei n. 2.300/86 e 59 da Lei n. 8.666/93, aplicam-se somente às concessões de serviço público, e não às permissões. E, ainda que a hipótese dos autos cuidasse de contrato de concessão, tampouco teriam as recorrentes direito à indenização pretendida, porque a realização de prévia licitação seria obrigatória, seja antes ou após a vigência da Constituição Federal de 1988 (a esse respeito, vide o seguinte precedente da egrégia Primeira Turma, da relatoria do Ministro José Delgado: REsp n. 403.905/MG, DJ de 06/05/2002).

A respeito do tema, o seguinte julgado do egrégio Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro Octávio Galotti:

*"Exploração de transporte urbano, por meio de linha de ônibus. Necessidade de previa 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" (RE nº 140.989/RJ, DJ de 27.08.93).*

Para rematar, somente pode-se cuidar de enriquecimento sem causa ou ilícito, nas hipóteses em que o eventual indigitado beneficiário não estava abrigado pelo Direito. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

**Ministro FRANCIULLI NETTO**

Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO**

**SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2001/0015166-3 **RESP 303217 / MG**

Número Origem: 1376516 971068135

PAUTA: 21/08/2003

JULGADO: 26/08/2003

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FRANCIULLI NETTO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FRANCIULLI NETTO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ EDUARDO DE SANTANA**

Secretária

Bela. **BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE: **BETÂNIA ÔNIBUS LTDA E OUTROS**

ADVOGADO: **CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO FILHO E OUTROS**

RECORRIDO: **ESTADO DE MINAS GERAIS**

PROCURADOR: **ROBSON LUCAS DA SILVA E OUTROS**

RECORRIDO: **DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE MINAS GERAIS - DER/MG**

ADVOGADO: **FERNANDO ANTÔNIO SILVEIRA RODRIGUES E OUTROS**

RECORRIDO: **EMPRESA DE TRANSPORTES E TRÂNSITO DE BELO HORIZONTE - BHTRANS**

ADVOGADO: **JOSÉ GUILHERME VILLELA E OUTROS**

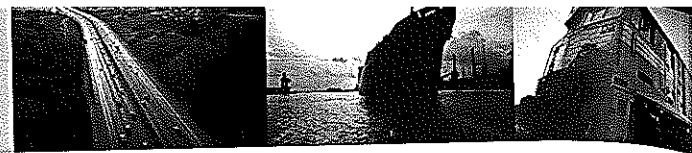
RECORRIDO: **MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE**

ADVOGADA: **CRISTIANA RODRIGUES GONTIJO E OUTROS**

ASSUNTO: Administrativo - Ato - Permissão

**SUSTENTAÇÃO ORAL**

Sustentaram oralmente os Drs. Sérgio Carvalho, pelos recorrentes, e José Guilherme Villela, pela Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte - BHTRANS.



## **CERTIDÃO**

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 26 de agosto de 2003

**BÁRDIA TUPY VIEIRA FONSECA**

Secretária

Tribunal Regional Federal da 1ª Região

## Portaria Interministerial nº 273/2004. Aplicabilidade.

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 2005.01.00.066991-0/AM

Relator: Desembargador Federal - Presidente

Requerente: Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT

Procurador: Júlio Cesar Ferreira Pereira

Requerido: Juízo Federal da 2ª Vara – AM

Autor: Ministério Público Federal

1. O Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNI requer, com fundamento no art. 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, suspensão dos efeitos da tutela antecipada concedida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, nos autos da ação civil pública n. 2005.32.00.005731-4, para determinar (fls. 179 193):

1. *A suspensão imediata de todos os efeitos dos contratos assinados a partir do processo licitatório relacionado ao Edital nº 299/2004-00, com a consequente paralisação imediata dos trabalhos a eles relativos e da cessação dos pagamentos e repasses de recursos públicos às empresas vencedoras do certame em epígrafe, porque eivado de indícios de fortes irregularidades;*

2. *A elaboração pelo DNIT no prazo de 60 (sessenta) dias do Relatório Ambiental Preliminar, que deverá ser submetido ao IBAMA para fins de licenciamento ambiental para a execução das obras na rodovia BR-319, de modo que se cumpram dispositivos inserto na Lei de Licitações;*

3. *A apresentação de cópia autêntica dos instrumentos dos*

*contratos celebrados, bem como cópia dos autos referentes aos processos licitatórios correspondentes ao Edital n. 299/2004-00 e, ainda, a indicação dos recursos repassados, a qualquer título, às empresas vencedoras dessa licitação, com identificação das quantias e individualização dos recebedores dos dinheiros públicos.*

*Outrossim, comino multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a incidir no caso de descumprimento desta ordem e pela qual devem responder pessoalmente os agentes públicos que hoje respondem pela Administração do DNIT, na forma autorizada pelo art. 14, parágrafo único do CPC.*

2. A requerente alega que a antecipação de tutela ora impugnada afronta decisão desta Presidência, que suspendeu liminar proferida em medida cautelar preparatória da aludida ação civil pública, com idêntico objeto e fundamento. Afirmar ser incabível tutela antecipada em ação civil pública, de ofício e contra o disposto no § 9º do artigo 4º da Lei n. 8.437-92, o qual prevê expressamente que “a suspensão concedida por presidente de tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação principal”.

3. Ressalta a necessidade de avanço das obras de recuperação da BR-319 até o final deste ano, aproveitando o período de sol, que se estende até novembro, diante do iminente período das chuvas, que poderão romper totalmente os trechos que necessitam da restauração. Acrescenta que a paralisação das obras traz como consequência o grave risco de isolamento de dois importantes municípios do Estado do Amazonas: Careiro Castanho e Humaitá, além de ser a rodovia em questão a única via de ligação entre a capital amazonense e Porto Velho, em Rondônia.





