



REVISTA JURÍDICA MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES

V. 1 nº 2 – Junho 2007



Presidente da República

Luiz Inácio Lula da Silva

Vice-Presidente da República

José Alencar Gomes da Silva

Ministro de Estado dos Transportes

Alfredo Pereira do Nascimento

Consultora Jurídica

Yolanda Corrêa Pereira

Secretário Executivo

Paulo Sérgio Oliveira Passos

Revista Jurídica

Ministério dos Transportes

Volume 1 - Número 2 - Junho 2007

DOUTRINA
LEGISLAÇÃO
JURISPRUDÊNCIA

Brasília - 2007

Rev. Juríd. Minist. Transp.	Brasília	V.1	nº2	p. 1-116	Junho 2007
------------------------------------	-----------------	------------	------------	-----------------	-------------------



A expressão terceirização deriva do latim *tertius*, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas. No caso, essa relação poderia ser entendida como a existente entre o terceirizante e o seu cliente, sendo que o terceirizado ficaria de fora dessa relação¹³. Resulta de neologismo da palavra terceiro, tendo sido construída pela área de administração de empresas com vistas a ressaltar o processo de descentralização empresarial das atividades da empresa¹⁴.

Conceitua-se a terceirização como a forma de contratação na qual a atividade-fim da prestadora de serviço é agregada à atividade-meio da tomadora do serviço. É uma forma de parceria, na qual temos um objetivo comum que implica em mútua complementariedade. O objetivo comum diz respeito à qualidade dos serviços para colocá-los no mercado. A complementariedade significa a ajuda do terceiro para aperfeiçoar determinada situação que o terceirizador não tem condições ou não quer fazer¹⁵.

3. Atores da terceirização e características da relação de emprego

Na terceirização existem três figuras principais:
a) Trabalhador/Obreiro – que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviço. Este ator mantém seu vínculo empregatício com a empresa prestadora de serviço, apesar de laborar diretamente para o tomador do serviço;

b) Tomador de serviço – este é o beneficiário direto da força de trabalho do trabalhador ou obreiro, recebe a prestação do serviço, mas não

assume a clássica posição de empregador. Ou seja, explora a força de trabalho, porém não tem os deveres e obrigações inerentes à existência do vínculo empregatício;

c) Prestador de serviço – este é o ator que pode ser chamado de empresa terceirizada, que fornece a mão-de-obra do obreiro para o tomador de serviço e assume todas as obrigações inerentes ao vínculo empregatício¹⁶.

Teremos relação de emprego e, em decorrência, vínculo trabalhista, quando estiverem presentes elementos que podem ser visualizados na leitura conjunta do art. 2º e do art. 3º da Consolidação

das Leis do Trabalho – CLT¹⁷. Tais elementos são: a) prestação de trabalho por *pessoa física* a um tomador de serviço qualquer; b) prestação efetuada com *pessoalidade* pelo trabalhador; c) também efetuada com *não eventualidade*; d) efetuada sob subordinação ao tomador do

serviço; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade.

Na terceirização não há a presença dos elementos subordinação e pessoalidade na relação entre o tomador do serviço e o obreiro, não havendo em decorrência a formação de vínculo empregatício. Na terceirização, os elementos de pessoalidade e subordinação estão presentes na relação de emprego existente entre o obreiro e o prestador do serviço.

4. Terceirização e a visão jurisprudencial

A tímida atuação do legislador não impediu o crescimento da terceirização, em razão da

¹³ Idem.

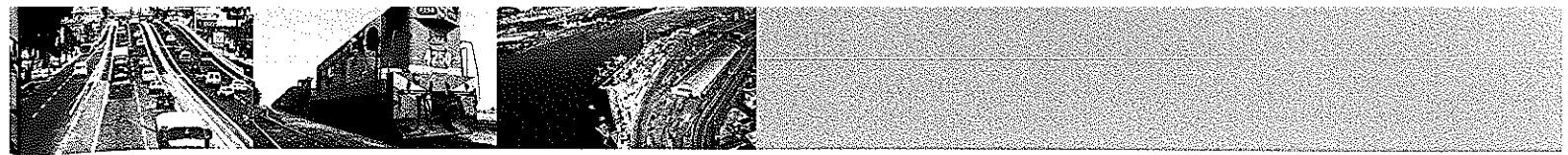
¹⁴ Delgado, Mauricio Godinho, in "Curso de Direito do Trabalho", p.428 , 5ª ed., Editora LTR.

¹⁵ Martins, Sérgio Pinto, in *A terceirização e o Direito do Trabalho*, 7ª ed, Ed. Atlas, pg 19.

¹⁶ Delgado, Mauricio Godinho, in "Curso de Direito do Trabalho", p.428 , 3ª ed., Editora LTR.

¹⁷ CLT - Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.



necessidade cada vez maior de o setor privado otimizar sua produção e reduzir custos. Isso levou os Tribunais Trabalhistas a buscar soluções para os problemas advindos da ausência de normatização da matéria.

Com objetivo de solucionar tais problemas, os Tribunais Trabalhistas muito se debruçaram sobre o tema, acarretando a edição, pelo Tribunal Superior do Trabalho, do Enunciado nº 256, que limitou as hipóteses de contratação de trabalhadores por empresa interposta, cujo teor era o seguinte:

"En.256/TST – salvo os caso previstos nas leis ns. 6.079, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador do serviço."

Assim, a terceirização seria possível somente nos casos que se enquadrasssem nas leis nº. 6.079, de 1974 e 7.102, de 1983, sob pena de reconhecimento de vínculo empregatício entre o obreiro e o tomador do serviço.

Com a necessidade cada vez maior de se alargar as hipóteses em que a terceirização seria admitida, o En.256/TST foi revisto, sendo editada a Súmula 331/TST:

Nº 331- CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE - Inciso IV alterado pela Res.
96/2000, DJ 18.09.2000

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº

7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (grifo nosso).

5. Caracterização e efeitos da terceirização

A doutrina e a jurisprudência distinguem duas formas de terceirização: a lícita e a ilícita.

a) Terceirização lícita

No Brasil, para que haja terceirização lícita, é preciso que a atividade a ser desenvolvida pela empresa prestadora de serviço não se enquadre no núcleo essencial de objetivos da empresa, podendo ocorrer somente em atividades acessórias à atividade-fim desta.

Consoante as lições de Maurício Delgado Godinho, a atividade-meio e a atividade-fim seriam assim definidas¹⁸:

"Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo dinâmico empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. Por outro lado, atividades-meio são aquelas

¹⁸ Delgado, Mauricio Godinho, in "Curso de Direito do Trabalho", p.441 , 3^a ed., Editora LTR.



funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços.” (grifo nosso).

Para que possa existir terceirização lícita, é obrigatório que não estejam presentes a pessoalidade e a subordinação direta entre o tomador do serviço e o obreiro. Ou seja, não pode o serviço ser prestado diretamente e sob as ordens do tomador do serviço e deve haver total autonomia do terceirizado. É preciso que as atividades desenvolvidas no estabelecimento da tomadora ocorram sob a direção da empresa prestadora do serviço¹⁹.

A terceirização implica uma parceria entre empresas, com a divisão de serviços e assunção por cada parte de responsabilidades próprias²⁰.

Cabe ressalvar que deve ser feita a distinção entre subordinação jurídica e subordinação técnica. A primeira ocorre em relação à prestadora de serviços, que admite, demite, transfere, dá ordens, sendo que com ela se forma o vínculo empregatício. Já a segunda não leva ao reconhecimento do vínculo, pois se dá para execução dos serviços a serem realizados, principalmente quando as atividades são desenvolvidas nas dependências do tomador do serviço²¹.

Para que se possa caracterizar a terceirização lícita é possível se valer de algumas regras, como: a) idoneidade econômica da empresa prestadora do serviço; b) assunção dos riscos pela terceirizada; c) especialização dos serviços a serem prestados; d) direção dos serviços pela própria empresa terceirizada; e) utilização do serviço, principalmente em relação à atividade-meio da empresa tomadora; f) necessidade extraordinária e temporária de serviços.

A Súmula nº 331/TST delineou bem alguns casos de terceirização, sendo casos normalmente enquadráveis como atividade-meio do tomador. Tais casos são assim elencados:

“É preciso que as atividades desenvolvidas no estabelecimento da tomadora ocorram sob a direção da empresa prestadora do serviço.”

a.1) Trabalho temporário

É caso de terceirização lícita prevista na Lei nº 6.019, de 1974, cabível quando é necessária a contratação de mão-de-obra para atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora do serviço ou quando houver aumento extraordinário da atividade da empresa;

a.2) Atividades de vigilância

São os casos nos quais se contrata empresa especializada em fornecimento de mão-de-obra para prestação de serviço de vigilância e segurança, regulados pela Lei nº 7.102, de 1983. Somente será possível a terceirização quando a

¹⁹ O professor Sérgio Pinto Martins diz que também haverá terceirização lícita nos casos em que ela é feita para o trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 1974), desde que não excedidos os três meses de prestação de serviços pelo funcionário na empresa tomadora; em relação aos vigilantes (Lei nº 7.102, de 1983); de serviços de limpeza; da empreitada (arts. 610 a 626 do Código Civil); da subempreitada (arts. 593 a 609 do Código Civil); das empresas definidas na lista de serviços submetidos ao ISS, conforme a Lei Complementar nº 116/03, pois tais empresas pagam, inclusive, impostos; em relação ao representante comercial (Lei nº 4.886/65); do estagiário, de modo a lhe proporcionar a complementação do estudo mediante a interveniência obrigatória da instituição de ensino. Ainda nos casos da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, por ela admite-se que as concessionárias contra tem terceiros para desenvolver atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço. Admite ainda como forma de terceirização lícita o trabalho em domicílio, desde que feito sob a forma de contratação de autônomos. Diz ainda, que o TST admite, indiretamente, através da Súmula 282, como forma de terceirização lícita a prestação de serviços médicos por empresa conveniada, para efeito de abono de faltas dos trabalhadores.” - Martins, Sérgio Pinto, in *A terceirização e o Direito do Trabalho*, 7ª ed, Ed. Atlas, pg 158.

²⁰ Ibidem, pg.159.

²¹ Ibidem.



empresa contratada atender à legislação específica e for especializada em tal atividade. É preciso se fixar que a figura do vigilante não se confunde com a figura do vigia. Isso porque, o primeiro é membro de categoria especial ou diferenciada e o vigia é empregado não especializado ou semi-especializado que tem vínculo empregatício com o tomador do serviço.

a.3) Atividades de conservação e limpeza

Tais atividades foram uma das primeiras formas de terceirização. Contudo, apesar de não ter sido tratada pelo revisto En. 256/TST, foi objeto de expressa previsão na Lei nº 5.645, de 1970, que em seu art. 3º, p.ún., dispôs que a Administração Pública, sempre que possível, deveria optar por contratar empresas prestadoras de serviço para executar tal atividade.

a.4) Serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador

Esta é a previsão genérica para os casos não enquadráveis nas outras hipóteses, mas o tipo de serviço prestado não faz parte do núcleo de atividades-fins desenvolvidas pelo tomador, sendo caracterizadas como atividade-meio do tomador.

b) Terceirização ilícita

A terceirização ilícita estará configurada quando o serviço contratado se enquadrar no rol de atividades finalísticas do tomador e quando estiverem presentes a pessoalidade e a subordinação direta com o tomador.

A terceirização ilícita tem por consequência o reconhecimento de vínculo empregatício entre o tomador de serviço e o obreiro, o que afasta as vantagens da terceirização.

6. Terceirização e guarda portuária

A Lei nº 8.630, de 1993, surgiu com objetivo de desregulamentar e modernizar a atividade portuária no país, removendo obstáculos ao pleno exercício do trabalho e da livre empresa. Buscou melhorar a eficiência do Sistema Portuário Nacional e, por consequência, da economia nacional²².

Na leitura da exposição de motivos do projeto de lei que deu origem à Lei nº 8.630, de 1993, havia previsão de permissão da terceirização das atividades de vigilância portuária:

"a) a desregulamentação do setor portuário, particularmente no que diz respeito à livre contratação dos serviços de

movimentação de mercadorias, armazenagem, transporte, vigilância portuária e demais serviços correlatos ou afins nos portos, e à estruturação das tarifas portuárias, que devem observar as peculiaridades de cada porto e corresponder, efetivamente, aos serviços prestados;" (grifo nosso).

Ao que parece, a Portaria nº 180/MT seguiu a mesma

linha traçada no projeto de lei original, passando a permitir expressamente a terceirização do serviço de vigilância portuária. Confira-se o art. 3º, *in verbis*:

"Art. 3º - A vigilância e a segurança do porto serão promovidas pela administração do Porto diretamente ou mediante a contratação de terceiros, por meio do devido procedimento licitatório." (grifo nosso).

Contudo, fazendo-se uma leitura comparativa entre o teor do art. 33, §1º, inciso IX, da Lei nº 8.630, de 1993, e do art. 3º da Portaria/MT nº 180, de 2001, verifica-se que há conflito entre

²² Exposição de motivos nº 10/91 do Projeto de Lei nº 8/91 que deu origem à Lei nº 8.630/93.



a Lei e a portaria que visava a regulamentar a lei, pois o regulamento teria ido além do que estabelecia a lei.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o regulamento é ato inferior, subordinado e dependente da lei, sendo sua finalidade “*a produzir normas requeridas para a execução das leis quando estas demandem uma atuação administrativa a ser desenvolvida dentro de um espaço de liberdade exigente de regulação ulterior, a bem de uma aplicação uniforme da lei, isto é, respeitosa da igualdade de todos os administrados*”²³.

Segundo Pontes de Miranda, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello, “*sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nulo, por ser contrária à lei a regra jurídica que se tentou imbuir no sistema jurídico. Se, regulamentando a lei ‘a’, o regulamento fere a Constituição, ou à lei, e – em consequência – nulo o que editou. A pretexto de regulamentar a lei ‘a’, não pode o regulamento sequer ofender o que, a propósito de lei ‘b’, outro regulamento estabelecerá*”²⁴.

Assim, no presente caso, pode-se visualizar que o regulamento, no caso a Portaria MT nº 180/2001, foi além do que permitia a Lei nº 8.630, de 1993, ao prever a possibilidade de terceirização das atividades de vigilância e segurança.

Tal conflito possivelmente surgiu da intenção do autor do texto da Portaria em manter o espírito original do projeto de lei. Todavia, com isso, o ato normativo secundário foi além do que estabeleceu o ato normativo primário. O legislador optou no texto da lei por excluir a

possibilidade de terceirização dos serviços de vigilância e segurança, tal como constava da exposição de motivos e do texto original do projeto, preferindo incluí-las no rol de atividades-fins da autoridade portuária.

A Lei nº 8.630, de 1993, inclui expressamente as atividade de vigilância e segurança no rol das atividades finalísticas da autoridade portuária, *in verbis*:

“*Art. 33. A Administração do Porto é exercida diretamente pela União ou pela entidade concessionária do porto organizado.*

§ 1º Compete à Administração do Porto, dentro dos limites da área do porto:

(...)

“...tendo em vista que é princípio basilar de hermenêutica que a lei não contém palavras inúteis, por força da lei, atividades de segurança e vigilância foram consideradas como atividade-fim das Companhias que administraram os portos no Brasil, exercidas pelas Guardas Portuárias.”

IX - organizar e regulamentar a guarda portuária, A FIM DE PROVER A VIGILÂNCIA E SEGURANÇA DO PORTO;” (grifo nosso).

Dessa forma, tendo em vista que é princípio basilar de hermenêutica que a lei não contém palavras inúteis, por força da lei, atividades de segurança e vigilância foram consideradas como atividade-fim das Companhias que administraram os portos no Brasil, exercidas pelas Guardas Portuárias.

Portanto, em face da Lei nº 8.630, de 1993, ocorreu uma terceirização ilícita nos casos em que as administrações dos portos, ao aplicar a Portaria MT nº 180, de 2001, contrataram serviços terceirizados de vigilância e segurança, o que, em princípio, configuraria vínculo de emprego direto entre as empresas tomadoras de serviço e os obreiros.

No entanto, apesar de ter havido a configuração de terceirização ilícita, não há possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício entre

²³ Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, in “CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO”, 17^a ed., Ed. Malheiros, pg.311.

²⁴ Ibidem, pg.322.



os obreiros e as tomadoras do serviço, tendo em vista que as Companhias Docas também devem observar o princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público para contratação de pessoal.

IV - CONCLUSÃO

Do exposto, a terceirização dos serviços de vigilância e segurança não é permitida nos Portos Brasileiros, mostrando-se necessário que tais atribuições sejam desempenhadas diretamente pelas Autoridades Portuárias, através de pessoal próprio, contratado através de concurso público, em homenagem ao princípio do concurso público para contratação de pessoal. Portanto, conclui-se que por existir vício de legalidade na Portaria MT nº 180/ 2001, há necessidade de ser feita a sua revisão.

V - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Constituição da República Federativa do Brasil;
- Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993;
- Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967;
- Portaria MT nº 180/2001, de 23/05/2001;
- Exposição de motivos nº 10/91 do Projeto de Lei nº 8/91, que deu origem à Lei nº 8.630/93;
- Código Internacional para a Proteção de Navios e Instalações Portuárias" – ISPS CODE;
- En.256/TST e Súmula 331/TST;
- Delgado, Mauricio Godinho, in "Curso de Direito do Trabalho", p.429 , 5^a ed., Editora LTR;
- Martins, Sérgio Pinto, in A terceirização e o Direito do Trabalho, 7^a ed., Editora Atlas;
- Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, in "CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO", 17^a ed., Editora Malheiros.



Doutrina



Disciplina jurídica das rodovias

Fábio Marcelo de Rezende Duarte – Procurador Federal

Em que pese o automóvel a gasolina ter sido inventado a mais de um século, nossas rodovias ainda estão por merecer dos nossos legisladores um tratamento legal eficiente e adequado à sua proteção e controle. O nosso direito positivo rodoviário, que não se confunde com a regulamentação sobre o tráfego e o trânsito de veículos, ainda está por adquirir a maioridade, apesar desse modal de transporte atender, no Brasil, a 62% da circulação de cargas e 96% do transporte de passageiros. A nível federal, são mais de 67.000 Km de vias implantadas e pavimentadas, somando um patrimônio já avaliado em mais de US\$ 50 bilhões.

Na verdade, em matéria de transportes rodoviários, o legislador brasileiro sempre teve sua preocupação voltada, principalmente, para a disciplina do tráfego e do trânsito, esquecendo-se da base física sobre a qual a circulação de veículos ocorre. A esse respeito são muito tímidas as disposições da legislação consolidada. Consequentemente, o tema reclama o conhecimento das noções jurídicas que disciplinam a tutela do uso comum das rodovias, concebidas a partir da aplicação de princípios gerais informativos do Direito Administrativo e do Direito Civil, sendo

antigas e esparsas as referências legislativas de amparo específico e abrangente. Quando ocorrem, são inseridas em leis ou decretos que pouco têm a ver com a administração rodoviária, a qual reclama, na verdade, a consolidação da disciplina num único diploma legal.

Administrar o serviço rodoviário constitui uma tarefa grandiosa, cara e difícil. Daí a importância da disciplina jurídica acerca das estradas, para a qual procurei contribuir quando, em 1997, publiquei a obra *"Aspectos Jurídicos das Rodovias"*. Naquela oportunidade, procurei reunir as principais noções sobre o relacionamento entre o Poder Público e a rodovia, de modo a dotar a Administração Rodoviária dos instrumentos necessários à aplicação da lei à estrada. A sua elaboração teve como matéria-prima os inúmeros pareceres de autoria do meu falecido pai e colega HAROLDO FERNANDES DUARTE que, por quarenta e sete anos, ocupou o cargo de Procurador do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER.

Traçamos a evolução do Direito Positivo Rodoviário Brasileiro, cuja origem é do início do século passado, embora sejam encontradas ainda sob o Império algumas referências legislativas sobre os caminhos e logradouros públicos.



Os aspectos mais relevantes podem ser resumidos a partir da própria natureza jurídica da rodovia, consoante a abordagem adiante exposta.

É sabido que, desde a antiga Roma, os bens públicos são classificados segundo um critério teleológico, a saber:

- a) *res quae sunt in usu publico, res publicae, loca publica, res communes omnium*, bens pertencentes ao povo romano, sobre os quais o Estado não tinha domínio nem posse jurídica, mas somente o poder de administrá-los (DIG. L. XLIII, Tit. 8, Fr. 3), tais como as estradas, as ruas, as praças, etc.; e,
- b) *res fiscales, res fisci, in patrimonio fisci, communes civitatum*, que eram os bens do domínio do Príncipe, do Estado (*Senatus Populusque Romanus*) ou da Cidade (DIG. L. XLIII, Tit. 8, Fr. 8, § 4º; INSTITUTAS, L. II, Tit. 1 § 6º), tais como os edifícios públicos e os bens do domínio privado de Roma em suas colônias.

Atravessando os séculos, sem envelhecer, essa elementar repartição dos bens públicos constava do Código Civil de 1916 (art. 66, I) e foi mantida pelo Código de 2002 (art. 99, I), perdurando, até hoje, com vigorosa atualidade. As ruas, as praças, as praias, as reservas florestais, as estradas municipais, estaduais e federais, continuam a ser *res communes omnium*, imóveis de uso comum do povo, que a ninguém pertencem porque são de todos. Nos incisos seguintes do art. 99 é que o Código subdividiu as *res fiscales* em: a) propriedades do Estado destinadas a uso especial, como os prédios dos Ministérios; e, b) nos dominicais, como os bens vagos, as terras devolutas, os terrenos de marinha e seus acrescidos.

Em se tratando de bens públicos de uso comum do povo, a doutrina mais aceita nega ao Estado (*lato sensu*) o direito de propriedade sobre esses bens, sob o fundamento de que a característica do domínio é a plenitude do uso e a livre disposição, o que não ocorre na espécie. Ensina os mestres que o Estado, ao invés de propriedade, tem apenas o poder-dever de vigilância, tutela e fiscalização para o adequado

uso público (AUBRY ET RAU, PACIFICI MAZZONI, LA FERRIÉRE, LABORI, todos citados por J.M. CARVALHO DE MENDONÇA, in Código Civil Brasileiro Interpretado, Vol. II, 1952, p. 103).

Entre nós, é PONTES DE MIRANDA quem afirma que “o titular do direito sobre os bens do art. 66, I, não é a pessoa de direito público - é o povo mesmo, posto que ao Estado caiba velar por eles” (Tratado de Direito Privado, T. II, 1970, p. 133/134). No mesmo sentido, CLÓVIS BEVILAQUA (Código Civil, V. I, 1959, p. 240); JOSÉ CRETELLA JUNIOR (Bens Públicos, 1975, p. 54) e MAZAGÃO (Curso de Direito Administrativo, 1974, p. 132/133).

Portanto, a estrada de rodagem, como bem de uso comum, bem de uso público, do domínio público, quer dizer, de todo o povo, é coisa do domínio nacional, como a chamou TEIXEIRA DE FREITAS (“Consolidação”, art. 52 §1º/1896). Trata-se de bem insuscetível de propriedade, de vincular-se, pelo laço do direito real, a uma vontade ou personalidade (RUY CIRNE LIMA, “Princípios de Direito Administrativo, p. 75, Sulina/1964; RODRIGO OTÁVIO, “Do Domínio da União e dos Estados”, p. 63/1924). O domínio público se caracteriza por um regime jurídico de uma série de prerrogativas e de sujeições tais que o afasta bastante do regime jurídico da propriedade privada (WEIL, “Droit Administratif, p. 56, 1964, apud J. CRETELLA JUNIOR “Bens Públicos”, p. 57, Universitária/1975).

Sobre esse bem de uso comum, a estrada de rodagem ou a sua respectiva faixa de domínio, o Estado (*lato sensu*) não realiza atos de proprietário; só pode ordenar e proibir (WAPAUS apud OTTO MAYER, “Derecho Administrativo Aleman”, Tomo III, p. 100, Depalma/1955). Isto porque a idéia de propriedade envolve a idéia de patrimônio ou de qualquer direito patrimonial, de direito real; a expressão domínio, aqui, todavia, é sinônimo de poder, de dever, dominação ou regulamentação exercida pelo titular daqueles, sem que haja o vínculo civil do direito real. O que existe é afetação administrativa; a detenção física da coisa e a



destinação daquela área constitutiva da faixa de domínio a um serviço pelo qual responde a Administração Pública das estradas de rodagem.

Se não há propriedade da estrada, não há a sua posse (Código Civil, art. 1.196). Se inexiste, juridicamente, a posse da estrada por parte da União ou do DNIT (responsável, no âmbito federal, pela administração permanente das rodovias – Lei n. 10.233, de 05/06/2001), por outra, também inexiste em favor do particular, visto que inócurre prescrição aquisitiva sobre o bem de uso comum (Código Civil, art. 102; Decreto-lei n. 9.760, de 05/09/1946, art. 200; Súmula n. 340 do STF; e, §3º do art. 183, da Constituição Federal de 1988).

Os bens públicos de uso comum, como as estradas, tanto não estão sujeitos ao direito de propriedade por quem quer que seja, que não são passíveis de desapropriação (LAUBADÉRE, "Taiti Elementaire de Droit Administratif", Vol. II, p. 145. 1963). Não se lhes aplica o disposto no art. 2º do Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Estão sujeitos à desafetação e afetação pelas pessoas de direito público que os administram, sem conotação alguma com a idéia errônea de sua propriedade, de sua posse.

Nos Tribunais, inclusive no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, outro não tem sido o entendimento, conforme se observa das ementas adiante transcritas:

"As ruas públicas não são bens dominicais, não se achando no patrimônio de ninguém, mas somente na jurisdição administrativa das municipalidades." (STF, Ap. Civ. n. 6.707, de 16/01/40, Rel. Min. EDUARDO ESPINOLA, RT vol. 131, p. 752).

"A estrada pública é insusceptível de posse, domínio ou usucapião." (Sentença do Juiz ALEXANDRE DELFINO DE AMORIM, de 27/12/34, conf. Ac. Unân. da 2ª Câm. do TJSP, de 01/11/35, no Ag. Pet. n. 3.709, Rel. Des. ACHILES RIBEIRO, RT, vol. 107, p. 81)

"Os bens públicos de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças são inalienáveis; não podem ser objeto de compra e

venda, de cessão ou de troca." (Ac. da 2ª Câm. Cív. do TJSP, de 17/10/38, na Ap. Cív. n. 4.474, Rel. Des. MARIO GUIMARÃES, RT, vol. 121, p. 684).

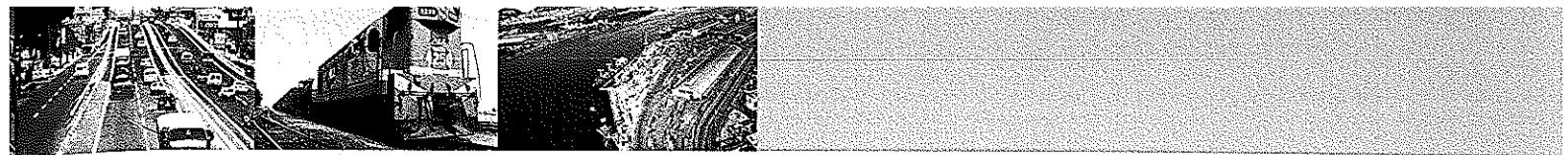
Relativamente à ementa da lavra do Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, vale ressaltar a perplexidade do Ministro CARLOS MAXIMILIANO quando em seu Voto exclamou: *"Onde já se viu desapropriar uma rua? Compram-se, desapropriam-se as coisas que estão no comércio; uma rua não está: é inalienável."*

Adiante, explicitou:

"Realmente, os bens que o Estado vende, compra ou desapropria, são bens privados dos municípios, os dominicais, mencionados pelo art. 66, III, do Código Civil; não as ruas e praças, bens de uso comum do povo, os quais o município apenas administra; não é proprietário; não tem posse, nem domínio..."

Como se vê, é a natureza mesma dos bens públicos de uso comum do povo que os faz inapropriáveis por quem quer que seja. Estão fora do comércio, podendo ser utilizados por todos, desde que o uso de cada um não exclua o de outrem. A titularidade exercida pelo Estado diz respeito, única e exclusivamente, ao poder-dever de guarda, gestão, fiscalização e administração. Não possui qualquer direito, mas sim deveres. A expressão *"domínio"*, quando utilizada, é nesse sentido, jamais na linha privatística, cujo conceito importa em exclusividade ou, como define PEDRO NUNES, *"em submeter diretamente uma coisa corpórea, certa e determinada, de maneira absoluta e exclusiva, ao poder e vontade de alguém"* (Dicionário de Tecnologia Jurídica, Vol. I, p. 534).

Mas, não obstante a natureza jurídica de bem público de uso comum do povo, as estradas de rodagem adquiriram, modernamente, o conceito de serviço público. A estrada passa, então, a ser vista, sobretudo como um *"duto de trânsito - instrumento de vazão do tráfego, como o aqueduto o é do transporte de água; serviço que a Administração presta ao público – abstruído todo e qualquer aspecto dominial."* (ÉRICO I. BAUMGARTEN -



"Direito Administrativo – Pareceres" – 1970 – Rio de Janeiro – p. 112 e seguintes).

Esse novo conceito ganhou força com a Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995, onde as vias federais, precedidas ou não da execução de obras públicas, ficaram sujeitas ao regime do contrato de concessão de serviço público regulado pela Lei n. 8.987/95. Também o Decreto n. 2.444, de 30 de dezembro de 1997, que regulamentou a Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997, dispõe sobre a inclusão no Programa Nacional de Desestatização das rodovias federais que menciona, relacionando os trechos rodoviários federais que podem ser submetidos ao regime dos contratos de concessão de serviço público. Outrossim, a Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001, estabeleceu no seu art. 23, inciso III, que compete ao Ministério dos Transportes aprovar os planos de outorgas para a celebração de contratos de concessão da malha rodoviária federal, conferindo-lhe ainda, por força da Lei n. 9.277, de 10 de maio de 1996, a regulação e supervisão das rodovias federais cuja administração seja transferida aos Estados Membros, Municípios ou ao Distrito Federal, mediante convênios de delegação.

Mais recentemente, importante contribuição para consolidação do conceito jurídico das estradas de rodagem como serviço público adveio com a Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre as Parcerias Públicas Privadas - PPP, criando uma nova estrutura contratual de configuração mista – capital público e privado - para o financiamento de projetos voltados à implementação de novas concessões de serviço público no âmbito da infra-estrutura viária do país.

Para o efetivo exercício dos deveres que a Administração Pública ou a Concessionária de rodovias possui para com a rodovia, embora diante de suportes fáticos diversificados, firmou-se e consolidou-se o trinômio da:

- a) *integridade e intangibilidade absolutas do uso comum das faixas rodoviárias federais;*
- b) *oponibilidade relativa (condicionada à*

segurança do tráfego e do trânsito) dos direitos individuais lindeiros ou forasteiros;

- c) *precariedade absoluta dos acessos (discricionariamente fixados pela autoridade rodoviária) das propriedades ribeirinhas à faixa de domínio da rodovia.*

A *integridade e intangibilidade absolutas do uso comum da faixa rodoviária federal* traduzem a vedação de qualquer tipo de ocupação por terceiros, mesmo em caráter transitório, exceção aberta aos serviços ligados à sua administração, policiamento e outros de interesse ou utilidade pública, desde que previamente autorizados.

Para o efetivo entendimento e aplicação desse primeiro princípio, o qual considero o mais importante, é preciso ficar claro o verdadeiro conceito do que seja a *faixa de domínio da rodovia*, a estrada, por assim dizer. É comum haver certa confusão sobre a sua verdadeira extensão e limites, vigorando mesmo entre leigos a idéia de que a estrada se confunde com o espaço ocupado pelas pistas de rolamento, quando muito alcançando os acostamentos. Essa noção é absolutamente equivocada e, em virtude da falta de informação, aliada à ausência de efetiva e permanente fiscalização e controle, nossas rodovias têm sido sistematicamente invadidas e ocupadas para as mais variadas atividades privadas, muitas das quais vinculadas a algum interesse econômico ou comercial ou, ainda, para fins de moradia.

Assim, para que se tenha a exata dimensão da área correspondente à estrada, sobre a qual é desenvolvido o serviço público objeto de regulação, controle e fiscalização, é preciso trazer o conceito técnico, o qual a define como a *"base física sobre a qual assenta uma rodovia, constituída pelas pistas de rolamento, canteiros, obras-de-arte, acostamentos, sinalização e faixa lateral de segurança, até o alinhamento das cercas que separam a estrada dos imóveis marginais ou da faixa de recuo"* (Dicionário de Terminologia Rodoviária DNER/1986, Vol. I, págs. 80/448, verbete 3.616). Com as figuras a seguir, procuro dar a idéia gráfica desse conceito:



Figura A - Seção em Nível

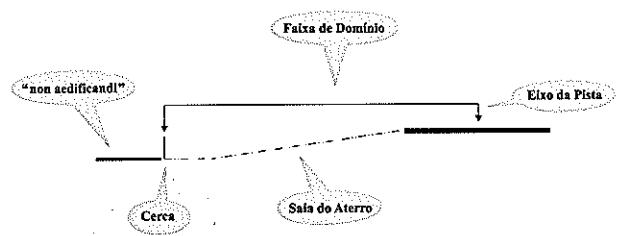
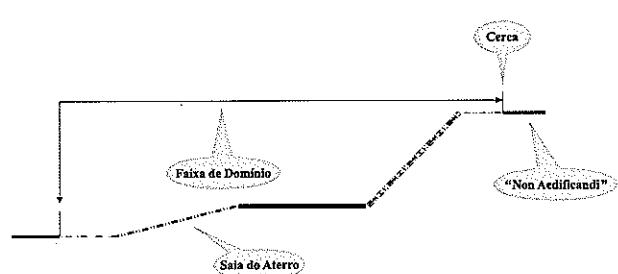


Figura B – Seção em Corte



Figura C – Seção Mista



As figuras acima mostram as principais variações dos trechos rodoviários e, consequentemente, a forma pela qual deve ser medida a *faixa de domínio*. Como assinalado na **Figura A**, a *faixa de domínio* da rodovia tem a sua extensão contada sempre a partir do *eixo da pista* de rolamento até o alinhamento da *cerca* que separa a área pública do imóvel particular confinante, sobre o qual existe restrição *non aedificandi* de 15 metros. Todavia, como mostram as **Figuras B e C**, a *faixa de domínio* da rodovia sempre irá corresponder ao somatório da extensão de ambos os lados, os quais não são, necessariamente, simétricos, podendo a extensão da *faixa de domínio* variar para cada um dos lados da rodovia, sendo as metragens definidas discricionariamente pela Administração Pública quando aprova o respectivo projeto geométrico.

O segundo princípio que deve nortear a atuação dos responsáveis pela administração da rodovia é o da *oponibilidade relativa dos direitos individuais dos proprietários de imóveis lindeiros ou marginais*, que ficam condicionados à segurança do tráfego e do trânsito, como, por exemplo, as restrições impostas ao direito de construir. Sobre esse princípio, aliás, a jurisprudência é pródiga em prestigiá-lo, principalmente na aplicação e observância da denominada faixa *“non aedificandi”* existente ao longo das rodovias federais.

Finalmente, o terceiro princípio é o da *precariedade absoluta dos acessos à faixa de domínio da rodovia*, que são discricionariamente fixados pela autoridade rodoviária, dizendo onde e como eles podem ser feitos.

Na realidade, o uso da faixa rodoviária federal, uso da estrada, é privativo de todos os que nela trafegam ou transitam; por isso não autoriza a sua ocupação individual. Exceção aberta às unidades de campo da entidade pública responsável pela sua administração, de sua Concessionária ou da Polícia Rodoviária Federal, bem assim dos serviços públicos de transmissão de força e luz, água, comunicação, aos oleodutos e gasodutos. A transgressão do enunciado no trinômio acima enquadraria - de plano - o administrador local em crime de prevaricação ou em falta grave no cumprimento de seus deveres. Quanto ao particular invasor, ele está incursa nas penas do art. 161, inciso II e art. 166, ambos do Código Penal Brasileiro.

De sorte que aqui estamos no domínio do poder de polícia administrativo. Aqui não se pode falar em direitos de uso particular sobre a rodovia. Nem de sua posse, porque a estrada - vista como bem ou como serviço - é insusceptível de usucapião individual. Não se há de pensar, portanto, em defender o uso comum ao remédio civilista do interdito possessório.

A propósito discorre OTTO MAYER:
“El derecho del uso de todos tiene sus límites. Excederlos significa apoderar-se de la existencia de la cosa pública. El aspecto del poder público



que tiende a rechazar atentados de esta índole se conoce como *policía de las cosas públicas*; es, al mismo tiempo, la policía del uso de todos. En su condición de tal, ella vigila todo transtorno que pudiera sobrevenir en el buen orden de la cosa pública por efecto de la forma de ejercer el uso de todos. Combate esos transtornos mediante órdenes y asegura la ejecución de dichas con la coacción directa y con penas." (op. cit. p. 203/204).

No mesmo sentido, leciona MARCELLO CAETANO:

"Quanto à defesa das coisas públicas, por parte da Administração, contra turbações e esbulhos dos particulares, não é de aceitar, igualmente, que se faça pelo emprego dos meios possessórios. É fato que, admitido o direito de propriedade pública, tem que se aceitar que ele envolve a posse, e não colhe, portanto, o argumento de que as coisas públicas não são susceptíveis de posse, princípio só verdadeiro nas relações jurídico-privadas e relativamente aos particulares e não para as pessoas de direito público. Mas, em primeiro lugar, seria logicamente inadmissível a ação de restituição de posse de uma coisa dominial, pois que, de duas, uma: ou a coisa pertence ao domínio público e por lei de interesse e ordem pública a sua administração é da competência de uma autoridade administrativa ou seu concessionário; ou então, se é susceptível de posse por particulares, já não é dominial. Desde que a coisa pública está, por lei, na administração de uma certa autoridade, a competência desta não pode ser discutida, nem reivindicado o seu exercício, numa ação possessória. Quanto à ação de manutenção, menos ainda se comprehende que as pessoas de direito público recorram aos meios civis para fazer cessar os atos de turbação da sua posse. É da essência da personalidade de direito público o exercício das prerrogativas de autoridade, implicando a faculdade de tomar decisões executórias, que só depois de proferidas podem ser contenciosamente discutidas. Tal prerrogativa exerce-se, em relação ao domínio, pela polícia que mantém e, sendo necessário,

reintegra a posse da Administração para que se cumpra a lei atributiva da competência e se preencham os fins de utilidade pública a que, pela afecção, a coisa está destinada." (Direito Administrativo, p. 342, Edição de 1947).

Também ERMANNO TREBBI:

"Il possesso dei beni demaniali del Comune non può che tutelarsi attraverso la procedura amministrativa, non essendo in tal caso espiribili dalla pubblica amministrazione le ordinarie azione possessorie. La azione possessorie sono invece ammissibili in relazione ai beni patrimoniali (Ved. Sentenza Cassazione 18 novembre 1926 - Schiappacasse c. Comune di Portovenere, riportata dal Manuale Astengo, anno 1927, p. 99). Per rimuovere la turbativa o la usurpazione del suolo di una strada pubblica, il Comune deve valersi della sua potestà d'imperio" (Le Strade Pubbliche e D'uso Pubblico - p. 27, 2ª Edição, 1954).

E, mais de perto, com o nosso J. CRETELLA JUNIOR, arrimado em OTTO MAYER, BIELSA, VILLEGRAS BASABILBASO, ZANOBINI, ALESSIO, SANTI ROMANO, MARIENHOFF e ROGER BONNARD:

"A proteção dominial, em direito privado, é feita mediante o emprego das ações possessórias. Para uso das ações possessórias, é necessário um título do juiz. Entretanto, o direito administrativo conhece o instituto da autotutela ou de polícia da coisa pública. Não é necessário texto legislativo que o autorize, nem título do Poder Judiciário. É o privilégio excepcional que a Administração Pública tem de agir de modo direto, por si mesma, sem necessidade de recorrer à via judicial. Age através das próprias resoluções executórias. É a autotutela. Pela autotutela protege-se a coisa em sua constituição física, impedindo-se que se degrade, como também se protege o exercício de atos de terceiros que possam estragá-la. Vai além: procura reaver a coisa daquele que a detém ilicitamente." (Manual de Direito Administrativo, p. 295, Edição 1979; Bens Públicos, p. 87/88, Edição 1975).

No âmbito do Poder Judiciário, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já concluiu que, no exercício



regular da autotutela administrativa, pode a Administração executar diretamente os atos emanados de seu poder de polícia sem utilizar-se da via cominatória, que é posta à sua disposição em caráter facultativo (RF 124/438). Na mesma linha deixou julgado o Tribunal de Justiça de São Paulo: *"Exigir-se prévia autorização do Poder Judiciário equivale a negar-se o próprio poder de polícia administrativa, cujo ato tem de ser sumário, direto e imediato, sem as delongas e complicações de um processo judiciário prévio"* (TJSP, Pleno, RT 183/823. No mesmo sentido: TJSP RT 186/325, 210/161, 227/136, 386/54, 391/187, in HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, RT, 1982, p.98)

Também, sobre a impropriedade do uso dos interditos possessórios pela Administração para a proteção dos bens públicos de uso comum, colhemos o seguinte aresto:

"Bens Públicos - Posse - As ruas e praças são bens públicos de uso comum pertencentes a todos, ao povo, à coletividade; só a guarda e a gestão deles é que estão confiadas à Administração Pública. E, pois, não pode esta pretender a posse de tais bens, porque esta implica a idéia de exclusividade e ninguém pode ser excluído do seu uso e gozo. Se esse uso é contra as leis e regulamentos, tem a Administração a seu dispor outros recursos que não os interditos possessórios." (Rev. Forense, vol. XLIV, p. 233; XLV, p. 513).

Por outro lado, deve ser assinalado que, por sua própria natureza, o exercício da tutela do uso comum é infensa ao controle judicial. Por que a Administração irá suplicar direitos se o que tem são deveres de manter a rodovia limpa e desimpedida? Outrossim, o recurso, ao Poder Judiciário, como regra, face à moderna concepção do direito de ação, poderia se manifestar inviável. Dotada a Administração do poder de polícia administrativo, careceria ela, em princípio, do direito de ação, pela ausência de interesse processual (art. 3º c/c art. 267, VI, do Código de Processo Civil), que se consubstancia na absoluta necessidade de intervenção da

autoridade judiciária para solução dos conflitos de direito. Em outras palavras, a existência do poder de polícia, de regra, tolhe a intervenção judicial, deixando, assim, de existir o interesse processual e, consequentemente, o direito de ação. A ação judicial, dizia UNGER citado por JOÃO MONTEIRO, é o direito do direito que vai à guerra; se inexiste o segundo, não há como falar no primeiro, na demanda, na contenda.

Fiel a toda essa dogmática, a LEI Nº 9.636, DE 15 DE MAIO DE 1998, deu o devido tratamento à questão, prevendo o seguinte:

"Art. 9º É vedada a inscrição de ocupações que:

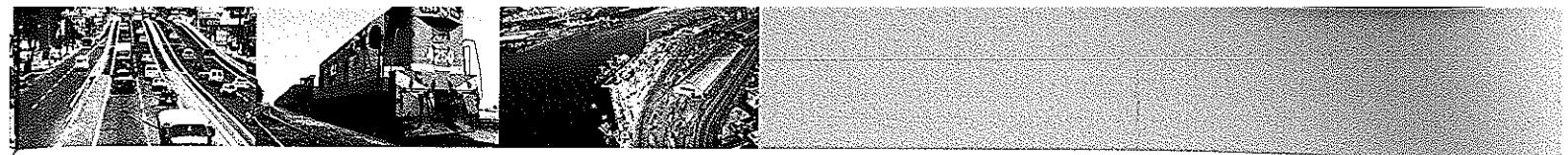
(...)

II - estejam concorrendo ou tenham concorrido para comprometer a integridade das áreas de uso comum do povo, de segurança nacional, de preservação ambiental, das necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, das reservas indígenas, das ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos, das vias federais de comunicação, das reservadas para construção de hidrelétricas, ou congêneres, ressalvados os casos especiais autorizados na forma da lei.

Art. 10. Constatada a existência de posses ou ocupações em desacordo com o disposto nesta Lei, a União deverá imitir-se sumariamente na posse do imóvel, cancelando-se as inscrições eventualmente realizadas.

Parágrafo único. Até a efetiva desocupação, será devida à União indenização pela posse ou ocupação ilícita, correspondente a 10% (dez por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno, por ano ou fração de ano em que a União tenha ficado privada da posse ou ocupação do imóvel, sem prejuízo das demais sanções cabíveis."

Como se observa, não se fala em bem da União, do seu patrimônio, mas sim em "áreas de uso comum do povo", expressão que, por si só, dispensaria - o que só se pode atribuir a mero reforço - a referência expressa e proibitiva de ocupações sobre as "vias federais de comunicação", como são as rodovias federais. Também, no art.



10, a expressão *"imitir-se sumariamente na posse"* implica no exercício da autotutela administrativa, vale dizer, independente de recurso ao Poder Judiciário; outrossim, melhor teria dito o legislador na *"imissão sumária da Administração sobre a área ilicitamente ocupada"*, já que a Administração, no caso, não exerce posse ou propriedade, como já visto. Finalmente, foi bem-vinda a fixação de indenização pela ocupação ilícita, servindo para desestimular os costumeiros invasores.

Todavia, podem ocorrer situações determinadas pela absoluta ausência de meios ou instrumentos adequados para fazer valer o poder de polícia administrativo, que tornem o recurso ao Poder Judiciário a única via para promover a desocupação e o restabelecimento da integridade da faixa de domínio da rodovia. Nesses casos, caracterizada a absoluta necessidade de intervenção da autoridade judiciária, o instrumento processual adequado seria a Ação Demolitória cumulada com preceito cominatório (art. 109, I, da Constituição Federal; art. 1º, alínea d, e art. 2º, ambos do Decreto-lei n. 512, de 21/03/69; art. 4º, alínea b, do Decreto n. 62.384, de 11/03/68, art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil).

Finalmente, não sobra argumentar que o poder de autotutela da rodovia somente seria lícito exercer se a ação administrativa fosse simultânea e imediata à violência praticada. Esse raciocínio se nutre de ranço civilista e pretende uma enxertia do princípio do desforço imediato (CCB, art. 502) no corpo do Direito Administrativo, o que é censurável, máxime quando versando sobre poder de polícia que, por sua natureza e dentro dos seus limites conceituais, é ilimitado no tempo. O princípio do desforço imediato, ensinam os doutores, assenta no fato de, entre particulares, o silêncio e a inação poderem valer como manifestação tácita da vontade (CCB, arts. 129 e 1.079), tolerar, anuir e concordar, o que é absolutamente forasteiro e inaceitável quanto aos atos administrativos.

Destarte, configurada a violação, a invasão da faixa federal, a qualquer tempo, deve a

autoridade administrativa, com o concurso da Polícia Rodoviária Federal, da Polícia Civil e da Polícia Federal, se necessário *manu militari*, promover a liberação plena da estrada, removidas, sumariamente, construções forasteiras que se lhe tenham sido sobrepostas e recolocadas as suas cercas, como de direito, no lugar certo.

OBRAS CONSULTADAS

- CLÓVIS BEVILAQUA - Código Civil, V. I, 1959;
- Dicionário de Terminologia Rodoviária DNER/1986, Vol. I;
- ÉRICO I. BAUMGARTEN - Direito Administrativo – Pareceres – 1970 – Rio de Janeiro;
- ERMANNO TREBBI - Le Strade Pubbliche e D'uso Pubblico - 2ª Ed., 1954;
- HEYL LOPES MEIRELLES - Direito Administrativo Brasileiro, RT, 1982;
- J. CRETTELLA JUNIOR - Manual de Direito Administrativo, Edição 1979;
- J. CRETTELLA JUNIOR - Bens Públicos, Universitária – 1975;
- J.M. CARVALHO DE MENDONÇA - Código Civil Brasileiro Interpretado, Vol. II, 1952;
- LAUBADÉRE - Traité Elementaire de Droit Administratif, Vol. II, 1963;
- MARCELLO CAETANO - Direito Administrativo, Edição de 1947;
- MAZAGÃO - Curso de Direito Administrativo, 1974;
- OTTO MAYER - Derecho Administrativo Aleman, Tomo III, Depalma 1955;
- PEDRO NUNES Dicionário de Tecnologia Jurídica, Vol. I;
- PONTES DE MIRANDA Tratado de Direito Privado, T. II, 1970;
- RODRIGO OTÁVIO - Do Domínio da União e dos Estados, 1924;
- RUY CIRNE LIMA - Princípios de Direito Administrativo, Sulina 1964;
- TEIXEIRA DE FREITAS - Consolidação, 1896.

Contratos administrativos: reajuste, repactuação de preços e reequilíbrio econômico-financeiro

Arthur Cerqueira Valério – Advogado da União

Maria Carolina Mauricio Verçosa – Advogada da União

I - INTRODUÇÃO

A Administração Pública, para adquirir, alienar, locar bens e contratar a execução de obras e serviços deve utilizar o procedimento da licitação, em cumprimento à ordem legal vigente.