4. alega, ainda: a) grave lesão à ordem pública, consubstanciada no *"devido exercício das funções administrativas pelas autoridades constituídas, bem como à normal execução dos serviços públicos"* de transportes, abastecimento de alimentos, saúde, comunicação; b) grave lesão à segurança pública, pelo risco constante de acidentes que ameaçam a integridade física e a vida dos usuários da BR-319, como demonstram as fotografias juntadas aos autos, com rompimento de pontes e presença de buracos e crateras que invadem ambas as pistas; c) grave lesão à economia pública, porquanto a restauração da rodovia permitirá a integração social da região com transporte de passageiros e carga entre os Estados da Amazônia Ocidental. A paralisação acarretará perda dos investimentos realizados com a contratação da empresa vencedora da licitação, que já iniciou os serviços; d) grave lesão à saúde pública, visto que o isolamento dos Municípios de Humaitá e Careiro Castanho dificultará o acesso da população local a centros de saúde mais bem equipados, especialmente em casos de emergência, que necessitem de deslocamento rápido e imediato, além das dificuldades de abastecimento de medicamentos na região.

5. No mérito, sustenta: a) a plausibilidade do direito invocado em decorrência da Portaria n. 273, editada pelos Ministérios do Meio Ambiente e dos Transportes, que define regras para atividades de manutenção, conservação e restauração de rodovias já pavimentadas, independentemente de estudo prévio, como no caso em questão; b) a alegação de eventual superfaturamento de obras não é causa de pedir na ação cautelar e na ação civil pública. Assim, o magistrado de primeiro grau teria violado o princípio da inércia da jurisdição e incorreu em julgamento *extra petita*; c) o Tribunal de Contas da União permitiu a continuidade das obras.

6. O Ministério Público Federal opinou pela manutenção dos efeitos da decisão, em face da necessidade de estudo prévio de impacto ambiental e para evitar irregularidades na licitação.

Decido.

7. Não cabe na via estreita da suspensão de segurança examinar, em profundidade, questões formais e de mérito, uma vez que o pedido sempre fica limitado a aspectos de natureza política, ou seja, existência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

8. Quanto à paralisação das obras de recuperação da rodovia BR-319, pela ausência de licenciamento ambiental, esta Presidência, em 1º de setembro de 2005, já apreciou a questão nos seguintes termos:

9. Como se sabe, em suspensão de segurança não se examinam questões processuais ou de mérito da legalidade da decisão impugnada, salvo a hipótese de, na confrontação desta com os conceitos de ordem, segurança, saúde e economia públicas, resultar evidente que seu cumprimento acarretará grave lesão a qualquer desses bens jurídicos. Permite-se breve exame, quando for indispensável ao reconhecimento da plausibilidade jurídica.

10. O Ministério Público Federal ajuizou na Seção Judiciária do Amazonas ação cautelar para "obter provimento jurisdicional em defesa do meio ambiente; a fim de IMPEDIR, ou, conforme o estado de fato, SUSPENDER o início das obras de recuperação da BR-319 antes da expedição da competente licença ambiental". A liminar foi deferida, por entender que o não cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, previsto na Portaria Interministerial nº 273/2004 (arts. 3º e 4º) antes do início da recuperação, acarretaria grave lesão ao meio ambiente. Convém transcrever trecho da decisão:

*"Ora, a Portaria Ministerial excepcionalmente dispensa do licenciamento ambiental prévio, mas não exonera a autoridade pública de celebrar Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, com a finalidade de garantir que as obras sejam executadas dentro dos padrões mínimos da norma ambiental.*

*Não cabe à autoridade administrativa se furtar de cumprir, ao menos, os preceitos da Portaria Interministerial e optar por eleger o meio que entende serem aplicáveis ao caso vertente. Ainda que se entenda louvável a adoção de outras medidas com vistas a mitigar danos ao meio ambiente in casu, devem ser tidas como "medidas paralelas", mas que não dispensam a autoridade administrativa de adequar a sua conduta aos ditames da Portaria Interministerial.*

*Nesse ponto, há que se destacar, mesmo em sede de Juízo perfunctório, que a Portaria Interministerial nº 273/2004, com seus preceitos atenuantes das exigências legais, tem incidência questionável no caso que se cuida da Rodovia BR-319, já que a referida estrada não se encontra pavimentada, nem se trata a obra de simples recuperação ou manutenção, mas sim de construção trechos rodoviários, conforme resta explicitado no Anexo VI da Lei n. 11.100/2005 (Lei Orçamentária Anual de 2005), bem como no Aviso nº 655-SGSTCU/2005, que encaminha ao Congresso Nacional cópia do Acórdão n. 656, proferido pelo Plenário do TCU na Sessão Ordinária de 25/05/05".*

11. A Portaria Interministerial nº 273/2004, que criou diretrizes para o Programa Nacional de Regularização Ambiental de Rodovias Federais, "com o objetivo de adequar



a malha rodoviária federal pavimentada às normas ambientais, compatibilizando-a com a necessidade de sua conservação, manutenção, restauração e melhoria permanentes (art. 1º), estabelece:

*"Art. 3º. O Ministério dos Transportes apresentará ao Ministério do Meio Ambiente, no prazo de até 360 (trezentos e sessenta) dias, contados da Publicação desta Portaria, levantamento da situação ambiental, mediante a realização de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta, com força de título executivo extrajudicial..."*

*"Art. 5º. Nas rodovias pavimentadas ficam autorizadas as atividades de manutenção, conservação e restauração, nos termos do art. 2º da presente Portaria".*

*"Art. 6º. As obras de ampliação da capacidade de rodovias pavimentadas já iniciadas, especificadas no art. 2º, inciso IV da presente Portaria, que não possuem licenciamento ambiental, somente poderão ter continuidade após a celebração de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta."*

12. Da análise dos dispositivos, tem-se que, exceto no que se refere à ampliação (art. 6º), foram autorizadas as atividades de manutenção, conservação e restauração nas rodovias pavimentadas (5º). Os documentos juntados aos autos (fls. 69 a 95) comprovam que, embora alguns trechos da rodovia se encontrem intrafegáveis, a BR-319 é estrada antiga, já pavimentada, o que afasta a exigência de formalização do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC.