Finalizado o procedimento licitatório, a Administração convoca o vencedor do certame para firmar o contrato.

Ocorre que, durante a vigência do contrato, novas situações de fato, ordinárias ou extraordinárias, podem ensejar modificações nas condições inicialmente pactuadas, ocasionando, em consequência, a necessidade de alteração contratual.

Nesse contexto, diversas vezes a Administração depara-se com situações nas quais a alteração contratual, mediante o reajuste ou a repactuação de preços, não se encontra corretamente delineada, acarretando, por vezes, imprecisão conceitual ao se utilizar esses institutos.

No presente trabalho pretende-se, de forma concisa, apontar as características principais dos contratos administrativos, esclarecendo, pontualmente, a questão da alteração contratual mediante o reajuste de preços, a repactuação e o reequilíbrio econômico-financeiro.

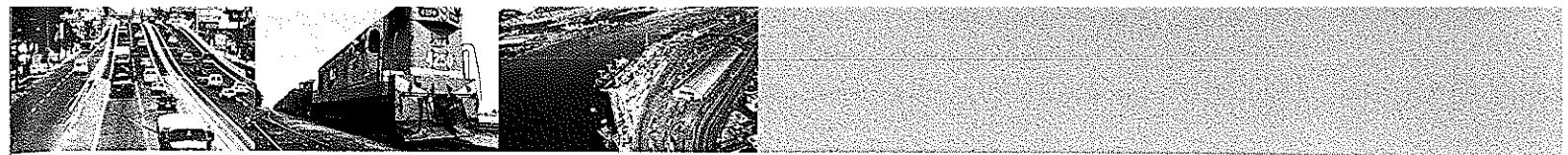
II - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Inicialmente, faz-se necessária uma breve explanação acerca dos contratos, em especial os contratos administrativos, para que se possa discutir a questão das cláusulas inerentes aos últimos e, por fim, analisar a repactuação de preços, o reequilíbrio econômico-financeiro e o reajuste de preços.

Dessa forma, os contratos podem ser conceituados como acordos de vontades, consensualmente firmados pelas partes, com a finalidade de criar, reciprocamente, obrigações e direitos.

Ocorre que a Administração Pública, com as peculiaridades que lhe são próprias, tanto se utiliza de contratos com as características anteriormente mencionadas, como firma contratos com as especificidades necessárias aos negócios públicos, os chamados contratos administrativos.

Dessarte, os contratos administrativos são aqueles firmados entre terceiros e a Administração que, atuando nessa qualidade, visa a interesses públicos, respeitando, contudo, os interesses patrimoniais do contratante privado.



Celso Antonio Bandeira de Mello, citando Caio Tácito, aduz que: "A tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses para a consecução de um fim de interesse público¹".

Portanto, é possível afirmar que nos contratos administrativos os princípios vetores da avença são oriundos do Direito Administrativo, uma vez que o escopo é a satisfação do interesse público, de forma que as partes devem perseguir o cumprimento deste objetivo, o que não frustra, per si, os interesses do particular.

Assim:

"Não é difícil entender a lógica do instituto sub examine. Há duas ordens de interesses que se devem compor na relação em apreço. O interesse público, curado pela Administração, reclama dele flexibilidade suficiente para atendimento das vicissitudes administrativas e variações a que está sujeito. O interesse particular postula suprimento de uma legítima pretensão ao lucro, segundo os termos convencionados. As traças concebidas pela lei e pelos estudiosos mais apontados resumem-se a consagrar estes escopos, ambos prezáveis e ambos confortados na ordenação positiva²".

Como características dos contratos administrativos, podemos dizer que são consensuais, por serem oriundos de um acordo de vontades (com as peculiaridades inerentes à Administração, das quais adiante se tratará); formais, por serem escritos e com determinados requisitos; onerosos, já que possuem remuneração, na forma convencionada; comutativos, pois há equivalência entre as prestações e *intuito persone*,

porque o próprio contratante deve executá-los, sendo, em regra, vedada sua substituição ou a transferência do ajuste³.

Outra peculiaridade do contrato administrativo é a exigência de prévia licitação, que somente é dispensável nos casos previstos em lei.

Entretanto, a maior distinção entre os contratos administrativos e os contratos privados reside na supremacia de poder, que consiste em um privilégio para a Administração, para fixar determinadas condições do ajuste.

Nesse contexto, a participação da Administração pressupõe, nessas avenças, a derrogação de normas de Direito Privado, bem como a existência de prerrogativas especiais, mais conhecidas como cláusulas exorbitantes, as quais, contudo, não visam aniquilar as pretensões do contratante.

Sobre as chamadas cláusulas exorbitantes, serão feitas as considerações no tópico adiante.

Por fim, vale destacar que, "em termos práticos, a função atribuída ao Estado deve ser realizada de modo a assegurar a realização dos direitos fundamentais. Não significa legitimar arbitrariedade ou reconhecer que a Administração encontra-se fora ou acima do Direito. Aliás, se fosse assim, nem seria necessária a figura do 'contrato administrativo'⁴".

III - CLÁUSULAS EXORBITANTES

Neste tópico, será feita breve análise acerca das cláusulas exorbitantes, presentes nos contratos administrativos. Algumas questões

¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 583.

² Ob. cit. p. 586.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 211.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11^a ed. São Paulo: Dialética, 2005. pp. 485/486.



atinentes ao tema deverão ser abordadas como, exemplificativamente, sua definição e caracterização, seu enquadramento legal, bem como os motivos que justificam sua inclusão nos contratos de que o Poder Público faça parte.

Precipuamente, cabe esclarecer que não há unanimidade, entre os doutrinadores pátrios, no que tange ao *"nomen juris"* das referidas cláusulas. O eminent Professor José dos Santos Carvalho Filho⁵ se refere a elas também como *"cláusulas de privilégio"*. Já a ilustre doutrinadora Maria Sylvia Zanella di Pietro⁶ prefere denominar as cláusulas a que se refere de *"cláusulas exorbitantes"*. O jurista Marçal Justen Filho⁷, por sua vez, não adota nenhuma das nomenclaturas mencionadas, preferindo denominá-las de *"prerrogativas especiais"* da Administração.

As cláusulas exorbitantes podem ser definidas como sendo aquelas cláusulas que *"exorbitam"* do Direito Privado, ou seja, sua presença não seria lícita nos contratos celebrados entre particulares, uma vez que estabelecem certas *"prerrogativas"* a uma parte (no caso dos contratos administrativos, à Administração) em relação à outra.

Entretanto, não podem essas disposições dos contratos administrativos ser entendidas como *"privilégios"* conferidos ao Poder Público. Trata-se, na verdade, da atribuição de competências peculiares à Administração Pública, traduzindo condições que propiciem o desenvolvimento de suas atividades, tendo em vista as características do regime jurídico dos contratos administrativos e, em última análise, o interesse público (indisponível).

Nesse diapasão, elucida o ilustre Professor Marçal Justen Filho⁸:
*"portadição essas competências são denominadas de *"prerrogativas especiais"*, mas isso não deve induzir o aplicador a uma interpretação literal. Não existe, num Estado Democrático de Direito, prerrogativas nem privilégios, na acepção*

medieval dos termos. Trata-se de competências subordinadas ao Direito e cuja atribuição deriva da concepção instrumental da Administração Pública. Incumbe a ela promover a realização do interesse público. Dever tão severo e subordinado a regime tão rigoroso não poderia ser satisfeito por via dos instrumentos jurídicos normais. Nem se poderia obter resultado satisfatório se a atuação estatal ficasse a depender, em todas as hipóteses, à concordância dos particulares. Portanto, o Direito atribui competências anômalas à Administração Pública. Por meio delas, o Estado pode cumprir os deveres a si impostos".

As manifestações das competências peculiares conferidas à Administração Pública, no âmbito dos contratos administrativos, estão previstas no artigo 58 da Lei n 8.666/1993 (diploma que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública), que dispõe, *in verbis*:

"Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
II - rescindí-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
III - fiscalizar-lhes a execução;
IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo".

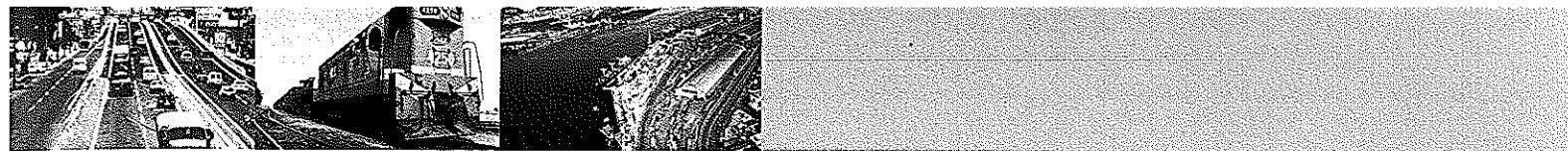
No que tange à possibilidade de alteração unilateral do contrato administrativo, prevista

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo*. 10^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 162.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15^a ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 256.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11^a ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 510.

⁸ Ob. cit. p. 510



no inciso I do dispositivo legal acima transrito, deve-se esclarecer que se trata de um poder-dever da Administração Pública. Tal modificação unilateral pressupõe eventos ocorridos ou, pelo menos, conhecidos após a contratação, só podendo atingir as “cláusulas regulamentares” do contrato administrativo (as cláusulas que asseguram a remuneração do particular – cláusulas econômicas- são intangíveis à modificação unilateral pela Administração).

A possibilidade de rescisão unilateral do contrato administrativo é prevista no inciso II do dispositivo legal citado e far-se-á nos termos do artigo 79, inciso I, da Lei n 8.666/1993. Deve-se esclarecer que a validade da mencionada rescisão se efetivará, apenas e tão somente, após audiência do interessado, em observância ao princípio constitucional da ampla defesa.

Outra competência peculiar conferida à Administração Pública, no âmbito dos contratos administrativos, é a possibilidade de fiscalização da execução do instrumento contratual. Portanto, é conferida ao Poder Público a possibilidade de verificar a adequação da prestação, pelo particular, do objeto contratual. A atuação do particular, em regra, é verificada no momento em que a prestação é entregue ao Poder Público.

É conferida ao Poder Público, ainda, a possibilidade de aplicar sanções ao particular, em casos de inexecução, total ou parcial, do contrato administrativo. Essa competência é derivada da auto-executoriedade, atributo peculiar aos atos administrativos.

O inciso V do artigo 58 da Lei de Licitações dispõe acerca da possibilidade de a Administração Pública se apossar, provisoriamente, de bens móveis e imóveis, bem como de utilizar-se do pessoal e serviços do contratado, em casos de ocorrência de rescisão contratual.

Após esta breve análise acerca das prerrogativas peculiares atribuídas à Administração Pública, na execução dos contratos administrativos, passar-se-á a seguir, à explanação sobre os institutos do reequilíbrio econômico-financeiro, reajuste e repactuação dos preços, no âmbito dos contratos administrativos. Ressalta-se, a priori, que tais mecanismos constituem o reflexo de alterações implementadas nos contratos administrativos, sendo que esta modificação contratual não caracteriza violação aos princípios jurídicos, uma vez que têm como fundamento o interesse público.

IV - REAJUSTE, REPACTUAÇÃO E REEQUILÍBRIOS ECONÔMICO-FINANCEIRO

Inicialmente, serão conceituados os termos reajuste, repactuação e reequilíbrio econômico-financeiro para, posteriormente, apontar as diferenças e peculiaridades de cada um dos institutos.

“Ressalta-se, a priori, que tais mecanismos constituem o reflexo de alterações implementadas nos contratos administrativos, sendo que esta modificação contratual não caracteriza violação aos princípios jurídicos, uma vez que têm como fundamento o interesse público.”

intuito de minimizar o efeito inflacionário sobre o contratado. O reajuste de preços está previsto no Decreto nº 1.054, de fevereiro de 1994, que regula dito reajuste nos contratos da Administração Pública Federal, direta e indireta.

Marçal Justen Filho assim preconiza: *“Convivendo em regime de permanente inflação, verificou-se a impossibilidade e a inconveniência da prática de preços nominais fixos. Com o passar do tempo, generalizou-se a prática da indexação em todos os campos. A indexação foi encampada também nas contratações administrativas. A Administração passou a prever, desde logo,*



a variação dos preços contratuais segundo a variação de índices (predeterminados ou não). Essa prática é identificada como reajuste de preço. Trata-se da alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias⁹.

A repactuação de preços, por sua vez, visa à correção do valor contratual, porém baseada na variação real de preços, desde que haja previsão no edital; observância do interregno mínimo de um ano e demonstração analítica, por meio de uma planilha, da efetiva variação dos componentes dos custos do contrato na formação dos preços.

A repactuação é disciplinada pelo Decreto 2.271, de 7/7/1997, em seu artigo 5º (regula a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional). Referido diploma passou a admitir a repactuação dos preços para os contratos que tivessem por objeto a prestação de serviços contínuos (aqueles enquadrados no artigo 57, inciso II da Lei 8.666/1993 e definidos, pela Instrução Normativa Mare 18/1997, como sendo serviços auxiliares, necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção possa comprometer a continuidade de suas atividades e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro), a fim de adequá-los aos novos preços de mercado.

“...A figura da repactuação de preços generalizou-se para as contratações do artigo 57, inciso II. É que, nesses casos, a efetiva variação de custos do particular pode ser inferior àquela retratada em índices gerais de preços. Veja-se que a finalidade da repactuação não é negar ao particular uma compensação automática, a cada doze meses, pelas elevações em seu custo, mas sim a de evitar que a adoção de índices genéricos produza distorções contrárias aos cofres públicos.

A especial razão da utilização da repactuação dos contratos do artigo 57, inciso II, reside em que a renovação contratual produz ganhos econômicos

e ampliação da eficiência do particular. Se houver redução de seus custos, a consequência inafastável será a reavaliação da relação entre vantagens e encargos anteriormente pactuados¹⁰.

O reequilíbrio econômico-financeiro, também denominado revisão de preços (Jessé Torres Pereira Júnior, Hely Lopes Meireles) e recomposição de preços (Marçal Justen Filho) tem previsão constitucional e encontra amparo legal na alínea d do inciso II do artigo 65 da Lei 8.666/93:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do princípio, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

O escopo do reequilíbrio econômico financeiro é o restabelecimento da equação econômico-financeira original do contrato, baseado em fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, que retardem ou impeçam a execução da avença, desde que configure álea econômica extraordinária e extracontratual.

Conceituadas as figuras em exame, passaremos a estabelecer as diferenças existentes entre elas.

O reajuste de preços, ao contrário da repactuação, tem seu índice previamente fixado, por meio de índices específicos ou setoriais, desde que haja previsão no edital ou no contrato, conforme previsão do artigo 40, inciso XI, da Lei de Licitações:

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11^a ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 550.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11^a ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 551.



"Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela."

Destarte, a maior diferença entre o reajuste de preços e a repactuação consiste no fato de que no primeiro há um índice estabelecido contratualmente e na segunda, faz-se necessária uma demonstração analítica da variação dos componentes dos custos.

O reequilíbrio econômico-financeiro, diferentemente dos institutos acima citados prescinde de previsão editalícia ou contratual, uma vez que a equação econômico-financeira do contrato é intangível.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho aduz:

"O direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação não deriva de cláusula contratual nem de previsão no ato convocatório. Tem raiz constitucional. Portanto, a ausência de previsão ou de autorização é irrelevante¹¹."

Outra diferença inerente ao reequilíbrio econômico-financeiro é a necessidade de que ocorra um fato imprevisível, de consequências incalculáveis, que justifiquem a alteração contratual.

É mister destacar que, ocorrendo acontecimentos imprevisíveis, na forma do parágrafo anterior, é poder-dever da Administração Pública proceder à manutenção da equação econômico-financeira do contrato, da forma em que foi estabelecida na data da apresentação da proposta pelo licitante, independentemente de periodicidade mínima.

Ressaltamos que no mesmo sentido do exposto no presente artigo, é a decisão do Tribunal de Contas da União, no Acórdão 1563/2004 – Plenário.

Por fim, vale citar os ensinamentos de Eros Roberto Grau:

"Por isso que (e deixo este aspecto bem vincado) a regra em pauta efetivamente se reveste de caráter impositivo: porque o enriquecimento sem causa é (deve ser) vedado, por tal razão também devem ser alterados os contratos celebrados com a Administração a fim de que se reestabeleça a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição

da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato¹²."

"Destarte, a maior diferença entre o reajuste de preços e a repactuação consiste no fato de que no primeiro há um índice estabelecido contratualmente e na segunda, faz-se necessária uma demonstração analítica da variação dos componentes dos custos."

V - CONCLUSÃO

Diante das considerações expostas no presente trabalho, resta evidente que os institutos aqui tratados possuem características e requisitos próprios, devendo a Administração, na elaboração de editais de licitação e contratos administrativos, observar as peculiaridades de

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11^a ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 551.

¹² GRAU, Eros Roberto. *Princípio da equivalência e o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos*. RDP, (s.1), n. 96, p.64, out/dez 1990.



cada uma das figuras, visando a melhor atender à finalidade pública, respeitando, também, os interesses do contratante privado, evitando-se, inclusive, questionamentos judiciais.

VI - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo*. 10^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15^a ed. São Paulo: Atlas, 2003;
- GRAU, Eros Roberto. *Princípio da equivalência e o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos*. RDP, (s.1), n. 96, p. 64, out/dez 1990;
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11^a ed. São Paulo: Dialética, 2005;
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005;
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Do fornecimento contínuo

Pablo Bourbom Soares – Advogado da União

Constitucional. Administrativo. Contratação direta por dispensa de licitação. Fornecimento de energia elétrica. União como mera consumidora não livre, sem se revestir na qualidade de Poder Concedente. Obrigatoriedade de aceitação dos termos do contrato de adesão. Prescindibilidade de análise jurídica prévia. Princípio da continuidade do serviço público. Natureza ininterrupta dos contratos de fornecimento de energia.

I - A UNIÃO COMO CONSUMIDORA NÃO LIVRE

O serviço público de distribuição de energia elétrica é densamente regulado no país, havendo nos diversos atos normativos existentes uma repartição de competências entre o Poder Concedente, que, no caso, é a União, e a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, autarquia sob regime especial.

As regras aplicáveis à relação entre o Poder Concedente e o Concessionário variam

conforme aquele esteja na posição de titular do serviço público concedido ou de **mero consumidor**.

No primeiro caso, aplicam-se as regras típicas do regime jurídico de direito público, com inúmeras prerrogativas e derrogações do direito comum em prol do Poder Concedente. Na segunda hipótese, são as regras de direito comum as aplicáveis, despindo-se a Administração Pública de qualquer potestade capaz de desequilibrar sua relação com o concessionário.

O presente estudo cuida da segunda situação, qual seja, daquela em que a União, na qualidade de mera consumidora, solicita à “[...] concessionária o fornecimento de energia elétrica [...]” e assume “[...] a responsabilidade pelo pagamento das faturas e pelas demais obrigações fixadas em normas e regulamentos da ANEEL, assim vinculando-se aos contratos de fornecimento, de uso e de conexão ou de adesão, conforme cada caso¹. ”

¹ Art. 2.º, III, c/c art. 20, V, ambos da Resolução n.º 456, de 29 de novembro de 2000, da ANEEL.



Nessas circunstâncias, e em não se enquadrando como consumidor livre³, a União, assim como os demais particulares, efetivará um pedido de fornecimento à concessionária, ocasião em que esta a científicará quanto à obrigatoriedade de aceitação dos termos do contrato de adesão⁴.

Assim, no caso de unidades consumidoras do Grupo "B"⁵ (na qual se enquadram a maioria dos órgãos públicos federais), a União (mera consumidora) é apenas científicada do teor do contrato, que é de adesão⁶, ou seja, seu conteúdo não pode ser modificado pela concessionária ou consumidor, e só pode aceito ou rejeitado de forma integral (art. 2.º, V, da Resolução n.º 456/2000 - ANEEL).

Ainda que por figurar como consumidora não livre⁷ a União esteja impossibilitada de alterar as cláusulas do contrato de adesão, isso não impede a remessa posterior do ajuste para análise pelas Consultorias Jurídicas quando os administradores tiverem dúvidas sobre a

legitimidade de algumas das cláusulas impostas, ou sobre o alcance de seus termos.

Temos, desse modo, que a contratação de fornecimento de energia elétrica pelos órgãos da União, quando essa está na condição de

mera consumidora não livre, pertencente ao Grupo "B", é formalizada mediante contrato de adesão, prescindindo de análise jurídica prévia dos seus termos, já que inalteráveis, seja pela Concessionária, seja pelo Consumidor, podendo o administrador solicitar análise posterior de suas cláusulas caso suspeite da ilegitimidade de alguma delas.

“...a contratação de fornecimento de energia elétrica pelos órgãos da União, quando essa está na condição de mera consumidora não livre, pertencente ao Grupo “B”, é formalizada mediante contrato de adesão, prescindindo de análise jurídica prévia dos seus termos, já que inalteráveis, seja pela Concessionária, seja pelo Consumidor, podendo o administrador solicitar análise posterior de suas cláusulas caso suspeite da ilegitimidade de alguma delas.”

II - DO PRAZO INDETERMINADO DOS CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA

Os contratos para fornecimento de energia elétrica ao qual aderem os consumidores não livres⁸ também possuem uma característica peculiar,

³ Consumidor livre: consumidor que pode optar pela compra de energia elétrica junto a qualquer fornecedor, conforme legislação e regulamentos específicos (art. 2.º, IV, da Resolução n.º 456/2000 - ANEEL).

[...]

§ 3º A contratação livre dar-se-á nos termos do art. 10 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, mediante operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários e autorizados de geração, comercializadores e importadores de energia elétrica e os consumidores que atendam às condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, com a redação dada por esta Lei (art. 1.º, § 3.º, da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004 - ANEEL).

[...]

Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica (Art. 15 da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995).

Art. 16. É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica (Art. 16 da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995).

⁴ Art. 3.º, I, "e", da Resolução n.º 456/2000 - ANEEL.

⁵ Grupo "B": grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão inferior a 2,3 kV, ou, ainda, atendidas em tensão superior a 2,3 kV e faturadas neste Grupo nos termos definidos nos arts. 79 a 81, caracterizado pela estruturação tarifária monômia [...] (art. 2.º, XXIII, da Resolução n.º 456/2000 - ANEEL).

⁶ "Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo." (art. 54, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, "Código de Defesa do Consumidor").

⁷ Pois os contratos de fornecimento (art. 2.º, VI, da Resolução n.º 456/2000 - ANEEL) celebrados por consumidores livres, que integram o Grupo "A" (art. 2.º, XXII, da Resolução n.º 456/2000 - ANEEL), podem ser negociados (art. 23 da Resolução n.º 456/2000 - ANEEL).

⁸ Já os contratos de fornecimento celebrados por consumidores livres devem conter prazo de vigência (art. 23, VI, da Resolução n.º 456/2000 - ANEEL).



derivada do próprio princípio da continuidade⁹ imposto aos concessionários, qual seja, **vigoram por prazo indeterminado**.

Assim é que, uma vez iniciado o fornecimento, a relação contratual entre a concessionária e o consumidor só poderá ser encerrada: ou (1) por ação do consumidor, mediante pedido de desligamento da unidade consumidora, observado o cumprimento das obrigações previstas no contrato de adesão¹⁰, ou (2) por ação da concessionária, quando houver pedido de fornecimento formulado por novo interessado referente à mesma unidade consumidora¹¹.

A tais contratos, portanto, em que a Administração Pública é mera usuária, não se aplica a vedação constante do *caput* do art. 57 da Lei n.º 8.666/93, nem a do seu § 3.º, por incabíveis (art. 62, § 3.º, II, da Lei n.º 8.666/93) na hipótese, já que a autarquia legalmente responsável pela regulação¹² do setor regrou de forma diversa.

Melhor explicando, não há necessidade de a cada exercício se contratar diretamente por dispensa de licitação se o fornecimento de energia elétrica vem sendo realizado com base em contrato de adesão outrora remetido pela concessionária à União, pois tais ajustes se caracterizam por vigorarem por prazo indeterminado.

III - A CONTRATAÇÃO DIRETA, POR DISPENSA DE LICITAÇÃO, DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA

O art. 24, XXII, da Lei n.º 8.666/93, prevê, como hipótese de dispensa de licitação, a contratação de

fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica.

O parágrafo único do art. 26 da mesma norma, por sua vez, exige que os processos de dispensa de licitação sejam instruídos, no que couber, com a razão da escolha do fornecedor ou executante e justificativa do preço.

Ocorre que, nos casos em que a União for consumidora não livre de energia, não haverá porque justificar a escolha do fornecedor, pois tais circunstâncias são caracterizadas precisamente pela ausência de liberdade na escolha. É dizer, os consumidores não livres, como diz a própria locução, não podem escolher com quem contratar. São obrigados a contratar com o concessionário titular da área geográfica em que se localizam.

A justificativa do preço também é despicienda quando a União é consumidora não livre, pois os reajustes e revisões nas tarifas dos serviços públicos concedidos são homologadas pelo Poder Concedente (art. 29, V, da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995), através de autarquia sua: a ANEEL (art.

3.º da Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996, com a redação dada pela Lei n.º 10.848, de 15 de março de 2004).

O preço pago, portanto, é único, não distinguindo o destinatário do Grupo "B", seja particular, seja a União (como mera consumidora).

IV - CONCLUSÕES

A contratação de fornecimento de energia elétrica pelos órgãos da União, quando essa

⁹ Art. 6.º, § 1.º, da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, c/c art. 95 da Resolução n.º 456/2000 - ANEEL.

¹⁰ Art. 113, I, da Resolução n.º 456/2000 - ANEEL.

¹¹ Art. 113, II, da Resolução n.º 456/2000 - ANEEL.

¹² Art. 3.º, XIX, da Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996, acrescentado pela medida provisória nº 144, de 10 de dezembro de 2003, convertida na Lei n.º 10.848, de 15 de março de 2004.



está na condição de mera consumidora não livre, pertencente ao Grupo "B", é formalizada mediante **contrato de adesão**, prescindindo de análise jurídica prévia dos seus termos, já que **inalteráveis**, seja pela **Concessionária**, seja pelo **Consumidor**, podendo o administrador solicitar análise posterior de suas cláusulas caso suspeite da ilegitimidade de alguma delas.

Os contratos para fornecimento de energia elétrica ao qual aderem os consumidores não livres possuem uma característica peculiar, derivada do princípio da continuidade imposto

aos concessionários, qual seja, vigoram por prazo indeterminado, não havendo necessidade de a cada exercício se contratar diretamente por dispensa de licitação se o fornecimento de energia elétrica vem sendo realizado com base em contrato de adesão outrora remetido pela concessionária, pois tais ajustes se caracterizam por vigorarem por prazo indeterminado.

Quando a União for consumidora não livre de energia, a contratação direta prescindirá da justificativa da escolha do fornecedor e do preço.

A legitimidade para postular no processo administrativo e seus reflexos no poder de autotutela da administração pública

**Carlos Aley Santos de Melo – Advogado da União
Manuela Freire Silva – Advogada da União**

Direito Administrativo e Processual. Legitimidade para postular no âmbito administrativo. Reflexos no decurso do prazo prescricional e decadencial. Influência no Poder de Autotutela da Administração Pública. Impossibilidade de rever seus próprios atos quando ocorrida a prescrição e a decadência.

I - INTRODUÇÃO

O Processo Administrativo é o meio que os administrados têm de postular perante a Administração Pública, cujo procedimento é regulado por uma concatenada seqüência de atos que devem revestir-se de um mínimo de pressupostos de existência e requisitos de validade, mesmo diante do princípio da informalidade que se aplica aos processos da espécie.

Por outro lado, a própria Administração Pública, em vista de seu Poder de aplicar a lei de ofício e de autotutelar-se, faz com que o aparato estatal movimente-se, conferindo e negando direitos, muitas vezes, sem a necessidade de uma manifestação ou provocação formal e expressa dos interessados, vindo a atenuar o rigorismo

do Processo Administrativo, uma vez que, na maioria das vezes, o próprio Poder Público pode e deve agir mesmo diante da inércia do titular do direito envolvido.

Entretanto, existem situações em que a manifestação inidônea do interessado apresenta-se como requisito para que a Administração Pública pratique atos com plena validade jurídica, como se observa nos casos em que ocorre a prescrição e a decadência, haja vista a ocorrência de tais institutos inibirem a atuação administrativa *ex officio*, uma vez que ao gestor público não é conferido o poder de relevar a prescrição ou a decadência que favorece a Administração Pública.

Sendo assim, muitas vezes a Administração depara-se com situações em que, não obstante reconheça, em tese, o direito do administrado, não lhe pode outorgá-lo ante a sua inércia em exercê-lo ou em postular a sua pretensão validamente.

É nesse contexto que se observa a importância do manejo válido e regular do processo administrativo, haja vista o administrado somente poder impedir a ocorrência da prescrição e/ou da decadência caso formule postulações válidas

perante o Poder Público, uma vez que se esse ato postulatório estiver eivado de nulidade não terá o condão de impedir a ocorrência dos institutos em análise.

Portanto, no presente trabalho será feita uma análise da legitimidade para postular no âmbito administrativo, bem como dos institutos da prescrição e da decadência, onde será demonstrado que, apesar de o Poder Público ter a prerrogativa de aplicar a lei de ofício, tal ato não será validamente possível se o direito a ser reconhecido houver decaído ou se a sua pretensão estiver prescrita, o que somente pode ser impedido com a manifestação válida e regular do legitimado a postular no âmbito administrativo.

II - A LEGITIMIDADE PARA POSTULAR NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

A teoria geral do processo, apesar de mais amplamente difundida, aplicada e estudada nas esferas cível e penal, também se aplica aos feitos administrativos, bem como em todos os casos em que o Estado seja chamado a manifestar-se.

Assim, em todos os processos, sejam judiciais ou administrativos, existe uma parte demandando solução de problema a ser analisado e resolvido independentemente de qual seja o direito concreto do postulante.

Desse modo, apresentada uma postulação ao Estado – Administração, este, utilizando o seu Poder de resolver conflitos em casos concretos, no âmbito administrativo e sem cunho de definitividade, tem por dever fornecer uma resposta objetiva e concreta ao administrado-postulante, mesmo que essa resposta seja o indeferimento de sua pretensão, ante a constatação de sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico vigente.

Na verdade, o pleito apresentado pelo administrado no processo administrativo estabelece o conteúdo de sua demanda, mas não se confunde com o próprio direito material invocado, conforme se observa da lição de Freddie Didier Jr., ao tratar da ação no âmbito judicial, *verbis*:

“Toda ação concretamente exercida pressupõe a existência de, pelo menos, uma relação jurídica de direito substancial. Ocorrido o fato da vida previsto no substrato fático de uma determinada norma jurídica, ter-se-á, pela incidência da norma, um fato jurídico. Somente a partir de então é que se poderá falar de situações jurídicas e de todas as demais categorias de efeitos jurídicos (eficácia jurídica). Nesse contexto, a demanda (entendida como conteúdo da postulação) é o nome processual que recebe a relação jurídica substancial quando posta à apreciação do Poder Judiciário. Inexistindo ao menos a afirmação de uma relação jurídica de direito material, inexistirá demanda-conteúdo e a demanda ato será um recipiente vazio! ”

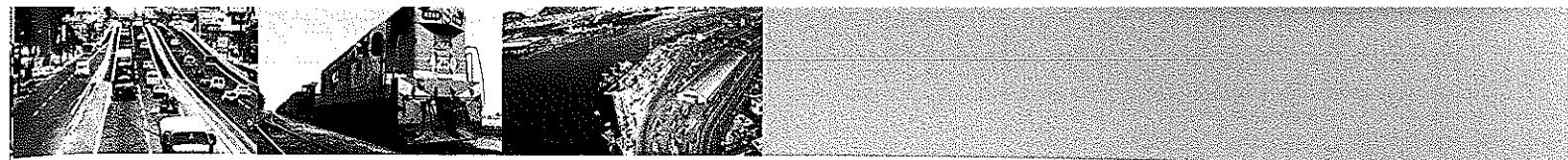
Nesse sentido é o entendimento de J. Cretella Jr., ao prelecionar a aproximação do processo contencioso administrativo do processo civil, como adiante se observa, *in verbis*:

“A pendência do processo, qualquer que seja, determina entre os sujeitos participantes de uma relação jurídica – a relação jurídico-processual –, relação especial, antes inexistente, que estabelece entre os sujeitos interessados vínculos juridicamente relevantes e juridicamente regulados. Esta relação constitui uma unidade, mas unidade complexa, que perdura e progride desde o primeiro até o último ato do processo (Liebmam, op. Cit., 29)².”

Na verdade, trata-se de verdadeiro contencioso administrativo processado e finalizado no âmbito da Administração Pública, razão pela qual, a fim de regulamentar este Dever-Poder, o Legislador Federal editou a Lei 9.784/99, estabelecendo procedimentos gerais a serem

¹ Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 7^a ed. Editora Podivm. Salvador: 2007, p. 159.

² Prática do Processo Administrativo. 5 ed. Editora Revista dos Tribunais: 2006, p. 47.



adotados no âmbito do Processo Administrativo Federal, garantido legislativamente o direito dos administrados postularem suas pretensões perante os entes públicos.

Por outro lado, estes mesmos postulantes que tiveram os seus direitos assegurados pela referida legislação federal, quando pretenderem apresentar suas pretensões ao contencioso administrativo, terão que preencher as condições da ação e os pressupostos processuais, como em qualquer processo, haja vista a aplicação de sua teoria geral também no âmbito administrativo, obviamente com as ressalvas e as peculiaridades que o caso requer.

Nesse diapasão, para que os postulantes no âmbito administrativo tenham uma manifestação de mérito quanto à pretensão deduzida, não poderão faltar, *prima facie*, o interesse, a legitimidade e a possibilidade jurídica do pedido apresentado à administração, que consubstanciam as condições da ação, pois também segundo J. Cretella Jr., *in verbis*:

"O processo administrativo, nesse particular, aproxima-se do processo penal, no qual o Estado está "contra" ou "adverso" ao cidadão e num dos extremos da relação radica todo o aparelhamento estatal dirigido ao acusado. No processo penal e no processo administrativo, a relação não ocorre entre dois particulares, mas entre o Estado, praticamente o autor, versus o administrado, particular ou funcionário público, acusado ou indiciado³."

Sendo assim, não se pode admitir que alguém sem legitimidade possa apresentar pretensões a direitos afetos à esfera jurídica de outrem, sob pena de não estar preenchida uma das condições da ação, qual seja, a legitimidade *ad causam*.

Portanto, v. g., não se pode postular, em nome próprio, direito alheio, o que, salvo as exceções expressamente dispostas em lei, é vedado pelo ordenamento jurídico vigente, conforme se

depreende do artigo 6º do Código de Processo Civil, aplicável ao caso por tratar-se de matéria afeta à teoria geral do processo.

Nesse sentido também é o artigo 9º da Lei 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal, ao estabelecer que são legitimados a postular administrativamente "as pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação", ou seja, é o que Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery chamam de "*Legitimação Ordinária. Quando há coincidência entre a legitimação de direito material e a legitimidade para estar em juízo, diz-se que há legitimação ordinária para a causa*⁴."

Em outras palavras, para deduzir uma pretensão processual, seja no âmbito judicial ou administrativo, faz-se necessário ter uma relação de direito material com o objeto pretendido, de modo que este faça parte, ao menos em tese, de sua esfera jurídica. É o que se convencionou chamar de "*pertinência subjetiva da ação*", na feliz lição de Fredie Didier Jr., ao reportar-se a Alfredo Buzaid e prelecionar, *in verbis*:

"A esse poder, conferido pela lei, dá-se o nome de legitimidade ad causam ou capacidade de conduzir o processo. Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora, "decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso". Para exemplificar: se alguém pretende obter uma indenização de outrem, é necessário que o autor seja aquele que está na posição jurídica de vantagem e o réu seja o responsável, ao menos em tese, pelo dever de indenizar⁵."

Na verdade, o artigo 9º, incisos III e IV da Lei 9.784/99 (Processo Administrativo Federal) confere legitimidade a alguns entes para que com o preenchimento de determinados

³ Prática do Processo Administrativo. 5 ed. Editora Revista dos Tribunais: 2006, p. 46.

⁴ Código de Processo Civil Comentado. 8 ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2004, p. 399.

⁵ Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 7ª ed. Editora Podivm. Salvador: 2007, p. 159.



requisitos possam postular na via administrativa ainda que em defesa de direito material atinente a esfera jurídica alheia.

Nesse sentido, vem a calhar a lição de Nelson Nery Júnior Rosa Maria de Andrade Nery, *in verbis*:

"Legitimidade para o processo e para a causa. Tanto o que propõe quanto aquele em face de quem se propõe a ação devem ser partes legítimas para a causa. Somente é parte legítima aquele que é autorizado pela ordem jurídica a postular em juízo. A norma trata tanto da legitimatio ad processum quanto da legitimatio ad causam ou material (Arruda Alvim, trat, I, 329). Quando aquele que se afirma titular do direito discutido em juízo não é a parte legítima diz-se tratar de legitimação extraordinária, da qual a substituição processual (CPC 6º) é espécie, quando há descoincidência entre a titularidade do direito material e a legitimação para a causa⁶."

Nesse sentido, apesar da lição citada acima se referir a processo judicial, não há como negar a sua decorrência da teoria geral do processo, o que aproxima o contencioso administrativo do judicial, como se vê da acerta lição de José dos Santos Carvalho Filho, *in verbis*:

"Não há a menor dúvida de que [os processos administrativo-contenciosos], em sua aparência e no procedimento, guardam semelhanças com o processo judicial, sendo, por isso, comumente denominados de processos judicialiformes, ou seja, processos que têm a forma de processos judiciais⁷."

Portanto, tendo em vista que os processos administrativos contenciosos, conforme lecionam os eminentes doutrinadores citados acima, têm a forma dos processos judiciais, deve-se aplicar àqueles todas as formalidades destes, inclusive e principalmente, quanto à legitimidade, a fim de evitar que pessoas estranhas interfiram na

relação que o Poder Público entretém com os seus administrados, naquilo que lhes é pertinente.

III - DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Os institutos da prescrição e da decadência apresentam inúmeras semelhanças, haja vista estarem ambos ligados à inércia do titular de um direito por um determinado período de tempo estabelecido em lei ou convencionado pela vontade das partes, cujo resultado é a perda do próprio direito ou da pretensão de buscar a reparação de quem o ofendeu⁸.

Na verdade, a distinção entre prescrição e decadência é um dos pontos mais tormentosos da ciência do direito, notadamente pela confusa forma com que a legislação pátria vem tratando da matéria ao longo da história, a exemplo do Código Civil de 1916, que estabelecia, indistintamente, prazos decadenciais e prespcionais, como se todos fossem desta última espécie, como se observa das linhas traçadas por Silvio de Salvo Venosa, ao prelecionar que: *"A situação mais ainda se confunde porque o Código de 1916 descreveu casos de prescrição e casos de decadência no mesmo dispositivo, sem mencionar expressamente a decadência (art. 178)⁹"*

Conforme se infere da lição do festejado doutrinador, o Código Civil de 1916, já revogado, foi um dos maiores responsáveis pela confusão doutrinária que se formou em torno dos institutos, ao fixar, sem distinção científica, prazos de exercício de direitos e de pretensões de direitos violados, respectivamente ligados à decadência e à prescrição.

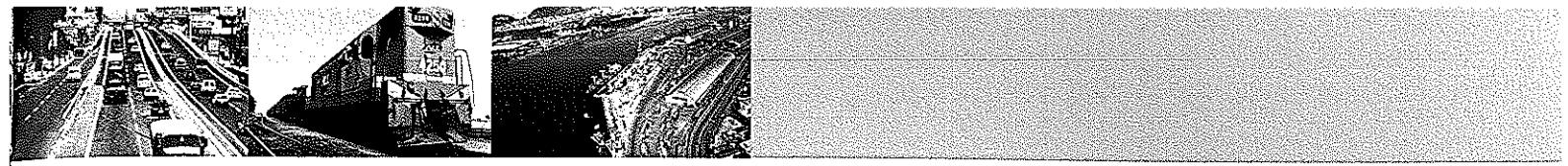
Atualmente, em virtude de uma maior sistematização do Novo Código Civil de 2002, têm-se traçado paralelos distintivos mais consentâneos aos institutos, de modo que não se diferenciam mais os institutos apenas pelos seus efeitos, mas sim pela natureza jurídica específica de cada um.

⁶ Código de Processo Civil Comentado. 8 ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2004, p. 389.

⁷ Manual de Direito Administrativo. 12 ed. Editora Lumen Júris, Rio de Janeiro: 2005, p. 885.

⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Vol. I. 3 ed. Editora Atlas. São Paulo: 2003, p. 618.

⁹ Direito Civil. Vol. I. 3 ed. Editora Atlas. São Paulo: 2003, p. 620.



A decadência ocorre em direitos potestativos, onde o próprio exercício do direito é uma faculdade que pode ser exercida ou não em face de outrem. Entretanto, uma vez que o titular do direito deixa escoar, *in albis*, o prazo para o seu exercício, ocorre, incontinenti, a sua extinção. É o caso daquele que, v. g. pratica um ato jurídico sob coação, e, cessada esta, deixa de exercer o seu direito de anulá-lo por um lapso temporal capaz de gerar a decadência. Nesse caso, operado o referido prazo, deixa de haver o direito potestativo do titular, de modo que o ato não mais poderá ser anulado, ocorrendo a sua convalidação. É nesse sentido a lição de Silvio de Salvo Venosa, *in verbis*:

"O objeto da decadência, portanto, é o direito que nasce, por vontade da lei ou do homem, subordinado à condição de seu exercício em limitado lapso de tempo. Todo direito nasce de um fato a que a lei atribui eficácia para gerá-lo. Este fato pode ser acontecimento natural, assim como pode emanar da vontade, transfigurando-se em ato jurídico (ou negócio jurídico) praticado no intuito de criar direitos. [...] Se o titular do direito deixa de exercê-lo, deixando transcorrer em branco o prazo, sem tomar a iniciativa, opera-se sua extinção, a caducidade ou decadência, não sendo lícito ao titular colocá-lo em atividade¹⁰."

Já a prescrição é a perda do poder que tem o titular de um direito violado em perseguir a sua restauração, ou seja, a perda da pretensão, que, na feliz lição de Nelson Rosenvald, vem a ser "... a exigibilidade, o poder que tem o credor de impor aquilo que lhe foi espontaneamente recusado. O credor se arma com o poder de ingressar no patrimônio do devedor, pois este responde pelos seus débitos, com os seus bens presentes e futuros (art. 591, do CPC)¹¹."

Para que o referido instituto venha a eclodir no mundo jurídico, faz-se necessário a prévia existência de um direito, que posteriormente

venha a ser violado, momento em que nasce a pretensão, extinguindo-se com o decurso do lapso temporal legalmente estabelecido.

Voltando-se ao exemplo do ato jurídico oriundo de uma coação, suponha-se que o direito potestativo de anulá-lo não tenha sido exercido e, portanto, tenha sido extinto, convalidando o ato. Suponha-se, ainda, que o ato gerou para o seu emissor a obrigação de pagar uma determinada quantia a outrem, e, que, no dia estabelecido, não seja efetuado o pagamento. Nesse momento, nasce para o beneficiário a pretensão consistente no poder de exigir daquele que deveria ter efetuado o pagamento, o seu efetivo adimplemento.

Na verdade, segundo Nelson Rosenvald, tendo em vista que a prescrição pode ser objeto de renúncia, a sua ocorrência não acarreta a extinção da pretensão, mas apenas cria um instrumento de defesa para o sujeito passivo da obrigação e, valendo-se das lições de José Carlos Barbosa Moreira, arremata afirmando que a pretensão funciona como uma espada e a prescrição como um escudo que "... neutraliza a pretensão do credor, mas não suprime a espada das mãos do credor.". Assim, o uso do escudo seria uma faculdade do devedor, mas que, em todo caso, não suprimiria a existência da espada nas mãos do credor. É por isso que o pagamento espontâneo da obrigação prescrita não gera direito de repetição de indébito¹².

No âmbito administrativo, a prescrição e a decadência de direitos e/ou pretensões dos administrados perante o Poder Público também sofreu grande confusão legislativa, doutrinária e jurisprudencial, tanto é que o Decreto 20.910/32, que trata da prescrição no âmbito administrativo, em seus artigos 1º e 2º, assim dispõe:

"Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a natureza,

¹⁰ Direito Civil. Vol. I. 3 ed. Editora Atlas. São Paulo: 2003, p. 620.

¹¹ Leituras Complementares de Direito Civil. Coord.: Cristiano Chaves de Farias. Editora Podivm. Salvador: 2007, p. 180.

¹² Leituras Complementares de Direito Civil. Coord.: Cristiano Chaves de Farias. Editora Podivm. Salvador: 2007 p. 182.



prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originem.

Art. 2º Prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito ou prestações correspondente a pensões vencidas ou por vencerem, ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças." (grifo nosso).

Conforme se observa, a legislação de regência não faz qualquer distinção entre a perda do direito, da ação e/ou da pretensão, afirmando tratarem-se todos de direitos prescritíveis.

Entretanto, tal fato, por si só, não é suficiente para desnaturar um instituto milenar do direito, de modo que quando se estiver diante de direitos potestativos, ocorrerá a prescrição, mesmo que esta seja em favor da Fazenda Pública, devendo-se, todavia, serem aplicados sempre o prazo quinquenal, ou outro menor estipulado pela legislação, já que, na feliz lição de José dos Santos Carvalho Filho, quando a legislação ordinária estabelecer um prazo menor de prescrição, deve ser aplicado em favor do ente público, uma vez que a prescrição quinquenal foi estabelecida para beneficiá-lo, e, portanto, não lhe pode causar maior gravame do que aquele aplicado aos demais entes personalizados, mesmo em se tratando de lei especial¹³.

Portanto, em favor do Poder Público, aplica-se sempre o prazo de 5 (cinco) anos, seja em caso de decadência ou de prescrição, apesar de omissão legislativa quanto à distinção, o que se justifica por conta do ambiente legislativo, doutrinário e jurisprudencial em que foram regulamentadas, onde a própria legislação ordinária não traçava o dístico correto entre os dois institutos.

IV - A AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PARA POSTULAR ADMINISTRATIVAMENTE E SEUS REFLEXOS NA PRESCRIÇÃO E NA DECADÊNCIA

Conforme anteriormente mencionado, o processo administrativo é meio de que se vale

o interessado para obter uma pretensão junto à Administração Pública.

Referido instrumento traz a peculiaridade de não possuir uma sistematização uniforme, diferentemente do que ocorre nos processos judiciais. Tal constatação, entretanto, não permite concluir que nos processos administrativos há um informalismo absoluto, sendo imprescindível a observância dos princípios e normas jurídicas do ordenamento, sob pena de sua conclusão não estar incutida nas regras gerais de direito.

Para que os postulantes no âmbito administrativo tenham uma manifestação de mérito quanto à pretensão deduzida não poderão faltar o interesse, a legitimidade e a possibilidade jurídica do pedido, uma vez que as condições da ação devem se verificar também no processo administrativo, aplicando-lhe a teoria geral do processo.

No que tange à legitimidade, a Lei 9.784/99, que rege o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê no art. 9º, *in verbis*:

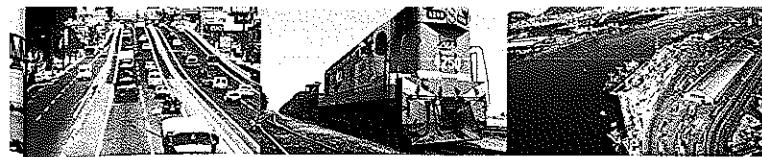
"Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:

- I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;*
- II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;*
- III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;*
- IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos."*

Do requerimento administrativo frente ao Poder Público decorre a interrupção da prescrição e não mais se pode falar em decadência, tendo em vista que a manifestação do interessado rompe a inércia capaz de aniquilar o seu direito.

Observe-se, entretanto, que não é qualquer requerimento administrativo que afastará o

¹³ Manual de Direito Administrativo. 12 ed. Editora Lumen Júris, Rio de Janeiro: 2005, p. 513.



risco da prescrição e/ou da decadência, sendo imprescindível que se trate de um requerimento idôneo.

Dessa forma, apenas o pedido realizado por quem tem legitimidade para fazê-lo terá o condão de romper a inércia e consequentemente afastar a possibilidade de decretação da prescrição ou da decadência.

O pedido realizado por quem não é titular do direito ou por quem não tem poderes de representação não é capaz de afastar uma eventual verificação dos institutos preclusivos. Isso se observa tanto nos casos em que o primeiro requerimento frente à Administração é realizado por quem não tem legitimidade, quanto nos casos em que o primeiro pedido é feito por quem tem legítimo interesse, mas no decorrer do procedimento administrativo outro, que não o detém, prossegue na condução do mesmo. No primeiro caso, com o decurso do tempo, pode ser verificada a ocorrência de decadência; e, no segundo, a de prescrição.