13. Resta saber se existe ou não possibilidade de dano irreparável ao meio ambiente. A Rodovia BR-319 liga Manaus a Porto Velho e teve a construção concluída em 1977, com 877,4 quilômetros de extensão. Portanto, lesão já houve ao meio ambiente e consolidou-se com a construção da rodovia, tendo em vista o impacto causado à flora e à fauna da região com desmatamento da floresta para abertura da estrada. Não efetuar os trabalhos de recuperação acarreta a possibilidade de lesão à segurança pública, consistente no risco à vida dos usuários, diante da probabilidade de graves acidentes. Há também lesão à economia pública, decorrente do prejuízo financeiro ao erário, pois o requerente contratou empresas, com deslocamento de máquinas para o local, além de lesão à ordem administrativa, porque interfere na execução regular dos serviços públicos de transporte.

14. Ora, na ponderação dos danos, o prejuízo causado pela não recuperação da rodovia sobreleva o possível prejuízo sofrido pelo meio ambiente já impactado com as obras de

construção. O parâmetro de avaliação deve ser o homem. Como afirmei, no agravo regimental na suspensão de segurança n. 2005.01.00.003290-7/GO, a busca pela excelência nas condições ambientais tem como finalidade o aperfeiçoamento da qualidade de vida humana. Assim, na avaliação dos efeitos danosos, protege-se o bem maior, que é a vida. Impedir a recuperação, dificultará ou tornará impossível o acesso da população aos centros de desenvolvimento locais, em busca de tratamento médico, educação e oportunidade de vida melhor. A esse respeito, transcrevo trecho de voto proferido pela eminente Dês. Federal Selenia Matia de Almeida, proferido no mandado de segurança n. 2005.01.00.003093-4:

*"ainda que se tenha por dever observar o regramento ambiental, o administrador deve ter em mente que o meio ambiente equilibrado e preservado tem como objetivo proporcionar melhor qualidade de vida possível aos habitantes da terra, com a possibilidade de aproveitamento dos potenciais mediante sua utilização racional com a minimização de risco para a população".*

15. Em face do exposto, defiro o pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida na medida cautelar nº 2005.32.00.004906-7. (SS 2005.01.00.058570-7.)

9. O fato novo a ser examinado refere-se à paralisação da obra e "cessação dos pagamentos e repasses de recursos públicos às empresas vencedoras do certame", como consequência da suspensão dos contratos assinados, "a partir do processo licitatório relacionado ao Edital nº 299/200-00", por supostas irregularidades na licitação, tais como desatendimento às exigências constitucionais e legais sobre a preservação do meio ambiente e indícios de superfaturamento de preços na contratação das obras de recuperação da rodovia BR-319. A decisão que antecipou a tutela entendeu que, "além dos vícios suscitados pelo MPF, o próprio Tribunal de Contas da União detectou indícios de irregularidades relacionadas a superfaturamento de preços na contratação das obras de recuperação/reabertura da rodovia BR-319".

10. Contudo, como se vê dos autos, às fls. 256 a 259, a Corte de Contas, em sessão de 31 de agosto de 2005, decidiu: VISTOS, relatados e discutidos estes autos de relatório de auditoria realizada pela Secex/AM no âmbito do Fiscobras 2001, nas obras de construção de estrada de rodagem integrante do corredor oeste-norte, mais especificamente, do trecho compreendido entre os quilômetros 166 e 877 da BR-319.



ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator em:

9.1. comunicar à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional que:

9.1. por meio de comunicação expedida a partir do Acórdão 957/2004 – Plenário, esta Corte informou terem sido saneadas as falhas detectadas no trecho do km 655,7 ao km 877,4 da Rodovia BR-319, o que permitiria, portanto, a continuidade das obras relativas a esse trecho;

9.1.2. por meio da comunicação expedida a partir do Acórdão 656/2005 – Plenário, este Tribunal informou terem sido igualmente saneadas as falhas relacionadas ao trecho do km 166 ao km 370, da mesma rodovia, que estaria também liberado para continuidade das respectivas obras;

9.1.3. as contratações das empresa encarregadas de elaborar projetos executivos relativos ao trecho do km 370 ao 655,7 da Rodovia BR-319/AM foram efetuadas, mas, vez que detectados indícios de irregularidades nessas contratações, este Tribunal não recomenda a continuidade das obras relativas a esse trecho;

9.1.4. os indícios de irregularidades relativos a essas contratações passarão a ser apreciados no TC 006.070 / 2005-3, Fiscobras-2005, a partir do qual serão remetidas novas comunicações a respeito do trecho sob análise;

9.2. encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do relatório da proposta de deliberação, ao Ministro de Estado dos Transportes e ao Diretor-Geral do DNIT, para conhecimento;

9.3. juntar os presente autos, após encerrado, ao TC 006.070/ 2005-3 – Fiscobras-2005, em cujo âmbito passarão a ser analisadas as questões relativas às obras de construção da BR-329, trecho do km 370 ao 655,7.

11. O processo n. 006.070/2005-3 está em aberto ( fls. 260 a 262 ), mas, observa-se que apenas o trecho do km 370 ao 655,7 da Rodovia BR-319/AM está pendente de autorização do Tribunal de Contas da União para prosseguimento das obras, até que sejam analisados indícios de irregularidades na contratação de empresa encarregada de elaborar os projetos executivos. Não há porque paralisar a totalidade das obras, sob pena de acarretar grave lesão à segurança e à economia pública, objeto de decisão na suspensão de segurança n. 2005.01.00.058570-7.

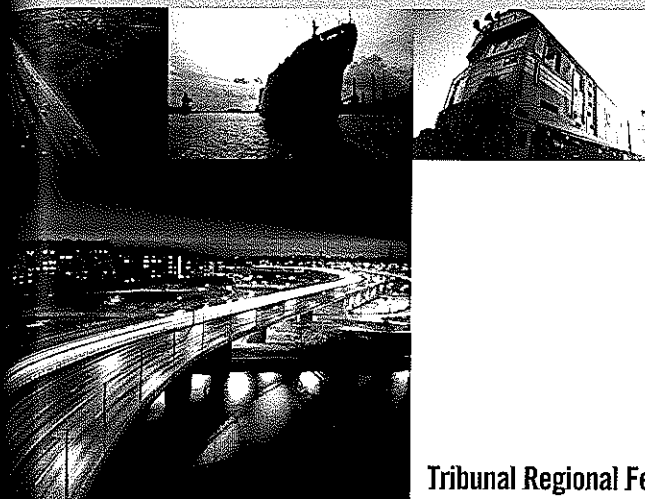
12. Em face do exposto, suspendo, em parte, os efeitos da decisão prolatada nos autos da ação civil pública n.