Quando se trata de obtenção de direitos junto à Administração, não podemos esquecer, entretanto, o princípio da autotutela, segundo o qual a Administração, ao defrontar-se com equívocos cometidos no exercício de sua atividade, pode revê-los a fim de restaurar a situação de regularidade. A aplicação desse princípio, segundo José dos Santos Carvalho Filho¹⁴, não é apenas uma faculdade conferida à Administração, revelando-se como um dever, uma vez que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, o Estado permaneça inerte e desinteressado.

Nos processos administrativos, o exercício da autotutela pela Administração ganha respaldo nas próprias peculiaridades desse tipo de procedimento, onde, segundo Maria Sylvia Zanella de Pietro, se "estabelece uma relação bilateral, *inter partes*, ou seja, de um lado, o

administrado que deduz uma pretensão e, de outro, a Administração que, quando decide não age como terceiro, estranho à controvérsia, mas como parte que atua no próprio interesse e nos limites que lhe são impostos por lei¹⁵."

Da aplicação desse princípio decorre que, ainda que se trate de pedido realizado por parte ilegítima, a Administração deverá concedê-lo se verificar a sua procedência, em observância também ao princípio da legalidade.

Esse poder conferido à Administração está consagrado, sendo, inclusive, objeto de firme orientação do Supremo Tribunal Federal através das Súmulas 346 e 473.

Cumpre ressaltar, entretanto, que para que se verifique a aplicação desse poder autotutela pela Administração nos casos em que o pedido provém de parte ilegítima, é imprescindível que ainda não tenha se verificado a ocorrência de prescrição e de decadência, uma vez que esses institutos não podem ser relevados pelo agente administrativo.

Esse entendimento encontra respaldo nas lições de Elody Nassar ao prescrever que: "Cabe ao administrador somente o dever de guardar o patrimônio público para a finalidade a que está vinculado. O detentor da disponibilidade é o Estado.

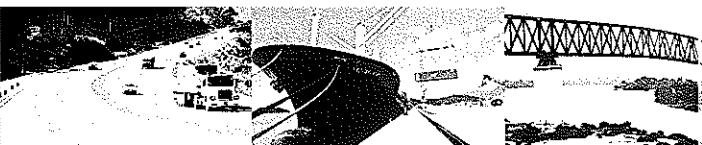
Daí porque torna-se necessária a lei para alienar bens, para outorgar concessão de serviço público, para transigir, para renunciar, para confessar, para relevar a prescrição. É a norma que dispõe sobre os bens, direitos, interesses e serviços públicos, não o administrador, ao seu alvedrio¹⁶."

Dessa forma, segundo o princípio da autotutela a Administração pode rever um ato, ainda que o pedido tenha sido realizado por parte ilegítima, porém não de forma absoluta, uma vez que nada poderá fazer se sobre o direito encontrar-se o manto da prescrição ou da decadência.

¹⁴ Manual de Direito Administrativo. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro: 2005, p. 23.

¹⁵ Direito Administrativo. Editora Atlas S.A. São Paulo: 2002, p. 505.

¹⁶ Prescrição na Administração Pública. Editora Saraiva. São Paulo: 2006, p. 50, *Grifo nosso*.



A ausência de legitimidade, portanto, traz reflexos importantes quando da obtenção de direito pelo administrado, tendo em vista que somente a postulação idônea, ou seja, a que, dentre outros requisitos, provém de parte legítima, tem o condão de interromper a prescrição ou de afastar a verificação da decadência.

V - CONCLUSÃO

O processo administrativo tem como característica o formalismo moderado. Isso decorre da inexistência de uma norma específica que o regule.

A ausência de disciplina legal e a necessidade de adoção de algumas formalidades em virtude da segurança jurídica levam à aplicação das regras gerais do processo civil.

Dentre as normas de processo vigentes, os requerimentos administrativos, para serem conhecidos pela Administração e ao final sofrerem um juízo decisório, precisam atender às condições da ação.

Uma das condições da ação que deve ser atendida nos processo administrativos é a legitimidade. Para postular administrativamente o interessado deve ser o legítimo detentor do direito ou, ainda, estar legalmente habilitado para requerer em nome de outrem.

O requerimento administrativo, se investido dos requisitos necessários, tem o condão de interromper a prescrição ou de impossibilitar a ocorrência da decadência. Para isso, ressalte-se, precisa estar em conformidade com as normas gerais de processo e, se for no âmbito federal, com a Lei n.º 9.784/99.

Dessa forma, a legitimidade para requerer é requisito fundamental, devendo sofrer uma análise minuciosa, uma vez que o requerimento formulado por parte ilegítima não tem o poder de interromper a prescrição, nem de provocar o afastamento da decretação de decadência, tendo em vista que o prazo continua a correr até que se manifeste a parte que detém legitimamente o direito de fazê-lo.

E, ainda, para que a Administração possa, no exercício do seu poder de autotutela, conceder o pedido realizado por parte ilegítima, não o poderá fazer se já houver ocorrido a prescrição ou a decadência, tendo em vista que tal direito não se encontra na esfera de atuação do gestor público.

A importância da legitimidade em postular administrativamente verifica-se, portanto, em virtude do fato de que o requerimento realizado sem observância dessa formalidade não tem o condão de paralisar os prazos da prescrição e da decadência, impossibilitando a Administração de atuar no exercício do seu poder de autotutela, independentemente de quem está postulando, tendo em vista que não é possível ao administrador dispor desses institutos, que têm o Estado como seu titular.

VI - BIBLIOGRAFIA

- DIDIER JR., Fedie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 7ª ed. Editora Podivm. Salvador: 2007;
- CRETELLA JR., José. *Prática do Processo Administrativo*. 5ª ed. Editora Revista dos Tribunais: 2006;
- NERY JR., Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 8ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2004;
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12ª ed. Editora Lumen Júris, Rio de Janeiro: 2005;
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. I. 3ª ed. Editora Atlas. São Paulo: 2003;
- ROSENVALD, Nelson. *Leituras Complementares de Direito Civil*. Coord.: Cristiano Chaves de Farias. Editora Podivm. Salvador;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Editora Atlas S.A. São Paulo: 2002;
- NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. Editora Saraiva. São Paulo.

Descentralização administrativa e o litisconsórcio passivo entre União e autarquia

**Débora G. de Godoy e Vasconcelos – Advogada da União
Vinícius Torquetti Domingos Rocha – Advogado da União**

A Administração Pública, entendida em seu sentido subjetivo¹, exprime o conjunto de órgãos e agentes estatais estabelecidos para o atendimento do interesse público. Contudo, necessário se faz que este atendimento ocorra de forma racionalizada e eficiente. Para tanto, a organização administrativa do Estado é desempenhada basicamente por meio de três modalidades: centralização, descentralização e desconcentração.

Segundo Carvalho Filho²: “A centralização é a situação em que o Estado executa suas tarefas diretamente, ou seja, por intermédio dos inúmeros órgãos e agentes administrativos que compõem sua estrutura funcional. Pela descentralização, ele o faz indiretamente, isto é, delega a atividade a outras entidades. Na desconcentração, desmembrá órgãos para propiciar melhoria na sua organização estrutural.”

O ponto de contato entre a Administração Centralizada e a Descentralizada será sempre sua

atuação em prol do atendimento das demandas da sociedade. Somente se justifica a criação de outras Entidades para o melhor atendimento das necessidades públicas. Além disso, todos os Princípios que regem a Administração Pública Centralizada também são, *mutatis mutandis*, de observância obrigatória pela Administração Pública Descentralizada³.

Na desconcentração administrativa existe apenas uma pessoa jurídica, havendo hierarquia e subordinação entre os diversos órgãos que compõem a estrutura estatal. Já na descentralização administrativa existem duas pessoas jurídicas distintas, não havendo hierarquia entre elas, mas tão somente vinculação.

Pode-se relacionar a Administração Centralizada à Administração Direta. Esta se caracteriza pelo fato de o Estado ser ao mesmo tempo titular e prestador do serviço. O serviço é prestado ao administrado diretamente pelo Estado, sem que haja a presença de interposta

¹ Além do critério subjetivo para identificação da função administrativa, a doutrina aponta ainda outros dois, o objetivo material, que analisa o conteúdo da atividade, e o objetivo formal, que se pauta na investigação do regime jurídico regente.

² José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 12^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 401.

³ A título de exemplo, pode-se citar a ressalva feita pelo e. Celso Antônio Bandeira de Mello quanto à submissão integral das sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas, no exercício de suas atividades-fim, às regras licitatórias.



pessoa. Existe desconcentração, ou seja, simples distribuição interna de feixes de competência aos diversos órgãos que compõem o Estado.

O conceito legal da Administração Direta encontra-se no art. 4º, I, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Por sua vez, a Lei 10.683, de 28 de maio de 2003, dispõe sobre a organização da Administração Direta Federal, indicando as atribuições da Presidência da República e dos Ministérios.

Já a Administração Descentralizada liga-se à noção de Administração Indireta, apesar de não se esgotar nela⁴. Aqui, o Estado, que possui a titulação sobre a atividade, atua por interposta pessoa, às vezes delegando a própria titularidade da atividade (como nos casos das Autarquias), às vezes apenas sua execução material. Importante ressaltar que também há desconcentração no seio da Administração Descentralizada.

A Administração Indireta é formada pelas Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, conforme disposto no art. 4º, II, do Decreto-Lei 200/67 e pode ser definida como conjunto de pessoas jurídicas, com vínculo com a Administração Direta, criadas ou autorizadas a funcionar com o objetivo de realizar atividades de modo descentralizado.

Quanto ao ato criador ou autorizativo de uma Entidade Descentralizada, trata-se de manifestação de vontade do Estado⁵, no exercício de um juízo discricionário exclusivo, no qual o Administrador pondera entre as

alternativas existentes e conclui que o melhor modo de executar determinada atividade é através de uma Entidade vinculada. Esta sempre deverá ser a razão de existir de uma entidade da Administração Indireta: a prestação de atividades de forma mais eficiente, racional e satisfatória para toda a sociedade.

Atento a este raciocínio, instituem-se, por exemplo, as Autarquias⁶, que são pessoas jurídicas de direito público, criadas por Lei, para execução de funções típicas de Estado, com capacidade de administração própria. Vale ressaltar que o regime jurídico a que se

submetem estas Entidades é o mesmo da Administração Direta, qual seja, de direito administrativo, com todas suas nuances e peculiaridades.

Na criação e funcionamento das Autarquias vige o Princípio da Especialidade. Por este Princípio, a Autarquia deverá desempenhar suas atividades nos estritos limites das competências que lhe foram atribuídas pela sua Lei de criação.

Noutros termos, a Lei criadora da Autarquia é a um só tempo: o fundamento para sua atuação e ainda o limite desta atuação. Qualquer desrespeito a esta regra, tanto por inação quanto por usurpação de competência, implica violação ao ordenamento jurídico.

Acerca do tema, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁷ consigna que:

“ (...) enquanto as pessoas naturais estão, respeitada a ordem normativa, habilitadas a fazer tudo que julguem conveniente, as pessoas jurídicas, principalmente as de direito público, só

⁴ A Administração Descentralizada ainda engloba a descentralização por colaboração ou delegação e a Administração sob regime de parceria (OS/OSCIPI).

⁵ Constituição Federal, art. 37, inciso XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

⁶ Por questão de didática, este trabalho irá se ater a análise da relação entre a Administração Direta e suas Autarquias, devendo ser estendido às relações com as demais Entidades da Administração Indireta, naquilo que couber.

⁷ Princípios Gerais da Administração Pública, Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 213.



podem e devem agir para o cumprimento dos fins que motivaram sua criação. Se o princípio da especialidade for violado, esses atos são havidos, em regra, como nulos. Entretanto, devem ser apreciados em face dos princípios gerais do direito, da individualização da matéria determinante da sua capacidade, e do direito positivo, que fixou as suas atribuições, isto é, os seus poderes e deveres, a fim de permitir interpretação adaptável ao caso.”

Por outro lado, uma vez criada determinada Autarquia, fica vedado à Administração Direta se aventurar naquelas atribuições que agora são de responsabilidade da Entidade Descentralizada, ressalvado o cabimento de eventual supervisão ministerial. O e. Bandeira de Mello⁸ ensina:

“Sendo, como são, pessoas jurídicas, as autarquias gozam de liberdade administrativa nos limites da lei que as criou; não são subordinadas a órgão algum do Estado, mas apenas controladas, como ao diante melhor se esclarece. Constituindo-se em centros subjetivados de direitos e obrigações distintos do Estado, seus assuntos são assuntos próprios; seus negócios, negócios próprios; seus recursos, não importa se oriundos de trespasso estatal ou hauridos como produto da atividade que lhes seja afeta, configuram ‘autonomia’ financeira, tanto como administrativa; ou seja, suas gestões administrativa e financeira necessariamente são de suas próprias alçadas – logo descentralizadas.”

Esta, com efeito, é uma correlação nodal: um Estado Democrático de Direito só se revela na integralidade se for compreendido como um Estado de Competências, ou seja, aquele no

qual os que exercem poderes públicos, no caso Administração Direta e Indireta, possuem campo delimitado de atuação por meio de regra jurídica prévia, expressa e objetiva. Fora dessa dimensão, há arbítrio, não exercício legítimo de poder; há sujeição, não representação dos reais titulares da vontade popular.

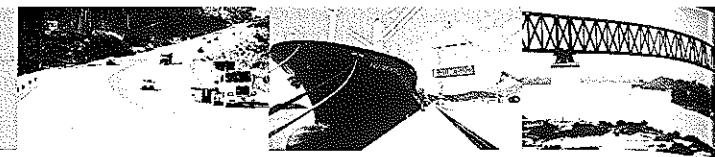
De fato, a idéia de esfera de competência como integrante do conceito de Estado Democrático de Direito consagra uma dupla garantia. *Primus*, a proibição de o agente exorbitar dos limites do agir autorizado, hipótese em que a sua atuação seria necessariamente arbitrária. *Secundus*, a imposição de agir em estrita harmonia com os fins da regra de competência, orientados, por força do imperativo democrático, ao atendimento dos interesses comuns.

À luz da compreensão do Estado Democrático de Direito como um Estado de Competências, nota-se a influência dos Princípios da Legalidade e Eficiência. Este último, frise-se, razão de existir das Entidades Descentralizadas.

A título de exemplo, pode-se citar o advento da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que dispôs sobre a reestruturação dos transportes aquaviários e terrestres, criou o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transportes, a Agência Nacional dos Transportes Terrestres – ANTT, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT.

A partir da vigência deste diploma legal, são atribuições daquelas Entidades Descentralizadas a implementação das diretrizes e políticas públicas ali estabelecidas, sendo defeso à União adentrar nesta seara.

⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 20^a ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 146.



Assim, se tanto por omissão quanto por excesso de ação uma Autarquia violar direito de terceiros deverá, *per si*, responder em Juízo⁹.

O fato de determinada Autarquia Federal, vinculada ao Ministério dos Transportes, ter sido demandada em juízo não implica, de modo maquinal e inexorável, que a União também deva integrar o pólo passivo da demanda. É de se lembrar: as Autarquias possuem personalidade jurídica e patrimônios próprios, devendo, portanto, responder individualmente pelas suas ações e omissões.

Nesse comenos, oportuno ressalvar que as Autarquias, como Pessoas Jurídicas de Direito Público Interno que são, trazem ínsita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que lhes deu vida. Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica da autarquia com a entidade estatal a que pertence, porque se isto ocorresse anularia o seu caráter autárquico.

Logo, não há que se falar em necessidade de a União Federal figurar como litisconsorte no pólo das demandas intentadas por aquelas pessoas jurídicas ou contra elas ajuizadas. As autarquias têm capacidade processual para ser parte nos processos e praticar atos em juízo.

Quanto à defesa judicial da Autarquia, com a Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002, foi criada a Procuradoria-Geral Federal, à qual foi assegurada autonomia administrativa e financeira, vinculada à Advocacia-Geral da União, incumbindo a esta última a sua supervisão¹⁰. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos,

a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-se em dívida ativa, para fins de cobrança. Portanto, as autarquias e fundações federais devem ser representadas pelos procuradores federais que integram a Procuradoria-Geral Federal, vinculada à Advocacia-Geral da União.

Destarte, não haveria sentido exigir-se a dupla participação de tais pessoas no pólo passivo da relação processual (União e Autarquias), pois haveria reiteração de defesas, quer da procuradoria da autarquia, quer da Advocacia da União, da qual, ressalte-se mais uma vez, fazem parte os Procuradores Autárquicos.

"Destarte, não haveria sentido exigir-se a dupla participação de tais pessoas no pólo passivo da relação processual (União e Autarquias), pois haveria reiteração de defesas, quer da procuradoria da autarquia, quer da Advocacia da União, da qual, ressalte-se mais uma vez, fazem parte os Procuradores Autárquicos."

Neste sentido, destaca-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, assim entendido¹¹:

As autarquias, pessoas jurídicas de direito público, autônomas e independentes, têm legitimidade para a prática de atos processuais, sendo representadas por seus procuradores autárquicos (Lei Complementar nº 73D 93, art. 17, inciso I). Logo, desnecessária a presença da União Federal como litisconsorte passivo

necessário. Inteligência do art. 47 do Código de Processo Civil.

A simples vinculação das Autarquias Federais à União implica tão-somente a supervisão e a coordenação que os órgãos da Administração Direta exercem sobre os entes da Administração Indireta, no exercício da chamada supervisão ministerial, prevista nos artigos 19 a 29 do Decreto-Lei 200/67.

Este controle exercido pelos órgãos da Administração Direta sobre as entidades da

⁹ V.g., se o Dnit faltou com os deveres de cuidado e segurança, seja porque não fez obras para corrigir o traçado irregular da pista, ou mesmo porque não construiu muretas de proteção ou apôs sinalização adequada, cabe a ele a responsabilidade pelos danos ocasionados a terceiros, pois resultantes de sua inércia.

¹⁰ CUNHA. Leonardo José da. A Fazenda Pública em Juízo. 4 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2006. Pg. 28

¹¹ REsp. 500.024/PE, Min. Rel. JORGE SCARTEZZINI, 5^a Turma, DOU 13/10/2003.



Administração Indireta envolve apenas a fiscalização de suas atividades, nos limites definidos na lei, para garantir a observância da legalidade e o cumprimento dos objetivos para os quais foram criadas, não tendo o condão de alterar a independência e a autonomia desses entes no desempenho regular de suas funções.

Ademais, é preciso lembrar que a Administração Direta e as Autarquias se submetem ao mesmo regime de responsabilidade civil e, ainda, ao mesmo sistema de precatórios para pagamento de seus débitos judiciais.

Não se apresenta lógico ou razoável que em toda ação em que o INSS figure como réu, por exemplo, a União também seja incluída no pólo passivo. Tal comportamento vai de encontro justamente à razão de existir da Administração Indireta: maior racionalização e eficiência do funcionamento da máquina administrativa. Qual seria então o sentido de realizar a descentralização administrativa? Afinal de contas, no último momento, ou seja, perante o Poder Judiciário, criador e criatura estariam colocados em igual patamar. E mais, sem qualquer benefício para a parte autora, na medida em que também deverão ser asseguradas à Administração Direta todas as garantias e prerrogativas materiais e processuais que lhes são de direito.

Assim, ao contrário do que possa parecer, a inclusão da União no pólo passivo ao lado da Autarquia, de forma precoce e desavisada, certamente provocará o surgimento de percalços processuais desnecessários. Sem mencionar, ainda, as dificuldades que a União enfrentará para formular qualquer defesa de mérito, já que a competência da titularidade e da execução

daquela atividade foi transferida, por Lei, à Entidade Autárquica.

Em um primeiro momento pode parecer que tal posicionamento atentaria contra os Princípios da Celeridade e Economia Processual. Entretanto, estes caros Princípios somente estarão efetivamente prestigiados quando o pólo passivo da demanda for corretamente indicado pela parte autora.

Somente na hipótese de exaustão dos recursos próprios da Entidade Descentralizada é que a União deverá ser responsabilizada, ou seja, de forma subsidiária.

Sobre o tema, é lição de Diógenes Gasparini¹²:

"Não se apresenta lógico ou razoável que em toda ação em que o INSS figure como réu, por exemplo, a União também seja incluída no pólo passivo. Tal comportamento vai de encontro justamente à razão de existir da Administração Indireta: maior racionalização e eficiência do funcionamento da máquina administrativa."

Tribunais (RT, 151:301 e RDA, 59:333). De fato, como sujeito de direitos e obrigações que é, cabe-lhe satisfazer as responsabilidades compromissadas e responder pelas consequências de seus atos e das ações de seus servidores quando causarem danos a terceiros. Assim, não se há de falar em responsabilidade solidária da Administração Pública por atos ou negócios da autarquia por ela criada."

Outro não é o entendimento de Bandeira de Mello¹³:

"Na mesma linha, e pelos mesmos fundamentos, doutrina e jurisprudência sempre consideraram,

¹² Diógenes Gasparini, Direito Administrativo, 9^a ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p.310.

¹³ ob. cit. p. 146.



outrossim, que quaisquer pleitos administrativos ou judiciais, decorrentes de atos que lhes fossem imputáveis, perante elas mesmas ou contra elas teriam de ser propostos – e não contra o Estado. Disto se segue igualmente que perante terceiros as autarquias são responsáveis pelos próprios comportamentos. A responsabilidade do Estado, em relação a eles é apenas subsidiária.”

Portanto, pode-se até admitir a formação de litisconsórcio passivo entre a União e a Autarquia, em demanda fundada por conduta violadora de direitos praticada pela última, desde que reste expressamente ressalvada na petição inicial, que eventual condenação da União seja apenas em caráter subsidiário.

Somente haveria responsabilização da União, após a demonstração da hipótese excepcional de que a Autarquia não suporta aquela condenação.

Por fim, imperioso ressaltar que a União não poderá ser condenada judicialmente a executar determinada atividade que por Lei é de atribuição da Autarquia. Trata-se da observância do Princípio da Legalidade, ao qual o Poder Judiciário também se submete¹⁴.

Em suma: é defeso a inclusão da União no pólo passivo da demanda pelo simples fato de ela ser o Ente criador daquela Autarquia. Não se pode transformar a exceção em regra, sob pena de violação à ordem jurídica e desprestígio aos Princípios da Legalidade e Eficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Assistência e Intervenção da União. Rio de Janeiro: Forense, 2006;
- CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, 12^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;
- CUNHA, Leonardo José da. A Fazenda Pública em Juízo. 4^a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2006;
- GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 9^a ed., São Paulo: Saraiva, 2004;
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 20^a ed., São Paulo: Malheiros, 2006;
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais da Administração Pública, Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969;
- NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado, p. 267, nota 09 ao art. 7º;
- SOUTO, Marcos Juruema Villela. Direito Administrativo Regulatório. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LEGISLAÇÃO

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível no endereço eletrônico <http://www.planalto.gov.br>;
- BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>;
- BRASIL Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>;
- BRASIL Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>;
- BRASIL. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

JURISPRUDÊNCIA

- Resp. 500.024/PE, Min. Rel. JORGE SCARTEZZINI, 5^a Turma, DOU 13/10/2003. Julgado disponível em www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia;

¹⁴ É claro que se a decisão final do Poder Judiciário entender de forma diferente, em que pese as críticas, ainda assim, ela deverá ser cumprida.



As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público como entidades do terceiro setor

Ana Flávia Borsali – Advogada da União

É corrente na doutrina atual a utilização da expressão Terceiro Setor. Esta é utilizada para designar a gama de entidades da sociedade civil que visam finalidade pública sem a intenção de lucro. É o desempenho de atividades de interesse público, embora por iniciativa privada. Nas organizações sem fins lucrativos, o objetivo principal não é o lucro financeiro, mas sim o fornecimento de melhores serviços possíveis com os recursos disponíveis. O Terceiro Setor coexiste com o Primeiro Setor que é o Estado e com o Segundo Setor que se resume ao mercado, ou seja, a iniciativa privada.

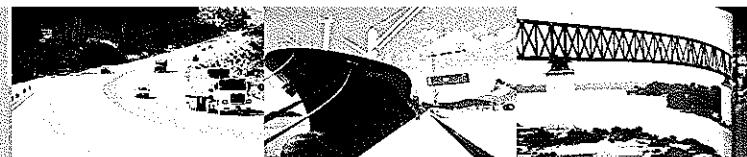
Importante destacar o porquê do nascimento do Terceiro Setor. A tentativa de reduzir o núcleo de atuação do Estado, que em determinado momento da história atingiu um estágio de sobrecarga de demandas, força a busca de alternativas. É a superação do modelo estatal do "Welfare State". A crise do estado do bem-estar social levou os doutrinadores e cientistas do direito a buscar na sociedade civil alternativas para responder às necessidades da população por bens e serviços que, em um passado recente, eram responsabilidade estatal.