2005.32.00.005731-4, para que se restrinja ao trecho do km 370 ao 655,7 da Rodovia BR-319/AM, de sorte que não prejudique a continuidade das obras referentes aos trechos do km 166 ao km 370 e do km 655,7 ao km 877,4, liberados pelo Tribunal de Contas da União.

Comuniquem-se. Intimem-se. Publique-se.

Brasília, 17 de novembro de 2005.

Des. Federal **ALOÍSIO PALMEIRA LIMA**  
Presidente



## Portaria Interministerial nº 273/2004. Aplicabilidade.

### SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Nº 2005.01.00.058570-7/AM

Relator: Desembargador Federal - Presidente

Requerente: Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT

Procurador: Júlio Cesar Ferreira Pereira

Requerido: Juízo Federal da 2ª Vara – AM

Autor: Ministério Público Federal

1. O Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNI requer, com fundamento no art. 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, suspensão dos efeitos da liminar deferida pela MMª. Juíza Federal substituta da 2ª Vara da Seção Judiciária do Amazonas, nos autos da ação cautelar n. 2005.32.00.004906-7, para *“que seja sustado o início das obras de recuperação da rodovia BR-319 ou, seja já iniciadas, que sejam suspensas as obras, enquanto não for comprovada perante o Juízo a realização dos estudos de impacto ambiental e de celebração de termo de compromisso de ajustamento de conduta, nos moldes da Lei n. 10.683/2003, da Lei n. 6.938/81 e da Portaria Interministerial nº 273/2004”* (fls. 53 a 4).

2. Ressalta a urgência da execução das obras da rodovia, tendo em vista que o início do período de chuvas, em novembro vindouro, que impedirá qualquer trabalho de recuperação até o mês de julho do próximo ano, com agravamento das condições da estrada, em face do alto índice pluviométrico na região. Com isso, os Municípios de Careiro Castanho e Humaitá, que têm como único acesso a Manaus e

Porto Velho a Rodovia BR-319, poderão ficar totalmente isolados e seus habitantes impedidos de se deslocar para o trabalho, escolas e centros de saúde, o que redundará em grave lesão social.

3. Alega que a liminar ora impugnada acarreta: a) lesão à ordem administrativa, que se entende como *“o devido exercício das funções administrativas pelas autoridades constituídas, bem como a normal execução do serviço público”* de transporte consistente em obras de recuperação de rodovia; b) lesão à segurança pública, decorrente do iminente risco à integridade física e à vida dos usuários; c) lesão à economia, em face dos reflexos negativos no desenvolvimento da região, ao impedir a integração da rodovia com a hidrovia do rio Madeira para a formação de um sistema de cargas e passageiros, além da perda dos investimentos realizados pelo erário na execução do contrato, que inclui mão-de-obra e deslocamento de máquinas; d) risco de lesão à saúde pública, pela dificuldade de acesso aos serviços de proteção à saúde.

4. Sustenta aplicação do art. 5º da Portaria nº 273/2004 à BR-319, uma vez que se trata de estrada pavimentada, diversamente da decisão impugnada. Assevera, também, a desnecessidade de prévio levantamento da situação ambiental e celebração do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta – TAC entre o DNIT e o IBAMA, visto que as obras na Rodovia BR-319 se inserem na hipótese do artigo 5º da referida Portaria, que estabelece regra de exceção.

5. Aduz que retomada da obra não acarretará nenhum impacto ambiental que já não tenha sido absorvido. Assim,



a manutenção da decisão *"poderá se transformar em perigoso precedente a nortear futuras decisões judiciais com relação às demais rodovias pavimentadas do País, o que fatalmente levará ao caos do sistema de transporte rodoviário nacional"*.

6. Ouvido, o Ministério Público Federal opina pela realização de estudo prévios de impacto ambiental e pela competência do IBAMA para conceder licenciamento ambiental em terras indígenas, unidade de conservação de domínio da União ou para a realização de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental desenvolvido em dois ou mais Estados.

7. E continua: *"ainda que se admitisse ser o caso de mera recuperação, a Portaria em comento prevê a necessidade de levantamento da situação ambiental das rodovias e celebração de termos de ajustamento de conduta (arts. 3º e 4º - Procedimento Administrativo fls. 125)"*. Acrescenta *"foi assinado um Convênio, em março de 2005, para avaliar a situação ambiental da Rodovia BR-319, com a fundação de Apoio Institucional Rio Solimões – UNI-SOL (Procedimento Administrativo fls. 101/110)"*, e conclui: *"Ocorre que a avaliação não está pronta!!! Ou seja, ainda que a Portaria fosse aplicável ao caso, a norma ambiental não estaria sendo observada"*.

8. Opina, assim, pela manutenção da medida liminar. Decido.

9. Como se sabe, em suspensão de segurança não se examinam questões processuais ou de mérito da legalidade da decisão impugnada, salvo a hipótese de, na confrontação desta com os conceitos de ordem, segurança, saúde e economia públicas, resultar evidente que seu cumprimento acarretará grave lesão a qualquer desses bens jurídicos. Permite-se breve exame, quando for indispensável ao reconhecimento da plausibilidade jurídica.

10. O Ministério Público Federal ajuizou na Seção Judiciária do Amazonas ação cautelar para *"obter provimento jurisdicional em defesa do meio ambiente, a fim de IMPEDIR ou, conforme o estado de fato, SUSPENDER o início das obras de recuperação da BR-319 antes da expedição da competente licença ambiental"*. A liminar foi deferida, por entender que o não cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, previsto na Portaria Interministerial nº 273/2004 (arts. 3º e 4º) antes do início da recuperação, acarretaria grave lesão

ao meio ambiente. Convém transcrever trecho da decisão.

*"Ora, a Portaria Ministerial excepcionalmente dispensa do licenciamento ambiental prévio, mas não exonera a autoridade pública de celebrar Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, com a finalidade de garantir que as obras sejam executadas dentro dos padrões mínimos da norma ambiental."*

*"Não cabe à autoridade administrativa se furtar de cumprir, ao menos, os preceitos da Portaria Interministerial e optar por eleger os meios que entende serem aplicáveis ao caso vertente. Ainda que se entenda louvável a adoção de outras medidas com vistas a mitigar danos ao meio ambiente, in casu, devem ser tidas como "medidas paralelas", mas que não dispensam a autoridade administrativa de adequar a sua conduta aos ditames da Portaria Interministerial."*

Nesse ponto, há que se destacar, mesmo em sede de Juízo perfunctório, que a Portaria Interministerial nº 273/2004, com seus preceitos atenuadores das exigências legais, tem incidência questionável no caso em que se cuida da Rodovia BR-319, já que a referida estrada não se encontra pavimentada, nem se trata a obra de simples recuperação ou manutenção mas sim de construção de trechos rodoviários, conforme resta explicitado no Anexo VI da Lei n. 11.100/2005 (Lei Orçamentária Anual de 2005), bem como no Aviso nº 655-SGSTCU/2005, que encaminha ao Congresso Nacional cópia do Acórdão nº 656, proferido pelo Plenário do TCU na Sessão Ordinária de 25/05/05".

11. A Portaria Interministerial n. 273/2204, que criou diretrizes para o Programa Nacional de Regularização Ambiental de Rodovias Federais, *"com o objetivo de adequar a malha rodoviária federal pavimentada às normas ambientais, compatibilizando-a com a necessidade de sua conservação, manutenção, restauração e melhoria permanentes"* (art.1º) estabelece:

*"Art. 3º. O Ministério dos Transportes apresentará ao Ministério do Meio Ambiente, no prazo de até 360 (trezentos e sessenta) dias, contados da Publicação desta Portaria, levantamento da situação ambiental, mediante a realização de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta, com força de título executivo extrajudicial..."*

*"Art. 5º. Nas rodovias pavimentadas ficam autorizadas as atividades de manutenção, conservação e restauração, nos termos do art. 2º da presente Portaria"*.

*"Art. 6º. As obras de ampliação da capacidade de rodovias*

*pavimentadas já iniciadas, especificadas no art. 2º, inciso IV da presente Portaria, que não possuem licenciamento ambiental, somente poderão ter continuidade após a celebração de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta”.*

12. Da análise dos dispositivos, tem-se que, exceto no que refere à ampliação (art. 6º), foram autorizadas as atividades de manutenção, conservação e restauração nas rodovias pavimentadas (5º). Os documentos juntados aos autos (fls. 69/85) comprovam que, embora alguns trechos da rodovia se encontrem intrafegáveis, a BR-319 é estrada antiga, já pavimentada, o que afasta a exigência de formalização do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC.

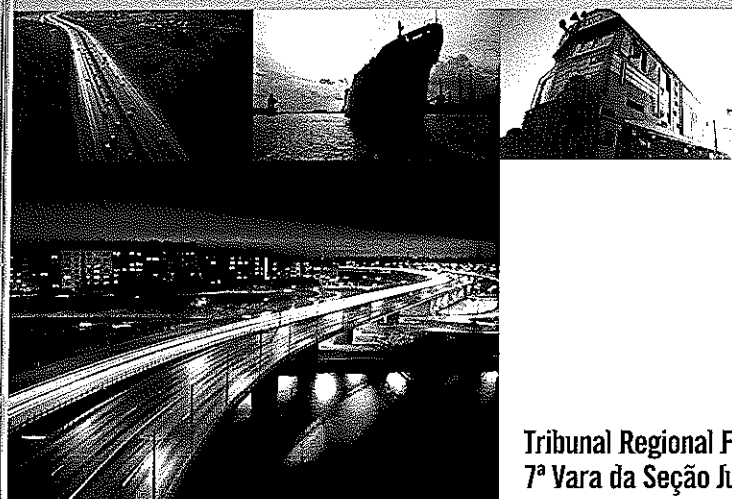
13. Resta saber se existe ou não possibilidade de dano irreparável ao meio ambiente. A Rodovia BR-319 liga Manaus a Porto Velho e teve a construção concluída em 1977, com 877,4 quilômetros de extensão. Portanto, lesão já houve ao meio ambiente e consolidou-se com a construção da rodovia, tendo em vista o impacto causado à flora e à fauna da região com desmatamento da floresta para a abertura da estrada. Não efetuar trabalhos de recuperação acarreta a possibilidade de lesão à segurança pública, consistente no risco à vida dos usuários diante da probabilidade de graves acidentes. Há também lesão à economia pública, decorrente do prejuízo financeiro ao erário, pois o requerente contratou empresas, com deslocamento de máquinas para o local, além de lesão à ordem administrativa, porque interfere na execução regular dos serviços públicos de transporte.

14. Ora, na ponderação dos danos, o prejuízo causado pela não recuperação da rodovia sobreleva o possível prejuízo sofrido pelo meio ambiente já impactado com as obras de construção. O parâmetro de avaliação deve ser o homem. Como afirmei, no agravo regimental na suspensão de segurança n. 2005.01.00.003290-7/GO, a busca pela excelência nas condições ambientais tem como finalidade o aperfeiçoamento da qualidade de vida humana. Assim, na avaliação dos efeitos danosos, protege-se o bem maior, que é a vida. Impedir a recuperação dificultará ou tornará impossível o acesso da população aos centros desenvolvimento locais, em busca de tratamento médico, educação e oportunidade vida melhor. A esse respeito, transcrevo trecho de voto proferido pela eminente Des. Federal Selene Maria de Almeida, proferido no mandado de segurança n. 2005.01.00.003093-4:

*“ainda que se tenha por dever observar o regramento ambiental, o administrador deve ter em mente que o meio ambiente equilibrado e preservado tem como objetivo proporcionar melhor qualidade de vida possível aos habitantes da terra, com a possibilidade de aproveitamento dos potenciais mediante sua utilização racional com a minimização de riscos para a população”.*

15. Em face do exposto, defiro o pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida na medida cautelar n. 2005.32.00.004906-7.