Nesse contexto foi criado o Ministério da

Administração Federal e Reforma do Estado, cujo Ministro, Luiz Carlos Bresser Pereira, afirmou em uma das passagens do seu discurso de posse: *"É necessário reduzir o núcleo do próprio aparelho do Estado. Para isto, entretanto, a arma principal não é apenas a da privatização. Esta é fundamental para transferir para o setor privado as atividades produtivas voltadas para o mercado. Há uma segunda arma, que é a do desenvolvimento das organizações públicas não-estatais, das organizações voltadas para o interesse público, que não visam o lucro nem agem exclusivamente segundo os critérios de mercado. No Brasil é comum pensarmos que as organizações ou são estatais ou são privadas. Na verdade podem também ser públicas mas não-estatais."*

Em uma busca histórica no ordenamento jurídico brasileiro verifica-se que uma das primeiras leis que concediam qualificação às organizações sem fins lucrativos é a Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935. Seu artigo 1º sustentava:

Art 1º As sociedades civis, as associações e as fundações constituidas no país com o fim exclusivo de servir desinteressadamente



á collectividade podem ser declaradas de utilidade publica, provados os seguintes requisitos:

- a) que adquiriram personalidade juridica;*
- b) que estão em effectivo funcionamento e servem desinteressadamente á collectividade;*
- c) que os cargos de sua diretoria, conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos não são remunerados. (Redação dada pela Lei nº 6.639, de 8.5.1979).*

Da redação do artigo supra citado conclui-se que os requisitos exigidos pela Lei eram muito vagos, e resumiam-se, em síntese, ao *"fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade"*, conceito pouco determinado, que poderia ter a interpretação que o leitor quisesse lhe conferir. Porém, não eram necessárias maiores cautelas, uma vez que, àquela época a qualificação era apenas um título do qual não derivava nenhuma vantagem ou benefício direto.

Entretanto, com as transformações sociais, necessária se fez a modificação de todo esse cenário. Com o tempo uma série de vantagens foi sendo criada para favorecer essas entidades e fomentar sua participação. Nessa esteira, a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, dispôs sobre a organização da Assistência Social. Aduz, em seu artigo 18, acerca da concessão de registro e certificado de fins filantrópicos às entidades privadas prestadoras de serviços e assessoramento de assistência social. Os benefícios concedidos a partir do momento dessa qualificação variavam desde a isenção de impostos, tais como o Imposto de Renda e o Imposto de Importação, até a possibilidade de acesso a recursos federais.

Isto quer dizer que, o que inicialmente era apenas simbólico, passou a ensejar a possibilidade de se adquirir benesses estatais. Ocorre que os

mecanismos de controle não conseguiram evoluir na mesma proporção que a concessão desses benefícios. Dessa forma, o ambiente se tornou propício a manobras espúrias, ocorrendo assim, patente desvio de finalidade.

Como tais institutos ficaram desprovidos de qualquer credibilidade, a alternativa foi a criação de outros membros com o intuito de superar as falhas e distorções que permeavam a conjectura do período. Dentre esses novos membros, as mais destacadas atualmente são as Organizações Sociais (OS) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIIP).

As Organizações Sociais nasceram com a Lei 9.637, de 15 de maio de 1998. Essa Lei autoriza o Poder Executivo a transferir a execução de serviços públicos e a gestão de bens e pessoal públicos a entidades especialmente qualificadas para tal mister.

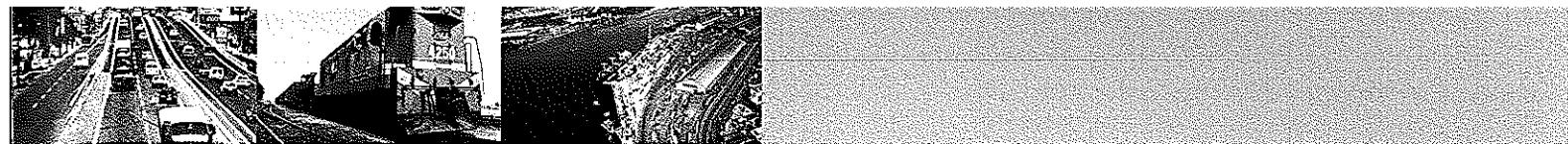
A Lei referida não traz uma definição muito precisa sobre a natureza jurídica das Organizações Sociais. Segundo o ilustre administrativista Hely Lopes Meireles¹,

"O objetivo declarado pelos autores da reforma administrativa com a criação da figura das organizações sociais, foi encontrar um instrumento que permitisse a transferência para elas de certas atividades exercidas pelo Poder Público e que melhor o seriam pelo setor privado, sem necessidade de concessão ou permissão. Trata-se de uma nova forma de parceria, com a valorização do chamado terceiro setor, ou seja, de interesse público, mas que não necessitam ser prestados pelos órgãos e entidades governamentais."

Para se entender melhor as organizações sociais, necessário se faz o delineamento de suas características fundamentais. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro² os contornos básicos das organizações sociais são:

¹ MEIRELES, Hely Lopes, *apud* SILVA NETO, Belarmino José. Organizações Sociais: a viabilidade jurídica de uma nova forma de gestão compartilhada. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 59, outubro de 2002.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17^a edição. São Paulo. Editora Atlas.



"Sua natureza é de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos. Em razão de sua natureza, ou seja, criada por particulares, deve habilitar-se perante a Administração Pública para obter a qualificação de organização social e em razão do que determina o artigo 11 da Lei 9.637/98, deve ser declarada como "entidade de interesse social e utilidade pública".

Tais organizações podem atuar nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Seu órgão de deliberação superior tem que ter representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral. As atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social são estabelecidas por meio do contrato de gestão, que deve especificar o programa de trabalho proposto pela organização social, estipular as metas a serem atingidas, os respectivos prazos de execução, bem como os critérios objetivos de avaliação de desempenho. A execução do contrato de gestão será fiscalizado pelo órgão ou entidade supervisor.

O fomento pelo Poder Público poderá abranger as seguintes medidas: destinação de recursos orçamentários e bens necessários ao cumprimento do contrato de gestão, mediante permissão de uso, com dispensa de licitação, cessão especial de servidores públicos, com ônus para a origem, dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços celebrados entre a Administração Pública e a Organização Social.

A entidade poderá ser desqualificada como organização social quando descumprir as normas do contrato de gestão."

No bojo desse processo de maturação, chegaram no ordenamento jurídico as Organizações da Sociedade Civil de Interesse

Público, criadas a partir da Lei 9.790/99, posteriormente regulamentadas pelo Decreto 3.100/99. Essa norma veio incumbida de melhorar o prospecto trazido pela lei das Organizações Sociais. Surgiu como a evolução natural de um modelo que está em constante adaptação, com o objetivo de se adequar aos anseios da sociedade civil.

Preliminarmente verifica-se que o próprio conceito de OSCIP é extremamente semelhante ao de Organização Social. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro³:

"Trata-se de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por Termo de Parceria."

O que se percebe com a nova Lei é que há tentativa de se minudenciar um regramento mais rígido, porém mais amplo e mais genérico. As inovações em relação às Organizações Sociais são significativas, merecendo destaque algumas de maior importância.

Verifica-se, inicialmente, que o rol aduzido pelo art. 2º, explicando quais as entidades que não podem qualificar-se como OSCIP, é taxativo. É um rol bem mais amplo do que aquele trazido pela Lei 9.637/98, entretanto, é fechado e não admite interpretação extensiva. O objetivo foi favorecer somente aquelas entidades que realmente tenham a finalidade delineada pela Lei. Estão excluídos, por exemplo, sociedades comerciais, partidos políticos, escolas privadas e instituições hospitalares não gratuitos, dentre outros. Conclui-se, dessa forma que, os objetivos sociais das OSCIP são mais amplos, atuando em mais áreas, enquanto as OS possuem um campo mais restrito.

Em seguida, o art. 3º vem enumerar a que tipo de atividade devem se dedicar as instituições a fim de que possam se credenciar como OSCIP.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17ª edição. São Paulo. Editora Atlas.



Isso demonstra uma rigidez muito maior na qualificação. A OSCIP deve certificar seu caráter vinculado ao exercício de um serviço social não exclusivo do Estado. Toda essa modificação tem o intuito de superar uma antiga reclamação do Terceiro Setor, qual seja, a morosidade no trâmite burocrático para a obtenção do título. Verifica-se através dos artigos 2º e 6º que tal cenário foi modificado, concedendo-se maior rapidez ao procedimento de qualificação.

Outra diferença entre as entidades é o instrumento que traduz o vínculo entre a Organização e o Estado. Para as OS, o Contrato de Gestão, para as OSCIP, o Termo de Parceria. Nos termos do art. 9º da lei 9790/99, “é passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público”. Isto significa dizer que não há obrigatoriedade na celebração, trata-se de um instrumento para substituir os burocráticos convênios por um instrumento mais moderno na relação do Terceiro Setor com o Estado.

Mais uma marca distintiva pode ser observada no corpo diretor das entidades. Nas Organizações Sociais, o Conselho de Administração deve contar com representantes do Poder Público e da Sociedade. Já nas OSCIPs, o corpo decisório é formado pelos sócios, de acordo com Estatuto.

Em resumo, são essas as principais diferenças entre as novas figuras do Terceiro Setor no Brasil. É certo também que muitas são as semelhanças entre as OSCIPs e as OSs. Importante ressaltar que muito se avançou na nova qualificação em Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, de modo que estas entidades estão bem mais estruturada que as Organizações Sociais. Porém, ainda há falhas que serão sanadas com o avanço e o amadurecimento

desse tema no seio da sociedade. É verdade que ainda será necessário tempo até que a doutrina e a jurisprudência se consolidem na adequada identificação das atribuições que cada uma das entidades abordadas pode desempenhar na busca pelo desenvolvimento social. São as discussões que fazem os institutos evoluir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004;
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo Brasileiro. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003;
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002;
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da Rocha. Terceiro Setor. São Paulo: Editora Malheiros, 2003;
- DANTAS BARRETO, Lucas Hayne. Terceiro Setor: uma análise comparativa das organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público. Jus Navigandi;
- LEITE, Marcos Antônio Santos. O terceiro Setor e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs. Assembléia Legislativa de Minas Gerais. Junho de 2003;
- JORDAN, David Alberto Beker. A Carreira do Administrador em Organizações do Terceiro Setor. CNPQ, pesquisa desenvolvida no período de agosto de 1996 a junho de 1997.

Pareceres

Transposição de seu atual cargo no Plano de Cargos e Carreiras para o cargo de assistente jurídico da AGU ou para o Quadro Suplementar em extinção da AGU

PROCESSO N.º: 50000.086868/2004-07

INTERESSADO: Maria Lenita Lopes de Andrade
ASSUNTO: Transposição de seu atual cargo no Plano de Cargos e Carreiras (PCC) para o cargo de Assistente Jurídico da AGU ou para o Quadro Suplementar em extinção da Advocacia-Geral da União.

PARECER N.º: 129- 2005/MT/CONJUR

I - HISTÓRICO

1. Trata-se de requerimento formulado por Maria Lenita Lopes de Andrade - ocupante do cargo de Técnico de Nível Superior, matrícula SIAPE nº 1373162, Classe "A", Padrão III, integrante do quadro de pessoal do Ministério dos Transportes e lotada na Consultoria Jurídica deste Ministério – pedindo a transposição de seu atual cargo no PCC para a Carreira de Assistente Jurídico da AGU ou, sucessivamente, o remanejamento de seu cargo para o quadro suplementar em extinção da Advocacia-Geral da União.

2. Segundo a petição inicial e documentos emitidos pela Coordenação-Geral de Recursos Humanos (fs. 89/90, 249/252), a requerente foi

admitida na Empresa Brasileira dos Transportes Urbanos, EBTU, em 13/03/1978, no emprego permanente de Secretária Executiva e, em 19/09/1984, teve o emprego transformado para Assistente Administrativo. Em 01/03/1987, foi enquadrada no emprego de Técnico de Nível Superior TNS-I Nível 9/C e, em 06/05/1988, transferida da área administrativa para a Procuradoria Jurídica da EBTU. Na data de 18/06/1990, com a extinção da EBTU em decorrência da Lei nº 8.029/1990 e do Decreto nº 99.226, de 27.04.1990, teve a interessada rescindido seu contrato de trabalho.

3. Com o advento da Lei nº 8.878/94 - que tratava da concessão de anistia para servidores e empregados públicos da Administração Pública Federal direta e indireta, demitidos no período de 16/03/1990 a 30/11/1992 – adentrou a interessada com o respectivo pedido de anistia (processo nº 46050.000999/93-66) no qual obteve êxito, com o deferimento de seu pleito, tornado público através da Portaria nº 831, de 08/12/1993. Foi, então, publicada a Portaria nº 698, de 29/09/1994, que 'reintegrar' a interessada e tantos outros que encontravam-se na mesma situação.

4. Em 18/03/1999, a Portaria de nº 698/94 foi anulada pela Portaria nº 69, do Ministro de



Estado dos Transportes, vindo o Superior Tribunal de Justiça, no MS – 6315, todavia, a considerar ineficaz esta última portaria¹.

5. Para efetivar, então, sua 'reintegração' aos quadros do Ministério dos Transportes, entrou Maria Lenita Lopes de Andrade com ação ordinária perante o juízo da 7^a vara federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (processo nº 2000.34.00.004856-0). Foi concedida a antecipação da tutela no corpo da sentença, em 02/08/2001, que assim dispôs (fs. 259 a 263): "15. Considerando o longo tempo decorrido e o direito subjetivo ora reconhecido, impõe-se a imediata reintegração como medida de antecipação dos efeitos práticos desta sentença, nos termos do art. 271 do CPC (fls. 264-78). As diferenças salariais vencidas serão objeto de precatório após o trânsito em julgado. "A tutela antecipada pode ser concedida na sentença ou, se omitida a questão anteriormente proposta, nos embargos de declaração" (RESP 279.251-SP, R. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4^a Turma).

16. ACOLHO o pedido, em parte, para que os autores sejam reintegrados em cargos resultantes de transformação de seus empregos na extinta EBTU nos termos da Lei nº 8.112/90, a partir de fevereiro/1995. O crédito será acrescido de :
a) correção monetária a partir de cada prestação mensal vencida;
b) juros moratórios mensais de 0,5% a partir da citação em 24/04/2000;
c) verba honorária de 10% sobre o valor atualizado da condenação."

6. A AGU adentrou com o recurso de apelação desta decisão, que foi recebido apenas no efeito devolutivo pelo juízo *a quo*, encontrando-se o processo, atualmente, no juízo *ad quem*, aguardando julgamento.

7. Com efeito, deu entrada a interessada com ação de execução provisória desta sentença (processo nº 2003.34.00.001952-7), obtendo

pronunciamento que determinou à União o imediato cumprimento do citado *decisum*, de forma a proceder a pronta reintegração da requerente e de outros. Em cumprimento da ordem judicial, foi admitida aos Quadros do Ministério dos Transportes e enquadrada no cargo de Técnico de Nível Superior, Classe "A", Padrão III, através da Portaria/GM/MT nº 74 de 27/02/2003.

8. Nestes autos, juntou a interessada documentos pessoais da época em que laborava na EBTU (fls. 91 a 247). Em aditamento de fls. 254 a 258, informou que colegas que encontravam-se em situação idêntica já haviam sido beneficiados com a transposição para o cargo de "Assistente Jurídico do Ministério dos Transportes", discriminando nominalmente todos na fl. 255, solicitando, por fim, tratamento isonômico.

9. Despachou-se à Coordenação-Geral de Recursos Humanos, para que prestasse esclarecimentos relativos às recentes informações trazidas pela interessada. Relacionou a CGRH os ex-empregados/advogados das extintas empresas já remanejados para os quadros suplementares da AGU, e respondeu o seguinte: que a situação funcional e financeira dos servidores detentores de cargos privativos de Bacharel em Direito, oriundos das extintas PORTOBRAS e EBTU, foi alterada em decorrência do disposto no art. 46 e 48 da Medida Provisória nº 2.048/2000; que esse procedimento teve respaldo no Parecer CONJUR/MT nº 167/2002, bem como nos pareceres jurídicos emitidos nos processos individualizados de cada servidor interessado, nos quais havia manifestação favorável quanto às inclusões no cargo de Assistente Jurídico da AGU; que a atualização funcional foi realizada na folha de pagamento de setembro/2004, quando se alterou a nomenclatura do cargo anteriormente ocupado para Assistente Jurídico do quadro suplementar de que trata o art. 46 da Medida Provisória nº 2.048/2000, aplicando-se-lhes, em consequência,

¹ Esta decisão transitou em julgado mas a União, através da AGU, pleiteia sua rescisão, pois adentrou com ação rescisória no STJ em 30/05/2003 (AR-2849/DF)



a correlação de vencimentos mencionada no art. 48 dessa medida provisória; que a situação da interessada, Maria Lenita Lopes de Andrade, em nada difere daquela em que se encontravam os servidores da extinta EBTU que atualmente encontram-se na categoria funcional de Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União.

II - DA PRETENSÃO PRINCIPAL: TRANSPOSIÇÃO PARA O EXTINTO CARGO DE ASSISTENTE JURÍDICO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, HOJE TRANSFORMADO EM ADVOGADO DA UNIÃO

10. Verifica-se nos autos que ex-empregados das extintas PORTOBRAS e EBTU na mesma situação funcional da interessada fizeram pedidos idênticos aos que agora se analisa. Desta Consultoria Jurídica, foram proferidos pareceres que analisaram a situação caso a caso, fs. 293 a 320, porém, registro que ditas análises não foram aprofundadas, nem mesmo concluíram de maneira objetiva o entendimento. Nada dizem ditos expedientes de forma clara, a não ser breves relatos das situações funcionais de cada interessado, fundamento jurídico de seus pedidos, conclusões do Parecer CONJUR nº 132/2003, atribuições do cargo de Assistente Jurídico da AGU, correlação do cargo atualmente ocupado com o que ocupará acaso seja transposto, nada mais. Ou seja, não conclui o parecerista se têm ou não os interessados direito à requerida transposição para a carreira de Assistente Jurídico da AGU.

11. Quanto a este ponto, preliminarmente, cumpre esclarecer que o requerimento de transposição para a carreira de Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União dos ocupantes de cargos de Técnico de Nível Superior, com atribuições correspondentes às de Assistente Jurídico, tem como base legal o art. 19-A da Lei nº 9.028/95, que diz:

"Art. 19-A. São transpostos, para a Carreira de Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União, os atuais cargos efetivos da Administração Federal direta, privativos de bacharel em Direito, cujas

atribuições, fixadas em ato normativo hábil, tenham conteúdo eminentemente jurídico e correspondam àquelas de assistência fixadas aos cargos da referida Carreira, ou as abranjam, e os quais:

I - estejam vagos; ou

II - tenham como titulares servidores, estáveis no serviço público, que:

a) anteriormente a 5 de outubro de 1988 já detinham cargo efetivo, ou emprego permanente, privativo de bacharel em Direito, de conteúdo eminentemente jurídico, nos termos do caput, na Administração Federal direta, autárquica ou fundacional, conforme as normas constitucionais e legais então aplicáveis;

b) investidos após 5 de outubro de 1988, o tenham sido em decorrência de aprovação em concurso público ou da aplicação do § 3º do art. 41 da Constituição.

§ 1º Nas situações previstas no inciso II, a transposição objeto deste artigo abrange os cargos e seus titulares.

§ 2º A transposição de servidor egresso de autarquia ou fundação pública federal, prevista no inciso II, alíneas "a" e "b", alcança tão-somente aquele que passou a integrar a Administração direta em decorrência da extinção ou da alteração da natureza jurídica da entidade à qual pertencia, e desde que as atribuições da respectiva entidade e o seu quadro de pessoal tenham sido, por lei, absorvidos por órgãos da Administração direta.

§ 3º Às transposições disciplinadas neste artigo aplicam-se, também, a correlação e os procedimentos constantes do art. 19 desta Lei (§§ 2º, 3º e 4º).

(...)" (grifo nosso).

12. Da mesma forma, aqueles ex-empregados da EBTU e PORTOBRAS enquadrados na categoria de Assistente Jurídico terão seus pedidos de transposição analisados com fulcro do mesmo art. 19-A da Lei nº 9.028/95, não o art. 19 da Lei nº 9.028/95, posto que este dispositivo trata da transposição dos cargos de Assistente Jurídico da

Administração Federal direta, existentes na data de sua entrada em vigor, ou seja, em 30.04.1994 (data da publicação da Medida Provisória n.º 485, de 29.04.1994, posteriormente convertida na Lei n.º 9.028/95). Portanto, considerando que os referidos ex-empregados da EBTU e PORTOBRAS foram readmitidos em data posterior a situação, repita-se, deve ser analisada à luz do art. 19-A da Lei n.º 9.028/95, introduzido pela Medida Provisória n.º 1.798, de 13.01.1999 e reedições, que trata, como visto, da transposição dos cargos privativos de bacharel em direito da Administração Federal direta.

13. Passada a análise da raiz legal que fundamenta o pedido, passa-se à verificação da possibilidade de sua subsunção ao caso concreto.

14. Observa-se, pela exegese do art. 19-A, que os ex-empregados das extintas EBTU e PORTOBRAS não preenchem os requisitos ali previstos, não fazendo, por isso, jus à transposição para o cargo de Assistente Jurídico da AGU, hoje transformado no cargo de Advogado da União (v. art. 11 da Lei nº 10.549/2002).

15. Com efeito, extrai-se do comando legal citado, que são requisitos para a discutida transposição: que o titular de cargo privativo de bacharel em direito na administração federal direta seja estável no serviço público; que, se investido no atual cargo antes da Constituição Federal de 1988, o tenha sido em órgão da administração direta, ou de autarquia ou fundação pública cujo quadro de pessoal tenha sido absorvido pela União, e segundo as normas constitucionais e legais então vigentes; ou então que, se após 05.10.1988, tenha decorrido de aprovação em concurso público, em função do disposto no art. 37, II, da atual Constituição, ou então em razão de aproveitamento, conforme art. 41, § 3º, CF/88.

16. Como é cediço, a estabilidade no serviço público só é adquirida pelos servidores nomeados em virtude de concurso público, conforme previa o art. 100 da Constituição Federal de 1967/1969

e prevê o art. 41 da atual Constituição, tanto em sua redação original quanto na que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98. Excepcionalmente, por força do art. 19 do ADCT, a Constituição de 1988 conferiu estabilidade aos servidores da administração direta, autárquica e fundacional de qualquer dos entes federativos que, não tendo sido admitidos por concurso público, contassem cinco anos de serviço em 05.10.1988.

17. No entanto, esta previsão do art. 19 do ADCT não alcançou os empregados de empresas públicas ou de sociedades de economia mista. Portanto, por terem sido contratados sem concurso por empresa pública, os ex-empregados das extintas EBTU e PORTOBRAS jamais adquiriram estabilidade, ainda certo fosse que suas inclusões nos quadros da União, após a concessão de anistia, tenham implicado subsunção ao regime jurídico estatutário.

18. De qualquer forma, afora o anteriormente exposto, não estão incluídos na transposição os servidores egressos de empresas públicas, mesmo que estas tenham sido extintas e tido o quadro de pessoal absorvido pela Administração Federal direta. Conforme previsto no § 2º do art. 19-A, só têm direito à aludida transposição os servidores de autarquias e fundações públicas que tenham sofrido o processo acima descrito.

19. Esse, inclusive, tem sido o entendimento do Departamento de Assuntos Jurídicos Internos, DAIJ, da Advocacia-Geral da União. Nas manifestações deste departamento nos processos encaminhados à AGU pelo Ministério dos Transportes, cujos objetos eram justamente a transposição de ex-empregados das extintas PORTOBRAS e EBTU, as conclusões se deram nessa linha, *verbis*:

"Nestes termos, opino pelo indeferimento do pleito aqui deduzido de transposição para a carreira de Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União, tendo em vista o requerente ser egresso de empresa pública, e não ter adquirido estabilidade no serviço público, não satisfazendo, assim, os requisitos do art. 19-A, inciso II, alínea



"a", da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995..." (Nota DAJ/CGU/AGU nº 092/2004-MAS, aprovada pelo Consultor-Geral da União, aguardando a aprovação do Advogado-Geral da União)

20. Portanto, em virtude da não satisfação dos requisitos da Lei nº 9.028/95, forçoso concluir pela impossibilidade de transposição dos ex-empregados das extintas EBTU e PORTOBRÁS - e aí se inclui a interessada - para o já extinto cargo de Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União, atualmente transformado em Advogado da União.

III - DA PRETENSÃO SUBSIDIÁRIA: INTEGRAR OS QUADROS SUPLEMENTARES EM EXTINÇÃO DA AGU

21. O art. 46 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 06/09/2001, assim dispõe:

Art. 46. Os cargos efetivos da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, privativos de Bacharel em Direito, que não foram transpostos pela Lei nº 9.028, de 1995, nem por esta Medida Provisória, para as Carreiras de Assistente Jurídico e de Procurador Federal, comporão quadros suplementares em extinção.