16. Intimem-se. Publique-se.



## Jurisprudência

Tribunal Regional Federal da 1ª Região  
7ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal

# Programa emergencial de trafegabilidade e segurança nas estradas.

## AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

PROCESSO Nº 2006.34.00.002163-0

Classe: 7100

Requerente: Ministério Público Federal

Requerido: Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes — DNIT

Juíza Federal Substituta da 7ª Vara/DF Dra. Candice Lavocat Galvão Jobim

## DECISÃO

Trata de Ação Civil Pública movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face do Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes — DNIT, com o objetivo de ver anulado o art. 3º da portaria DNIT nº 1806, de 30 de dezembro de 2005, pelo qual foi declarado estado de emergência em trechos de rodovias federais, numa extensão de 7.251,9 km, e autorizada a contratação direta de obras e serviços de recuperação, com dispensa de licitação.

Ao pedido juntou-se o requerimento de medida liminar de suspensão da eficácia do referido dispositivo, com cominação de multa diária; e de antecipação de tutela, determinando-se à autarquia que se abstenha, em síntese, de renovar contratos já firmados com terceiros com base no dispositivo sob enfoque e de promover a contratação direta de terceiros, com fundamento no art. 24, inciso IV

da Lei nº 8.666/93, salvo se (i) a situação adversa não tenha resultado de culpa da administração, (ii) exista urgência concreta e efetiva, (iii) haja risco iminente e especialmente gravoso e (iv) as obras e os serviços sejam o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente.

Sobre essas medidas cautelares foi ouvida a autarquia-ré que veio aos autos com a petição de fls. 305 a 321, alegando, em resumo, que:

a) a edição da Portaria sob enfoque foi precedida de estudo da real condição das rodovias que apontou os trechos que se acham em efetivo estado emergencial, necessitando de pronta recuperação sob pena de danos irreparáveis à segurança e integridade públicas;

b) a recuperação de vários dos trechos contemplados pela referida Portaria foi imposta à autarquia por efeito de decisões judiciais prolatadas em ações civis públicas que lhe foram movidas pelo próprio Ministério Público Federal;

c) foram também relacionados no referido ato vários trechos de rodovias deixadas ao abandono pelos Estados aos quais sua administração foi transferida pela MP nº 82/2002;

d) foram, por igual, considerados outros meios, cuja recuperação foi considerada como de caráter emergencial pelo TCU.

Alegou, mais, a autarquia que a concessão da liminar pretendida, com a conseqüente paralisação, suspensão ou sustação das obras, causará danos irreparáveis a todos aqueles que utilizam as rodovias federais nos trechos críticos objetos



de decretação de emergência, trazendo-lhes risco à vida e integridade ao se exporem ao tráfego nos trechos objetos das obras de emergência.

### É o relatório. DECIDIDO.

Nessa fase de exame preliminar, tenho por ponderáveis as razões expostas pela autarquia-ré, porquanto não ignorada por ninguém, neste País, a situação calamitosa em que se encontram certas partes da malha rodoviária nacional, matéria objeto de ampla exposição, quase diária, na televisão e nos jornais, acompanhada de notícias graves de acidentes, com consideráveis perdas materiais e, principalmente, de vidas humanas, que vêm ocorrendo com muita frequência nos últimos meses, notadamente após o início deste período de pesadas chuvas.

É fora de dúvida que essa situação, de inegável caráter emergencial, tornou-se insuportável, justificando as medidas de urgência tomadas, ainda que permaneça sem explicação aceitável o seu retardamento por anos a fio, notadamente diante dos bilhões de reais resultantes da arrecadação da contribuição instituída pela Lei nº 10.336/2001, destinada entre outros objetivos, ao "financiamento de programas de infra-estrutura de transportes."

O desprezo que tenha sido dado pela Administração ao setor de transporte rodoviário, ainda que se possa ter por demonstrado pelos ilustres membros do Ministério Público Federal, não constitui razão suficiente para a pretendida sustação das obras de recuperação da malha federal, já iniciadas, ao que consta, em caráter de urgência, algumas delas como visto, por imposição judicial.

Certo é que o deferimento da medida cautelar pleiteada importará, na precisão lição de Marçal Justen Filho, transcrita pela autarquia-ré à fl. 307, no "*sacrifício do interesse público em consequência de desídia do administrador*".

Vindo a ser comprovado que o retardamento das medidas de recuperação das estradas acarretou prejuízos à Administração, por haver impossibilitado a contratação, a tempo e modo, das obras em referência, por preços mais vantajosos, por eles, obviamente, deverá responder o agente, ou agentes, que lhes deram causa, em ação específica, já que não foi deduzido, na inicial, pedido nesse sentido.

Ressalte-se, ainda, que da análise da Instrução de Serviço nº 1, de 5 de janeiro de 2006, do Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (fls. 30), verifica-se que a contratação direta autorizada pela Portaria nº 1.806/2005, ora hostilizada, está condicionada à existência de um

procedimento administrativo, no qual restarão documentados:

a) a existência da situação emergencial; b) a razão da escolha do fornecedor ou executante; e c) a justificativa do preço.

Indubitavelmente, todo esse procedimento permitirá o controle posterior da legalidade do atos de contratação emergencial.

Por esse motivo, e tendo em vista que a Lei de Licitações prevê o enquadramento criminal para o fato de dispensar licitação fora das hipóteses descritas em lei (art. 89 da Lei nº 8.666/93), entendo não ser necessária uma paralisação indiscriminada de todas as obras, em comprometimento da segurança de vidas humanas e de seus bens, uma vez que será possível realizar uma avaliação de cada procedimento administrativo referente a cada trecho de obra a ser realizado, para eventual responsabilização pessoal do agente público, caso haja comprovação de inexistência de emergência real a justificar a contratação direta, ou de dispêndio inútil do dinheiro público.

Tenho, ainda, como razão determinante para a não-concessão da medida liminar pleiteada o fato de a Instrução de Serviço nº 1/2006, que regulamentou a Portaria ora impugnada, estar em consonância com os objetivos da Lei nº 8.666/93, já que: a) exigiu um procedimento administrativo prévio à contratação, conforme já observado acima; b) permitiu a participação no procedimento simplificado de contratação emergencial, apenas de empresas que apresentem comprovação de regularidade fiscal e aptidão técnica (art. 1º, §1º, II, e §2º); c) estabeleceu que o preço da contratação deverá ser um valor inferior àquele obtido pela aplicação do Sistema de Custos Rodoviários – SICRO (art. 1º, I); d) previu o prazo máximo de até 180 dias para o término da execução das obras; e) autorizou a contratação direta apenas das obras necessárias ao atendimento da emergência e f) determinou, em seu art. 4º, a deflagração imediata dos procedimentos licitatórios necessários para a solução definitiva dos problemas existentes.

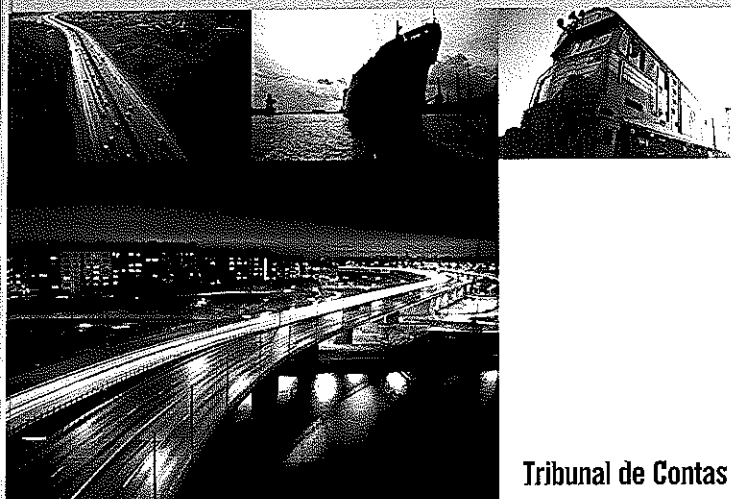
Ante as razões expostas,

Indefiro os requerimentos de medida liminar e de antecipação de tutela.

Remeter os autos para o Ministério Público e, logo após, citar o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT.

Brasília, 06 de fevereiro de 2006.

CANDICE LAVOCAT GALVÃO JOBIM  
Juíza Federal Substituta da 7ª Vara/DF



**Tribunal de Contas da União**

## **Reequilíbrio econômico-financeiro. Prestação de serviços de natureza contínua. Incremento dos custos de mão-de-obra.**

**TC 001.912/2004-8**

Natureza: Administrativo

Unidade: Tribunal de Contas da União

Interessada: Secretaria-Geral de Administração - Segedam

Advogado constituído nos autos: não atuou

### **9. Acórdão:**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela Segedam para noticiar a existência de problemas administrativos no processamento das solicitações de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua em decorrência do incremento dos custos de mão-de-obra ocasionado pela data-base de cada categoria ante o disposto no entendimento firmado pela Decisão 457/1995-Plenário;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

9.1. expedir as seguintes orientações dirigidas à Segedam:

9.1.1. permanece válido o entendimento firmado no item 8.1 da Decisão 457/1995-Plenário;

9.1.2. os incrementos dos custos de mão-de-obra ocasionados pela data-base de cada categoria profissional nos contratos de prestação de serviços de natureza contínua não se constituem em fundamento para a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro;

9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo

de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995-Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.2 da IN/Mare 18/97;

9.1.4. no caso das repactuações dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua subsequentes à primeira repactuação, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995-Plenário conta-se a partir da data da última repactuação, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2.271/97 e do item 7.1 da IN/Mare 18/97;

9.1.5. os contratos de prestação de serviços de natureza contínua admitem uma única repactuação a ser realizada no interregno mínimo de um ano, conforme estabelecem o art. 2º da Lei 10.192/2000 e o art. 5º do Decreto 2.271/97;

9.1.6. nas hipóteses previstas nos itens 9.1.3 e 9.1.4 deste Acórdão, a repactuação poderá contemplar todos os componentes de custo do contrato que tenham sofrido variação, desde que haja demonstração analítica dessa variação devidamente justificada, conforme preceitua o art. 5º do Decreto 2.271/97;

9.2. arquivar este processo.

10. Ata nº 35/2004 - Plenário

11. Data da Sessão: 6/10/2004 - Extraordinária de Caráter Reservado

12. Especificação do quórum:

12.1. Ministros presentes: Valmir Campelo (Presidente), Marcos Vinícios Vilaça, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Ubiratan Aguiar, Benjamin Zymler e os Ministros-Substitutos Augusto Sherman Cavalcanti (Relator) e Marcos Bemquerer Costa.

**VALMIR CAMPELO**

Presidente

**AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI**

Ministro-Relator

Fui presente:

**PAULO SOARES BUGARIN**

Procurador-Geral em substituição

### LEIS

✕ **5.917, de 10.9.1973** - Publicada no DOU de 12.9.1973 e Retificada no DOU de 11.12.73

Aprova o Plano Nacional de Viação e dá outras providências.

✕ **8.029, de 12.4.1990** - Publicada no DOU de 13.4.1990 e Retificada em 23.4.99

Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal, e dá outras providências. Vide texto compilado.

✕ **8.630, de 25.02.1993** - Publicada no DOU de 26.2.1993

Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (*Lei dos Portos*).

✕ **9.277, de 10.05.1996** - Publicada no DOU de 13.5.1996 e Republicada em 11.9.1997

Autoriza a União a delegar aos Municípios, Estados da Federação e ao Distrito Federal a administração e a exploração de rodovias e portos federais.

✕ **9.432, de 08.01.1997** - Publicada no DOU de 9.1.1997

Dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências.

**9.491, de 09.09.1997** - Publicada no DOU de 10.9.1997 e Republicada em 11.9.1997

Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências.

**9.784, de 29.1.1999** - Publicada no DOU de 1º.2.1999

Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

**10.233, de 5.6.2001** - Publicada no DOU de 6.6.2001

Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Mensagem de Veto nº 516.