§ 1º O quadro suplementar relativo aos servidores da Administração Federal direta de que trata o caput inclui-se na Advocacia-Geral da União.

22. Percebe-se que são requisitos para compor os quadros suplementares em extinção da Advocacia-Geral da União: ser o interessado detentor de cargo efetivo na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional; que seu cargo seja privativo de Bacharel em Direito, com atribuições privativas de advogado; que não tenha sido transposto para a carreira de Assistente Jurídico da AGU ou Procurador Federal. Passemos à análise do caso concreto.

23. Por força da antecipação da tutela prevista em sentença judicial (prolatada nos autos do

processo nº 2000.34.00.004856-0 e descrito no parágrafo 5 deste parecer), está a Drª. Maria Lenita Lopes de Andrade, atualmente, ocupando cargo público. Os efeitos desta decisão não foram suspensos, haja vista a apelação interposta pela Advocacia-Geral da União, através de sua PRU/1ª Região, haver sido recebida no efeito devolutivo, apenas.

24. O cargo atualmente ocupado pela mesma, apesar de não possuir nomenclatura que o caracterize como típico de advogado, deve ser assim considerado. Na EBTU exercia a requerente, conforme se percebe nos documentos de fls. 117 a 174, funções típicas de advogado, tendo, inclusive, chefiado provisoriamente a Procuradoria Jurídica da EBTU (fl. 155). Atualmente, no cargo de Técnico de Nível Superior, continua a exercer função privativa de advogado, estando lotada na Consultoria Jurídica deste Ministério. Portanto, conforme o entendimento normativo estabelecido no Parecer GQ nº 186/1999, e na Nota AGU/WM nº 48/2000 (aprovada pelo Advogado-Geral da União), preenche a requerente cargo privativo de Bacharel em Direito.

25. Assim, pela impossibilidade de transposição para a antiga carreira de Assistente Jurídico da AGU e por estar preenchendo cargo efetivo (por força de decisão judicial), com atribuições típicas de advogado, tem direito de compor os quadros suplementares em extinção da Advocacia-Geral da União, de que trata o art. 46 da MP nº 2.229-43/2001.

IV - DO ATUAL REGIME JURÍDICO AO QUAL ESTÃO SUBMETIDOS OS EX-EMPREGADOS DAS EXTINTAS PORTOBRAS E EBTU

26. Foi trazida aos autos a informação de que os ex-empregados anistiados das extintas PORTOBRAS e EBTU² estão submetidos ao regime estatutário, por força não de decisão judicial,

² Anistiados em virtude da Lei nº 8.878/94



mas sim por interpretação administrativa. Segundo consta, preenchem cargos públicos não por determinação judicial, mas sim por seguidas interpretações que ao final assim concluíram. Em face desta notícia, a partir de agora, faremos menção neste expediente dos diversos entendimentos dados à Lei nº 8.878/94 no que pertine aos efeitos da mesma, principalmente nos efeitos relativos ao reingresso da referida clientela. Subseqüentemente, será reavaliada a exatidão dos seus termos, onde serão feitas as sugestões necessárias com o intuito de fielmente utilizar ao caso a exegese adequada, para concluir-se primeiro sobre o alcance dos efeitos da referida lei de anistia e, em seguida, definir-se sob qual regime deveriam dita clientela estar submetidas: estatutário ou contratual.

27. Inicialmente, façamos uma rápida análise sobre os instrumentos normativos que regularam o reingresso dos anistiados da Lei nº 8.878/94.

28. Em 06/10/94, a Secretaria da Administração Federal, através da IN nº 12, normatizou o assunto e estabeleceu em seu item 3 que os empregos permanentes das Empresas Públicas extintas, cujas atribuições tivessem sido absorvidas por órgão da Administração Federal direta, seriam incluídos no quadro de pessoal deste órgão com a mesma denominação do emprego, nível e padrão antes ocupado, observado o disposto no artigo 243, da Lei nº 8.112/90.

29. Posteriormente, a IN nº 3, de 8 de março de 1995 do já então Ministério da Administração e Reforma do Estado, alterou esse entendimento, e em seu item 2, estabeleceu que os empregados que à época da dispensa ou demissão eram titulares de empregos permanentes, regidos pela CLT, não poderiam ser enquadrados em cargos públicos, regidos pela Lei nº 8.112/90.

30. Esta Consultoria Jurídica, por meio do Parecer/MT/CONJUR Nº 111/2001, manteve o entendimento previsto no item 27 deste expediente, qual seja, de que a Lei nº 8.878/94 preservou os empregos dos anistiados, tendo sido os mesmos absorvidos em empregos aos

Quadros do Ministério dos Transportes no ano em que foram demitidos, aplicando-se aos mesmo, posteriormente, o art. 243 da Lei nº 8.112/90, que transformou os empregos em cargos. Ato contínuo, encaminhou o processo à Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, MPOG, para que, como Órgão Central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal, regulamentasse o assunto.

31. Por fim, a Consultoria Jurídica do MPOG emitiu pronunciamentos conclusivos a respeito. O Parecer/MP/CONJUR/IC/Nº 0496-2.9/2001, que embasou a Orientação Normativa nº 01 de 14/03/2002, e o Parecer MP/CONJUR/IC nº 0130-2.6/2002, definiram a questão. Este, mais detidamente em relação aos ex-empregados das extintas EBTU e PORTOBRAS, entendeu, conclusivamente, que estariam dita clientela submetidas ao regime estatutário, ocupando, atualmente, cargos públicos, porém, cargos não estáveis e não efetivos. Vejamos a construção exegética que chegou a esta definição:

9. Sabe-se que o instituto da anistia assegura a existência da relação jurídica durante o período em que o anistiado permaneceu afastado de suas atribuições, assegurando-lhe a situação existente na data da ruptura da relação de trabalho, e o retorno ao serviço dar-se-á no emprego anteriormente ocupado ou, quando for o caso, naquele resultante da respectiva transformação.

10. Ora, o retorno dos ex-empregados da EBTU e PORTOBRAS, por força de decisão judicial transitada em julgado, se deu em órgão da Administração Pública Federal direta: Ministério dos Transportes. Assim, nos limites da decisão judicial, a partir da ruptura da relação de trabalho com aquelas Empresas, em face do alcance dos efeitos da anistia, constituiu-se uma nova relação jurídica entre aqueles e a União (Ministério dos Transportes), não obstante a ação de Mandado de Segurança tenha sido ajuizada em 20 de julho de 1995. Portanto, tendo em vista que com o reconhecimento da anistia, salvo



os efeitos financeiros que retroagem à data do efetivo retorno às atividades, desde a data da rescisão do contrato de trabalho e até a data da promulgação da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, os ex-empregados, juridicamente, eram empregados do Ministério dos Transportes, detentores de contrato de trabalho por tempo indeterminado, nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943).

11. *Com o advento da Lei nº 8.112/90, todos os empregados da União, das autarquias e das fundações públicas federais, regidos pela CLT, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452/1943, que em 12 de dezembro de 1990 fossem detentores de contrato de trabalho por prazo indeterminado foram alcançados pelo art. 243 deste Diploma, in verbis:*

.....

12. *De afirmar-se que o dispositivo transscrito consiste em determinar os beneficiários da norma, em decorrência da situação jurídica existente na data da promulgação da Lei nº 8.112/90, alcançando os funcionários detentores de cargos efetivos, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952; os servidores celetistas integrantes das tabelas permanentes; e os empregados dos órgãos ou entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, detentores de contrato de trabalho por prazo indeterminado.*

13. *Em consonância com o art. 243 da Lei nº 8.112/90, a Lei nº 8.162, de 18 de janeiro de 1991, em seu art. 7º, extinguiu todos os contratos de trabalho por prazo indeterminado firmados com a Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, existentes na data da promulgação daquela lei, conforme dita:*

.....

14. *É salutar trazer a lume o art. 33 da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998,*

que define os servidores não estáveis que são alcançados pelo inciso II do § 3º do art. 169 da Constituição, ou seja, serão demissíveis os servidores recrutados sem concurso público e que não adquiriram a estabilidade por força da Constituição de 1988. Portanto, os referidos ex-empregados anistiados passarão a pertencer à categoria de servidores não estáveis, detentores de cargos não efetivos, vez que foram admitidos na Administração Pública Federal direta sem concurso público.”

32. *Data venia, não compartilho deste entendimento, pois penso ser errônea a premissa sob a qual está baseada esta manifestação. Iniciou a parecerista com o entendimento de que “o instituto da anistia assegura a existência da relação jurídica durante o período em que o anistiado permaneceu afastado de suas atribuições, assegurando-lhe a situação existente na data da ruptura da relação de trabalho, e o retorno ao serviço dar-se-á no emprego anteriormente ocupado ou, quando for o caso, naquele resultante da respectiva transformação”. Sob este fundamento, seriam ‘reintegrados’ à União³ - mais especificamente nos Quadros do Ministério dos Transportes - à data da rescisão contratual (18/06/1990), e em virtude do disposto no art. 243 da Lei nº 8.112/90, tiveram seus empregos transformados em cargos.*

33. Todavia, entendo não estar correto a ficção jurídica de que a anistia assegura a existência da relação jurídica durante o período em que o anistiado permaneceu afastado de suas funções. Também discordo do entendimento generalizado de que a anistia é como uma ‘borracha’ e de que tudo volta a ser como antes da rescisão dos contratos.

34. Quem primeiro fez uso dessa idéia foi o Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias, nos fundamentos de seu voto na Apelação em

³ Que absorveu as atribuições da PORTOBRAS e EBTU (v. art.23 da Lei nº 8.029/90) e em decorrência do art. 2º da Lei nº 8.878/94, foi a entidade responsável pela absorção dos empregados anistiados.



Mandado de Segurança nº 96.01.40577-1/DF⁴. Entretanto, divirjo deste entendimento, pelos motivos adiante expostos, de logo registrando que essa tese sucintamente levantada pelo MM Juiz não fez coisa julgada, pois mencionada nos fundamentos de sua decisão, não no dispositivo. Desta forma, não está, nem nunca esteve, a Administração obrigada a interpretar a anistia prevista na Lei nº 8.878/94 como sendo uma 'borracha' (com a consequência de que tudo voltaria como antes da rescisão dos contratos), pois segundo o art. 469, inciso I do Código de Processo Civil, os motivos que fundamentam o dispositivo não fazem coisa julgada. Passemos às razões da discordância.

35. Nos dizeres de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins⁵, classificam-se as anistias em geral e especial. A primeira, aplicável a qualquer infração de natureza penal, civil, fiscal ou administrativa. A segunda, aplicável especificamente aos crimes políticos.

36. O instituto da anistia está mais afeto ao Direito Penal e, mais modernamente, tem sido estudado no âmbito do Direito Penal Político. Pressupõe esquecimento e representa uma espécie de perdão dirigida aos efeitos de alguma condenação. É ato de benemerência pública, tendo como objetivo apaziguar os ânimos exaltados e os espíritos conturbados de um certo grupo de pessoas em determinado momento histórico. Segundo o doutrinador Cesar Roberto Bitencourt⁶ "a anistia, já se disse, é o esquecimento jurídico do ilícito, e tem por objeto fatos (não pessoas) definidos como crimes, em regra políticos, militares ou eleitorais, excluindo-se, normalmente, os crimes comuns." Nestes casos, geralmente a lei que prevê a anistia concede o mencionado efeito

'borracha', tendo o condão de apagar o passado e retirar todos os efeitos jurídicos de medidas apenadoras contra os anistiados. Extingue-se o próprio fato delituoso e, portanto, os efeitos criados até então pela circunstância do fato ser considerado delituoso.

37. Na esfera civil/administrativa, por sua vez, a Constituição a previu apenas como um mecanismo genérico de reformulação institucional de políticas governamentais, práticas institucionais ou arbitrariedades do Estado, sendo que cada situação de anistia terá a sua própria configuração jurídica e efeitos estabelecida em lei específica, conforme expresso nos arts. 21, inciso XVII, e 48, inciso VIII, da Carta Magna.

38. No que pertine especificamente aos efeitos, mister anotar que ela operará *ex tunc* ou *ex nunc* a depender da intenção do legislador, único com legitimidade para estabelecer limitadores e a balizar as situações ensejadoras da anistia, com suas respectivas consequências. Nesse sentido, disse Themístocles Cavalcanti⁷ "ao legislador não se pode negar o direito de restringir ou ampliar, de acordo com a conveniência do momento, os efeitos de seu ato de benemerência de acordo com as conveniências de que é o único juiz."

39. Com efeito, façamos uma busca ao significado e pretensões da lei de anistia de nº 8.878/94, utilizando métodos interpretativos, como o histórico/sistemático, com o fito de confrontar a regra agora em exame com as demais normas que disciplinaram os efeitos do mesmo instituto no decorrer dos tempos.

40. A Lei nº 6.683/79⁸, por exemplo, em relação aos seus efeitos, operou *ex nunc*. Previu expressamente:

⁴ Neste MS, transitou em julgado a decisão que entendeu pela readmissão dos impetrantes, pelo fato de que cabia ao Poder Executivo, não ao Judiciário, anular o ato que havia concedido a anistia aos impetrantes. Quanto à anulação do ato que anistiou indevidamente vários beneficiados, ela se deu através da Portaria nº 69/99, do Ministro dos Transportes. No entanto, esta portaria foi considerada nula pelo STJ, nos autos dos MS's nº 6315/DF, 6481/DF e 6482/DF, já havendo o trânsito em julgado das decisões. A União, através da AGU, adentrou com ação rescisória, AR-2849/DF, contra a decisão proferida no MS 6481/DF, cujo processo ainda está tramitando. A Nota Interna nº 004/2003-PRU1/GIII/mmfp relata minuciosamente todos esses fatos.

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro, *Comentários à Constituição do Brasil*, ed. Saraiva, 1992

⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto, *Código Penal Comentado*, 2^a edição, ed. Saraiva.

⁷ Citado no artigo do juiz do trabalho Roberto Basílioni Leite, na *GENESI, Revista de Direito do Trabalho*

⁸ Concedeu anistia aos que, entre 02/09/1961 e 15/08/1979, cometiveram crimes políticos e eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos, aos servidores e aos dirigentes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares



Art. 3º. O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da Administração. (grifo nosso).

.....

Art. 11. Esta Lei, além dos direitos nela expressos, não gera quaisquer outros, inclusive aqueles relativos a vencimentos, saldos, salários, proventos, restituições, atrasados, indenizações, promoções ou resarcimentos.

41. A Emenda Constitucional nº 25, de 27/11/1985, ampliando parcialmente os benefícios concedidos ao anistiado da Lei nº 6.683/79, dispôs da mesma forma que “A administração pública, à sua exclusiva iniciativa, competência e critério, poderá readmitir ou reverter ao serviço ativo o servidor público anistiado”⁹.

42. Corroborando o entendimento de que operou a Lei nº 6.683/79 com efeitos *ex nunc* - querendo a lei readmitir os anistiados, não os reintegrar - vejamos o que decidiu a Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho¹⁰:

ANISTIA. LEI N° 6683/79. PERÍODO DE AFASTAMENTO. INCLUSÃO NA CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO PARA EFEITO DE ESTABILIDADE. INDENIZAÇÃO PELO TEMPO DE SERVIÇO ANTERIOR À OPÇÃO PELO FGTS.

I. A exegese extraída da Lei nº 6683/79 é de que o período de afastamento do serviço *nela retratado somente pode ser considerado para efeito de cálculo de proventos de inatividade e jamais para a inclusão no tempo de serviço de empregado anistiado para a configuração da estabilidade geradora do direito ao pagamento de indenização pelo período anterior à opção pelo regime do FGTS.*

2. **O reaproveitamento do empregado anistiado nos termos da Lei nº 6683/79 é**

efetuado mediante o processo de readmissão, hipótese em que se permite o retorno do servidor sem direito a qualquer ressarcimento inerente ao período de afastamento. Entendimento diverso desvirtuaria o instituto, transformando-o em reintegração, em completo desrespeito à Lei da Anistia.

3. **Revista conhecida e provida**
(grifei)

43. Na mesma esteira, ou seja, operando com efeitos *ex nunc*, a anistia prevista pelo art. 8º, § 5º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Sobre a mesma, discorreu a juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região Alice Monteiro de Barros¹¹ no seguinte sentido: “À semelhança da EC nº 26/85, o artigo 8º, parágrafo 5º, das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal de 88, assegura a readmissão de servidores, expressamente, e não a reintegração, dispondo, em seu parágrafo 1º sobre a impossibilidade de produzir efeitos retroativos, deixando claro que os efeitos financeiros seriam apenas a partir da promulgação da Carta.”

44. Em idêntica linha, a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região¹²: *CONSTITUCIONAL - ANISTIA: ART. 8º DO ADCT - READMISSÃO – EFEITOS FINANCEIROS - APELAÇÃO NÃO PROVIDA.*

1. “Reintegração” e “readmissão” são institutos distintos em essência e efeitos: a primeira decorre da ilegalidade do ato; a segunda é “favor” legal.

2. O instituto da “anistia” somente se aplica nos exatos termos da norma legal que a concede e, por ser favor legal, consubstancia “faculdade” ao(s) seu(s) destinatário(s), para, em espontânea expressão de vontade, reassumir cargo ou função pública de que fora privado. Como depende de atitude e iniciativa do(s) por ela beneficiado(s),

⁹ Art. 4º, § 4º da EC nº 25/85

¹⁰ Recurso de Revista nº 449962, com decisão datada de 31/10/2001, em voto do Ministro Francisco Fausto

¹¹ A lei de anistia aos dirigentes sindicais e seus efeitos em face da coisa julgada, Revista do TRT da 3ª Região, jul.92/jun.93.

¹² AC 1998.01.00.026780-5/GO, voto relatado pelo Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, datado de 27/06/2000

ela opera efeitos "ex nunc", a saber, da data da "readmissão", assim prevista na parte final do § 5º do art. 8º do ADCT, "vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo" (parte final do § 1º do mesmo art. 8º do ADCT).

3. O recebimento de remuneração por período não trabalhado (quase dois anos) por exclusiva falta de iniciativa (vontade) do futuro anistiado é indevido, sob pena de enriquecimento ilícito.

4. Precedentes: TRT 10ª Região, 1ª turma, Ac. Nº 1566/92 e STJ – MS nº 563 - DF.

5. Apelação não provida.

6. Peças liberadas pelo Relator em 27/06/2000 para publicação do acórdão.

(grifei)

45. Já a Lei nº 8.632/93, que concedeu anistia a dirigentes ou representantes sindicais punidos por motivação política, diferentemente das leis de anistia anteriormente citadas, expressamente previu a reintegração e, por conseguinte, operou com efeitos *ex tunc*. *Verba legis*:

Art. 1º É concedida anistia aos dirigentes ou representantes sindicais que, no período compreendido entre 5 de outubro de 1988 e a publicação desta lei, sofreram punições em virtude de motivação política, de participação em movimento reivindicatório ou outra modalidade de exercício do mandato ou representação sindical, assegurado o pagamento dos salários do período da suspensão disciplinar e, aos demitidos, a reintegração ao emprego com todos os direitos. (grifei)

46. Sobre os efeitos desta norma, a Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região Alice Monteiro de Barros, em obra retro citada, disse: "Na hipótese mencionada, a anistia opera 'ex tunc', apagando a infração e extinguindo os efeitos da sentença, irrecorrível e tanto é que o único artigo da Lei 8.632/93 autoriza ao empregado, dispensado nestas condições, a reintegração com todos os direitos (...) Divergimos dos que sustentam que os efeitos mencionados no artigo 1º da Lei 8.632/93 seriam 'ex nunc'.

É que de readmissão não se trata. O legislador quando assim pretendeu o fez expressamente, como na hipótese da Emenda Constitucional nº 26 de 27.11.85, que ampliou parcialmente os benefícios concedidos ao anistiado nos termos da Lei 6.683/79, dispondo no parágrafo 4º, do artigo 4º, que 'A administração pública, à sua exclusiva iniciativa, competência e critério, poderá readmitir ou reverter ao serviço ativo o servidor público anistiado'. No mesmo sentido restritivo é o artigo 11 da Lei 6.683/79, regulamentada pelo Decreto 84.143/79."

"....dispôs a Lei 8.623/93, não só ao assegurar a reintegração com todos os direitos, ao invés de readmissão com efeitos financeiros a partir de determinada data, mas também, ao garantir aos empregados punidos disciplinarmente através de suspensão, os salários do período. Transformou a Lei em interrupção da execução do contrato, hipótese típica de suspensão do pacto."

47. Feita essa evolução comparativa de algumas normas que disciplinaram a anistia no Brasil em tempos passados, voltamos a tratar do caso em análise.

48. A Lei nº 8.878/94, em análise preambular, previu quem teria direito à anistia: os servidores e empregados das Administração Pública Federal, direta e indireta, que no período de 16/03/1990 a 30/09/1992 tenham sido despedidos arbitrariamente, em desrespeito a dispositivos constitucionais, legais ou regulamentares, ou de cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa, ou ainda se a despedida arbitrária decorresse de motivação política devidamente caracterizada ou, enfim, por interrupção de atividade profissional em decorrência de atividade grevista. Procurou esta lei, portanto, amparar apenas aqueles que foram dispensados por violação a dispositivo constitucional, legal, regulamentar, convencional, ou por motivação política.

49. Realizado o primeiro balizamento, no qual identificou-se os destinatários da norma, passou o legislador a prever seus efeitos. Neste ponto, expressamente ressaltou que só seriam gerados



efeitos financeiros a partir do efetivo retorno à atividade, vedando qualquer remuneração de caráter retroativo (v. art. 6º). Quanto ao reingresso, em nenhum momento determinou a *reintegração*, sempre utilizando a expressão *retorno* para qualificar a forma de reingresso. *Verbis*:

Art. 2º. O retorno ao serviço dar-se-á, exclusivamente, no cargo ou emprego anteriormente ocupado ou, quando for o caso, naquele resultante da respectiva transformação e restringe-se aos que formularem requerimento fundamentado e acompanhado da documentação pertinente no prazo improrrogável de sessenta dias, contado da instalação da comissão a que se refere o art. 5º, assegurando-se prioridade de análise aos que já tenham encaminhado documentação à Comissão Especial constituída pelo Decreto de 23 de junho de 1993. (grifo nosso).

Art. 3º

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput, será assegurada prioridade de retorno ao serviço aos que: (grifo nosso).

50. Ora, sabe-se que quando a lei de anistia é vaga ou imprecisa, deve-se interpretá-la de forma a favorecer os beneficiários. É esta a lição de Themístocles Cavalcanti¹³:

“A dificuldade maior está, porém, na interpretação de certas leis de anistia, tecnicamente insuficientes e imprecisas. Temos, porém, que a lacuna ou a omissão na lei só pode ser interpretada no sentido de favorecer os beneficiários.”

51. Entretanto, *in casu*, quanto aos efeitos da norma - se *ex tunc* ou *ex nunc* - não houve lacuna ou omissão do legislador. A Lei nº 8.878/94, da mesma forma que a já comentada Lei nº 6.683/79, previu a impossibilidade de efeitos financeiros retroativos, assim como concedeu aos servidores e empregados públicos o *retorno*, não a *reintegração*, aos respectivos cargos e empregos. Nessa linha já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho:

“Quanto ao artigo 6º da Lei nº 8.878/94 que trata de readmissão, mas não de reintegração como determinado pelo Acórdão, realmente houve violação de lei.

Se a lei tivesse mandado reintegrar, não teria imposto as condições necessárias a serem observadas e ter determinado que os efeitos financeiros fossem a partir do retorno. A clareza legal traz a conclusão de que houve violação de lei. (fl. 126)” (grifo nosso).

(ROAR – 754.823/2001.6, relator Ministro Barros Levanhagen)

52. O instituto da *reintegração*, segundo a lição de Hely Lopes Meirelles, em seu *Direito Administrativo Brasileiro* “é a recondução do servidor ao mesmo cargo de que fora demitido, com o pagamento integral dos vencimentos e vantagens do tempo em que esteve afastado, uma vez reconhecida a ilegalidade da demissão em decisão judicial. Como reabilitação funcional, a reintegração acarreta, necessariamente, a restauração de todos os direitos de que foi privado com a ilegal demissão....”. Sobre o instituto, disse ainda que reconhece-se a reintegração “quando a pena de demissão foi ilegal e, em razão desse reconhecimento, restauram-se todos os direitos do demitido, com seu retorno ao cargo e pagamento das indenizações devidas. Quanto à *readmissão*, disse o afamado administrativista que “é o retorno do funcionário ao serviço público quando anulada administrativamente sua desinvestidura (em face da sistemática constitucional, a readmissão não é mais ato de liberalidade da administração)”.