**10.893, de 13.7.2004** - Publicada no DOU de 14.7.2004

Dispõe sobre o Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante - AFRMM e o Fundo da Marinha Mercante - FMM, e dá outras providências. Mensagem de veto.

**11.079, de 30.12.2004** - Publicada no DOU de 31.12.2004

Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Mensagem de veto.

Anexos das Leis nºs 5.917/73 e 10.233/01

## MEDIDA PROVISÓRIA

**2.217-3, de 4.9.2001** - Publicada no DOU de 5.9.2001

Altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.

**274, de 29.12.2005** - Publicada no DOU de 30.12.2005  
Exposição de Motivos

Inclui e altera dispositivos na Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973, que aprova o Plano Nacional de Viação, e dá outras providências.

## DECRETOS

**2.184, de 24.3.1997** - Publicado no DOU de 25.3.1997

Regulamenta o art. 2º da Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996, que autoriza a União a delegar aos Municípios ou Estados da Federação a exploração dos portos federais.

**2.594, de 15.5.1998** - Publicado no DOU de 18.5.1998

Regulamenta a Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, que dispõe sobre o Programa Nacional de Desestatização e dá outras providências.

**4.391, de 26.9.2002** - Publicado no DOU de 27.9.2002

Dispõe sobre arrendamento de áreas e instalações portuárias de que trata a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, cria o Programa Nacional de Arrendamento de Áreas e Instalações Portuárias, estabelece a competência para a realização dos certames licitatórios e a celebração dos contratos de arrendamento respectivos no âmbito do porto organizado, e dá outras providências.

**5.130, de 7.7.2004** - Publicado no DOU de 8.7.2004

Regulamenta o art. 40 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, e dá outras providências (*Estatuto do Idoso*).

**5.543, de 20.9.2005** - Publicado no DOU de 21.9.2005

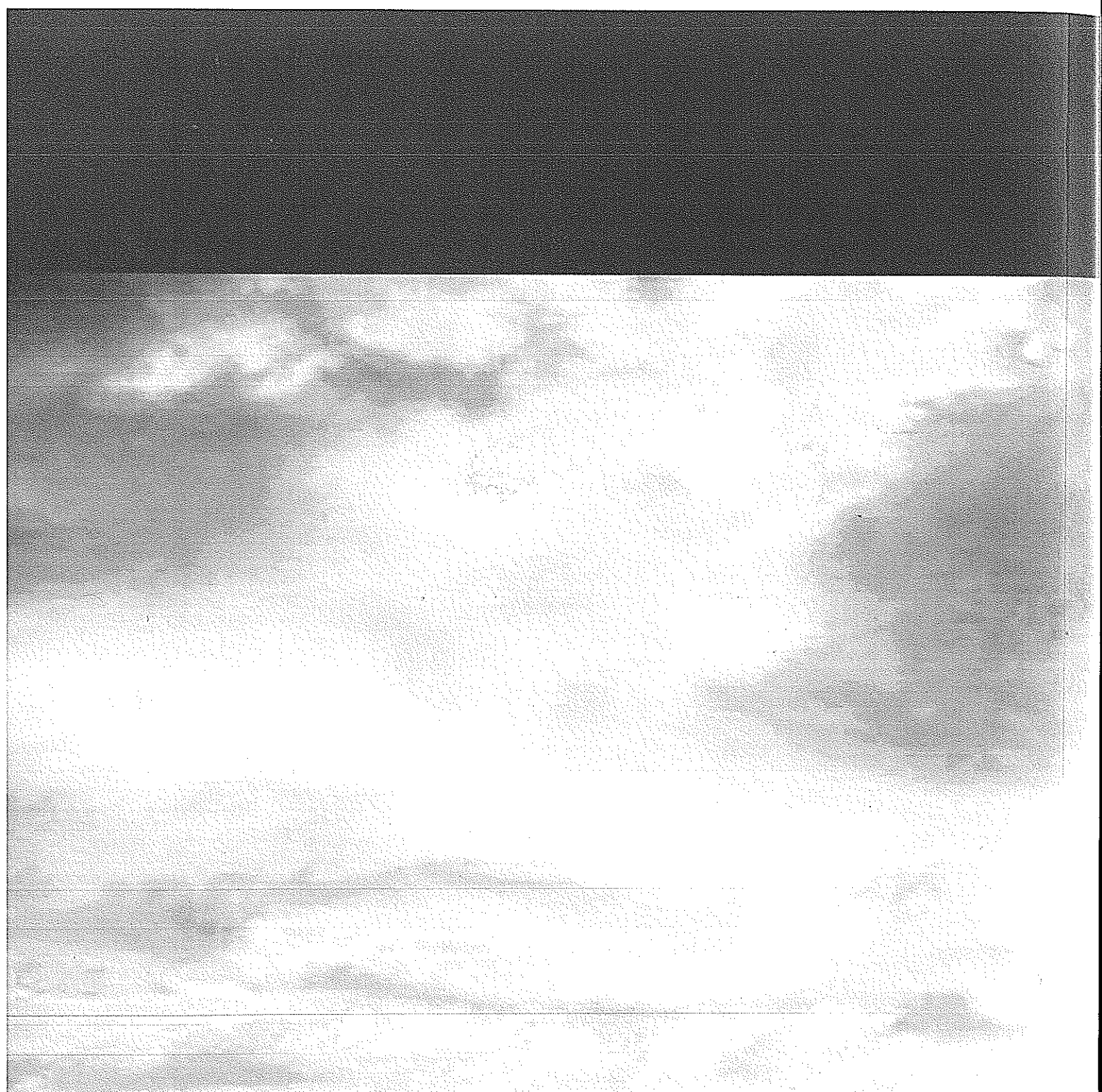
Regulamenta dispositivos da Lei nº 10.893, de 13 de julho de 2004, que dispõe sobre o Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante - AFRMM e o Fundo da

Marinha Mercante - FMM, e o art. 17 da Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997, que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário, e dá outras providências.

**5.621, de 19.12.2005** - Publicado no DOU de 19.12.2005

Regulamenta a Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973, que dispõe sobre o Plano Nacional de Viação, e dá outras providências.





Advocacia  
Geral da União

Ministério dos  
Transportes