53. O Tribunal Superior do Trabalho, em didático voto proferido na Seção Especializada de Dissídios Individuais¹⁴, quanto a essa distinção asseverou:

“No Direito Administrativo nacional, como ocorre no próprio Direito do Trabalho, as expressões reintegração e readmissão possuem sentido e

¹³ Op. Cit . p. 07

¹⁴ Embargos em Recurso de Revista nº 39810



conteúdo inteiramente distintos, não podendo ser confundidas ou tomadas uma pela outra, levando ao equívoco em que incidiu a R. decisão turmária. A **reintegração** é figura jurídica que se relaciona com estabilidade ou, no âmbito da Administração Pública, com o exercício de um cargo efetivo. Já a **readmissão** tem o sentido de "admitir de novo", recontratar ou restabelecer uma relação por qualquer razão interrompida. Também são inconfundíveis quanto aos efeitos: na **reintegração**, retroagem à época do afastamento como se este não tivesse ocorrido; na **readmissão**, ao contrário, os efeitos são "ex nunc", gerando efeitos obrigacionais a partir de então." (grifo nosso).

"Os efeitos de uma e outra não são os mesmos: na **reintegração** ao emprego ou cargo, geralmente por força de uma decisão judicial, o empregado ou servidor deve ser reparado com todas as vantagens salariais e contratuais a que faria jus durante o período de afastamento, como se este não tivesse ocorrido. Portanto, nos casos em que a lei ou a sentença determine a **reintegração**, os efeitos retroagem à época do afastamento, isto é, a **reintegração** produz efeito 'ex tunc'. Na **readmissão**, ao contrário, a relação jurídica é reatada a partir do retorno do trabalhador, com efeitos 'ex nunc', o que significa que a remuneração e os efeitos obrigacionais pecuniários só se tornam devidos a partir de então."

54. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sobre os conceitos destes dois institutos no julgamento da AC-96.01.38847-8/DF, da mesma forma disse:

"Na **reintegração**, há o reconhecimento da ilegalidade da pena imposta, e, assim, promove-se a reabilitação funcional, restaurando-se todos os direitos de que o servidor foi privado com a punição indevida, ilegal. Na **readmissão**, dá-se o retorno do servidor ao serviço público, quando anulado o ato de desinvestidura, não dando direito a qualquer indenização." (grifo nosso).

55. Ressaltando as diferenças entre esses dois institutos, o mesmo tribunal, agora no julgamento AC 1998.01.00.043371-4/DF, assim manifestou-se:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANISTIA. EFEITOS FINANCEIROS. REINTEGRAÇÃO. READMISSÃO. ADCT, ART. 8º. LEI 8.878, DE 1994, ART. 1º. EFETIVO RETORNO AO SERVIÇO.

1...

2. A **anistia constitucional** foi ampla, prevendo a **reintegração**

(retorno com integral ressarcimento dos prejuízos sofridos) e não a

readmissão (retorno sem ressarcimento ou indenização).

(...) (grifo nosso).

56. *Pari passu*, o magistrado e doutrinador José Wilson Ferreira Sobrinho¹⁵, "A linguagem utilizada pelo § 5º, artigo 8º do ADCT, por exemplo, retoma a velha distinção doutrinária entre **reintegração** e **readmissão**: na **reintegração** são devidos todos os valores atrasados enquanto na **readmissão**, pelo contrário, tais valores somente serão devidos a partir do momento em que ela ocorra." (grifo nosso).

57. Feitas à saciedade as diferenciações entre os dois institutos, assim como estabelecidas as consequências advindas de cada um, conclui-se que, acaso entendesse o legislador que os efeitos da Lei nº 8.878/94 fossem ex tunc e que deveriam os seus destinatários ser reintegrados, desta forma o teria previsto. No entanto, em nenhum momento o fez. Pelo contrário, previu a irretroatividade dos efeitos financeiros, assim como quanto à forma de ingresso, não fez uso do instituto da **reintegração**, mas da expressão **retorno**. A *mens legis*, por sua vez, não pode ser outra: o legislador quis readmitir, não reintegrar.

58. Importante registrar que o egrégio Superior Tribunal de Justiça entende desta maneira, ou seja, no sentido de que os efeitos da

¹⁵ FERREIRA SOBRINHO, José Wilson, *Direito Públíco*



anistia prevista na Lei nº 8.878/94 não tiveram efeitos *ex tunc*. Podemos constatar nos termos do voto do Ministro José Delgado, relator dos embargos à execução nº 2000/0029606-6:

"Seria odioso contra-senso admitir que o direito dos impetrantes remonta à data em que foram anistiados." (grifo nosso).

59. No Mandado de Segurança nº 4085 (impetrado com o objetivo de fazer com que o STJ determinasse ao Ministro dos Transportes dar aos impetrantes exercício imediato nos respectivos cargos nos quais foram reintegrados, por força da lei de anistia, pedindo, ainda, o reconhecimento da qualidade de servidores estatutários, por força da sucessão institucional, bem como de acordo com o artigo 243, inciso I, da Lei nº 8.112/90, e enquadrados em cargos sob a égide do regime jurídico único) deu aquela Corte parcial provimento ao pedido dos impetrantes, para que *"fossem admitidos mediante novo contrato de trabalho, sem nenhum vínculo com o anterior"*. Neste MS nº 4085, assim se pronunciou o relator Ministro Demócrito Reinaldo:

"Criação de cargos não era necessária, eis que, retornarão ao serviço do impetrado mediante recontratação, em órgãos que admitam a admissão de pessoal com base na CLT." (grifo nosso).

"É que, uma vez admitidos, iniciarão um novo contrato, sem nenhum vínculo com o anterior. O tempo de serviço anterior não produzirá outro efeito, senão o relacionado com a previdência." (grifo nosso).

60. Em assim sendo, a ficção jurídica de que teriam retroagido, apenas, os efeitos de reingresso dessa clientela, não possui fundamento. O retorno se deu, efetivamente e em todos os sentidos, quando foram incluídos nos Quadros do Ministério dos Transportes. Evidente que todos, repita-se, todos os efeitos do retorno se darão na data da readmissão, não se podendo aplicar aos mesmos o

disposto no art. 243 da Lei nº 8.112/93. Logo, não poderiam estar investidos em cargos públicos, mas sim em empregos públicos, os ex-empregados das extintas empresas que foram anistiados pela Lei nº 8.878/94, estando submetidos, assim, ao regime celetista, não estatutário.

61. Por essas razões, ou seja, por ter a Lei nº 8.878/94 operado com efeitos *ex nunc*, também não seriam devidos aos seus destinatários, no período existente entre a data da demissão e a readmissão, qualquer vantagem conferida à respectiva categoria de servidor ou empregado, como se trabalhando estivessem. Errôneo esse entendimento, previsto no item 6 do Parecer/MP/CONJUR/IC/Nº 0496-2.9/2001, normatizado no item 8 da Orientação Normativa nº 01, de 14 de março de 2002, e aplicado no âmbito deste Ministério.

62. Forçoso enfatizar que a Administração Pública está sujeita aos *"princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência"* (Constituição, art. 37, caput), cabendo-lhe, como consequência, exercer constante controle de seus próprios atos, fiscalizando a todo tempo o cumprimento da lei e a execução de suas atribuições. Logo, ao constatar desconformidade do ato com o ordenamento jurídico vigente, a Administração pode e deve desfazê-lo, visto que os atos administrativos praticados em discordância com as prescrições jurídicas são inválidos¹⁶. Conforme o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷, *"a Administração tem, em regra, o dever de anular os atos ilegais, sob pena de cair por terra o princípio da legalidade"*.

63. Corroborando esse permissivo, a Lei nº. 8.112/90 assim dispôs:

Art. 114 – A administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade.

64. Pacífico na doutrina e na jurisprudência, foi a questão sumulada pelo STF nos seguintes termos:

¹⁶(MELLO, Celso Antônio Bandeira de *Curso de Direito Administrativo* – 11ª ed.; São Paulo: Malheiros, 1999, p.330).

¹⁷Obra anteriormente citada.



"A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial" (Súmula n.º 473, do STF).

65. Assim, não só pode, deve a Administração declarar a viciosidade dos atos (que, por força de decisão administrativa, enquadraram os empregados da extintas PORTOBRAS e EBTU em cargos públicos, remanejaram os advogados destas extintas estatais para os quadros suplementares da AGU e concederam vantagens retroativas a 1990) e, consequentemente, anulá-los. Todavia, para uma decisão final, mister a definição quanto a algumas questões, que serão analisadas nos seguintes encaminhamentos:

- uma cópia desta manifestação deve ser enviada à CONJUR/MPOG e SRH/MPOG para análise e verificação, por parte destes órgãos, da necessidade de revisão de seus anteriores entendimentos, em face deste novo entendimento da Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes ir de encontro ao esposado pela Consultoria Jurídica¹⁸ e Secretaria de Recursos Humanos¹⁹ do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;
- provação do Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos, DECOR, órgão da estrutura da Consultoria-Geral da União/AGU, para que tome conhecimento formal dos fatos. Mostra-se prudente a incitação deste órgão, em considerando a relevância do assunto e a possibilidade de vir a prescrever o direito de a Administração anular o ato que proveu os referidos anistiados em cargos, assim como a possibilidade de vir a prescrever, também, o direito da Administração de anular os atos que

concederam inúmeras vantagens²⁰ aos anistiados no interregno em que os mesmos ainda não haviam sido readmitidos.

66. Acaso a CONJUR/MPOG mantenha seu posicionamento quanto aos efeitos da Lei nº 8.878/94, com maior propriedade a provação do DECOR/CGU/AGU. Se a CONJUR/MPOG não rever seu entendimento, efetivamente divergirão duas Consultorias Jurídicas de distintos Ministérios sobre relevante matéria, o que impreterivelmente necessitará de pronunciamento do mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, o Advogado-Geral da União.

67. Por fim, deve o caso ser levado ao conhecimento do Exmo. Sr. Ministro dos Transportes²¹ para que, após incontroversa a interpretação jurídica que deve ser dada aos efeitos da Lei nº 8.878/94, reveja seu posicionamento, anteriormente estabelecido com a aprovação do Parecer/CONJUR/MT nº 167/2002.

68. Registre-se que antes do ato que proceder a alteração da situação funcional e do regime jurídico, deverá ser aberto o contraditório a todos os que poderão ter suas relações jurídicas alteradas. Como a futura anulação do ato que os proveu em cargo repercutirá no campo de seus interesses individuais, é imprescindível a observância do princípio constitucional do devido processo legal, abrindo-se a ampla defesa e o contraditório.

V - DOS REMANEJAMENTOS JÁ REALIZADOS PELA CGRH/MT PARA OS QUADROS SUPLEMENTARES EM EXTINÇÃO DA AGU

69. Por parte deste Ministério dos Transportes, existia entendimento favorável, fundado em

¹⁸ Parecer/MP/CONJUR/IC nº 0496-2.9/2001 e do Parecer MP/CONJUR/IC nº 0130-2.6/2002

¹⁹ Órgão Central do Sipec, que emitiu a Orientação Normativa nº 01 de 14 de março de 2002

²⁰ Adicional de tempo de serviço, promoções, incorporações salariais como URP, e outras vantagens de caráter pessoal.

²¹ Necessário a concordância a este exegese pelo Ministro, em virtude do atual entendimento desta autoridade ser o que foi esposado no Parecer/CONJUR/MT nº 167/2002. Portanto, é preciso que o Ministro de Estado dos Transportes altere o seu entendimento com relação ao regime jurídico ao qual estão submetidos os anistiados da Lei nº 8.878/94.



pareceres da Consultoria Jurídica - Parecer/CONJUR/MT nº 167/2002²² e Parecer/CONJUR/MT nº 132/2003 - quanto à perfeita subsunção do art. 46 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 06/09/2001, à situação dos advogados das extintas PORTOBRAS e EBTU, anistiados por força da Lei nº 8.878/94.

70. Nesta Pasta, primeiro pacificou-se que os anistiados - ex-empregados das extintas PORTOBRAS e EBTU - passaram a ocupar cargos públicos²³. Posteriormente²⁴, entendeu-se que os advogados/empregados destas extintas empresas passaram a ocupar cargos efetivos e que detinham o direito a integrar o quadro suplementar em extinção da Advocacia-Geral da União.

71. Entretanto, com base nos fundamentos expostos no capítulo IV deste expediente, deduz-se que os mencionados pareceres e o pretérito entendimento deste Ministério estavam equivocados, pois não podem estar preenchendo cargos públicos os ex-empregados anistiados por força da Lei nº 8.878/94. Em decorrência disto, faltaria-lhes um requisito essencial para a composição dos quadros suplementares em extinção da AGU, qual seja, o preenchimento de cargo público.

72. Para que sejam revistos todos os atos, todavia, primeiro mostra-se premente que o entendimento exposto neste expediente seja aprovado pelo Ministro dos Transportes, pois o Parecer/CONJUR/MT nº 167/2002 foi referendado por esta autoridade sendo, atualmente, o entendimento que prevalece nesta Pasta. Antes da reforma do pretérito entendimento ministerial, todavia e por cautela, entendo que primeiro se realizem os encaminhamentos já sugeridos e os que serão previstos no capítulo VII deste parecer. Respondidos os encaminhamentos pela CONJUR/MPOG e DECOR/CGU/AGU, deverá o caso ser encaminhado, então,

ao Ministro dos Transportes para sua decisão final, quanto ao correto regime jurídico sob o qual devem estar submetidos os ex-empregados das extintas PORTOBRAS e EBTU, anistiados pela Lei nº 8.878/94 e readmitidos aos quadros deste Ministério, desencadeando um processo de revisão em todos os casos que divergirem do novel entendimento.

73. Mister ressaltar, ainda, que, em que pese a discutível exatidão dos pareceres emitidos pela CONJUR/MT²⁵ e pela CONJUR/MPOG²⁶ - no pertinente aos ex-empregados anistiados pela Lei nº 8.878/94 ocuparem, atualmente, cargos públicos - importante ressalvar que, na hipótese de se manter, ao final, o mesmo entendimento, ou seja, não estando adequadas as ponderações dispostas pelo signatário no capítulo IV deste parecer, mesmo assim, necessário que a Consultoria Jurídica do MPOG e o Órgão Central do SIPEC – Secretaria de Recursos Humanos do MPOG - se pronunciem em outro quesito.

74. É que, nos termos do parecer emitido pela CONJUR/MPOG, faltaria aos anistiados advogados/empregados das extintas PORTOBRAS e EBTU uma exigência legal para integrarem o quadro suplementar em extinção da AGU. Disse o Parecer MP/CONJUR/IC nº 0130-2.6/2002:

14. É salutar trazer a lume o art. 33 da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que define os servidores não estáveis que são alcançados pelo inciso II do § 3º do art. 169 da Constituição, ou seja, serão demissíveis os servidores recrutados sem concurso público e que não adquiriram a estabilidade por força da Constituição de 1988. Portanto, os referidos ex-empregados anistiados passarão a pertencer à categoria de servidores não estáveis, detentores de cargos não efetivos, vez que foram admitidos na Administração Pública Federal direta sem concurso público.

²² Este parecer, inclusive, obteve a aprovação do Exmº. Sr. Ministro dos Transportes

²³ Parecer /MT/CONJUR Nº 111/2001

²⁴ Parecer/CONJUR/MT nº 167/2002 e Parecer/CONJUR/MT nº 132/2003

²⁵ Parecer/MT/CONJUR Nº 111/2001

²⁶ Parecer/MP/CONJUR/IC/Nº 0496-2.9/2001 e o Parecer MP/CONJUR/IC nº 0130-2.6/2002



75. Como se pode perceber, de acordo com o balizamento estabelecido neste expediente da CONJUR/MPOG, faltaria a todos aqueles já enquadrados por ato da CGRH/MT nos quadros suplementares em extinção da AGU, um dos requisitos para integrar, também, o referido quadro criado pelo art. 46 da MP nº 2.229-43/2001, pois não seriam os mesmos detentores de cargo efetivo. Segundo esta manifestação, os ex-empregados das extintas PORTOBRAS e EBTU - anistiados pela Lei nº 8.878/94 - passariam a pertencer a uma categoria de servidores não possuidores da prerrogativa da estabilidade e não detentores de cargos efetivos.

76. Assim, mais uma divergência de interpretação em matéria de pessoal existiu entre CONJUR/MPOG e CONJUR/MT. Aquela entende que os ex-empregados das extintas PORTOBRAS e EBTU, anistiados pela Lei nº 8.878/94, estão a ocupar cargos, mas cargos não efetivos. Esta, de forma distinta e em manifestações passadas, já inferiu positivamente que os mesmos ocupavam cargo efetivo.

77. Por isso, mais uma vez, devem a CONJUR/MPOG e a SRH/MPOG – esta como Órgão Central do SIPEC – ser incitadas para que, em não concordando com o esposado no capítulo IV deste expediente, pronunciem-se subsidiariamente sobre mais essa divergência. Em outras palavras, na hipótese de discordarem do entendimento aqui exposto quanto aos efeitos da anistia prevista na Lei nº 8.878/94, e continuando correta a interpretação de que apenas alguns dos efeitos desta norma seriam ex tunc, terá de solucionar mais esta controvérsia.

78. Também em face desta divergência, entendo pela necessidade do DECOR/CGU/AGU ser incitado para que, subsidiariamente, em não concordando com o disposto no capítulo IV deste parecer, defina sobre a classificação do cargo que estariam dita clientela preenchendo, se efetivos ou não.

VI - DAMANUTENÇÃO DA NOMENCLATURA DOS CARGOS E DO NECESSÁRIO ENCAMINHAMENTO DOS PROCESSOS À ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

79. Foi relatado pela requerente, no aditamento de fls. 254 a 258, e confirmado pela CGRH/MT, fls. 323 e 324, que outros ex-empregados/advogados das extintas PORTOBRAS e EBTU (relacionados na f. 322) já estariam integrados aos quadros suplementares em extinção da AGU, de que trata o art. 46 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 06/09/2001.

80. Não se comprehende, todavia, as razões da Coordenação-Geral de Recursos Humanos deste Ministério em haver alterado a classificação dos cargos, remanejado dita clientela para quadros da AGU e alterado, consequentemente, sua remuneração²⁷, sem o encaminhamento dos processos à própria AGU.

81. Primeiro, quanto à alteração na nomenclatura dos cargos realizado pela CGRH/MT, necessário frisar que este comando não está respaldado em previsão legal. O art. 46 da MP nº 2.229-43/2001 prevê remanejamento de cargos efetivos (privativos de Bacharel em Direito e não transpostos para cargo do quadro permanente da AGU), para os quadros em extinção da AGU. Todavia, a CGRH/MT, além de fazer o dito remanejamento dos cargos, transpôs os ocupantes destes cargos remanejados para um novo cargo chamado *"Assistente Jurídico do quadro suplementar de que trata o art. 46 da Medida Provisória nº 2.048/2000"*²⁸. Logo, como a norma apenas previu o remanejamento de cargos, não a alteração em suas nomenclaturas, devem retornar à nomenclatura original os cargos que sofreram essa alteração nominal.

82. Segundo, se este Ministério entendeu, em anteriores manifestações – apesar de contrárias

²⁷ Art. 48 da Medida Provisória nº 2.229-43/2001

²⁸ Declaração do Coordenador de Administração de Pessoal Ativo, às fls. 323



ao entendimento que agora emerge - que os ex-empregados/advogados das extintas PORTOBRAS e EBTU teriam direito a compor os quadros suplementares em extinção da Advocacia-Geral da União, óbvio e evidente que este órgão, em última instância administrativa, tem de conhecer das decisões que assim se pronunciam, para verificar a adequação legal de cada caso e para que coordene as atividades destes novos componentes de seus quadros.

83. É bom registrar que cabe ao Advogado-Geral da União, nos termos do art. 4º, inciso I da Lei Complementar 73/93, dirigir, superintender e coordenar as atividades da AGU. Logo, deve-se dar a ele o conhecimento daqueles que almejam integrar aos quadros desta instituição, seja no quadro permanente previstos na LC nº 73/93, seja no quadro suplementar em extinção previsto na MP nº 2.229-43/2001.

84. Desta forma, o ciclo completo para a formação do ato administrativo – que pretender incorporar aos quadros suplementares em extinção da AGU os ex-empregados anistiados das extintas PORTOBRAS e EBTU - necessariamente, passa pela AGU. Sobre esse tema, ainda não foi a AGU consultada, somente tendo havido, até o presente instante, o encaminhamento dos processos administrativos que diziam respeito à transposição para a carreira de Assistente Jurídico da AGU²⁹, não para a composição dos quadros suplementares em extinção de que trata a MP nº 2.229-43/2001. Quanto àquele assunto, tem-se notícia de que as transposições foram indeferidas. Em relação a este, como pré-falado, sequer consulta foi enviada.

85. Portanto, necessário o encaminhamento de todos os processos que já remanejaram os servidores anistiados pela Lei nº 8.878/94 para os quadros suplementares em extinção da AGU, pois os processos que lá se encontram tratam da transposição de interessados para cargo de seu quadro permanente, não de remanejamento

de cargos para o seu quadro suplementar em extinção.

VII - CONCLUSÕES

86. Pelos motivos expostos no capítulo II deste parecer, o primeiro pedido da Drª. Maria Lenita Lopes de Andrade, fundado na Lei nº 9.028/95, carece de adequação legal. Logo, opino pelo indeferimento de sua transposição para o cargo de Assistente Jurídico da AGU, hoje transformado em Advogado da União. Em cumprimento do disposto na IN nº 06, de 22 de janeiro de 1999, deve o processo ser encaminhado para a Advocacia-Geral da União.

87. Quanto à pretensão subsidiária, de remanejamento de seu atual cargo para o quadro suplementar em extinção da AGU, opino pelo deferimento do pleito. De acordo com o disposto no capítulo III: a requerente está a ocupar cargo público (por força de decisão judicial que ainda não transitou em julgado, mas com plenos efeitos); dito cargo tem atribuições típicas de advogado (portanto, é privativo para Bacharéis em Direito); não preenche os requisitos para a transposição prevista na Lei nº 9.028/95; logo, enquadra-se nas exigências do art. 46 da MP nº 2.229-43/2001. Deve, então, a CGRH/MT efetuar as alterações necessárias e, ato contínuo, encaminhar o processo à AGU, para que conheça e ratifique os atos que incluirão cargo em seu quadro em extinção.

88. Em face das notícias insertas aos autos, os pareceres e entendimentos até aqui utilizados na interpretação da Lei nº 8.878/94 mereceram reanálise neste expediente. Desse procedimento, denotou-se a modificação da interpretação dentro desta Consultoria (até então pacífica no âmbito da Administração) quanto aos efeitos da Lei nº 8.878/94. Em face dessa alteração exegética agora iniciada, prudente se

²⁹ Pareceres proferidos em processos individuais, fls 293 a 320.

mostra que, primeiro, realizem-se as diligências discriminadas logo a seguir para, em sendo final e completamente solucionado o imbróglio jurídico ora emergido, possa decidir-se sobre o regime jurídico sob o qual estão submetidos os ex-empregados anistiados pela referida lei. Passemos aos necessários encaminhamentos:

a) em face do disposto no capítulo IV deste expediente, sugiro a remessa de uma cópia desta parecer à Consultoria Jurídica do MPOG para que analise a necessidade de reforma do Parecer/MP/CONJUR/IC/Nº 0496-2.9/2001 e Parecer MP/CONJUR/IC nº 0130-2.6/2002. Subsidiariamente, acaso entenda pela correição destas manifestações, pela desnecessidade de reforma e, portanto, pela manutenção do disposto nos aludidos pareceres, que a CONJUR/MPOG se pronuncie em relação ao disposto no capítulo V deste parecer, mais especificamente parágrafos 71 a 75. Em subsistindo, ao final, divergência entre CONJUR/MPOG e CONJUR/MT, que aquele órgão encaminhe o assunto à AGU para solução final;

b) ainda em face do disposto no capítulo IV, sugiro a remessa de uma cópia deste parecer, também, à Secretaria de Recursos Humanos, Órgão Central do SIPEC, pois os termos do aqui disposto não se coadunam com a Orientação Normativa nº 01 de 14/03/2002, mostrando-se necessário, assim, que a SRH/MPOG conheça da discordância para reavaliar os termos desta norma;

c) dada a relevância jurídica do assunto e em virtude do disposto no capítulo II, III, IV, V e VI deste expediente, sugiro, ainda, o envio de cópia deste parecer ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos, órgão da estrutura da Consultoria-Geral da União/AGU. Primeiramente, requer a interessada a transposição prevista na Lei nº 9.028/95, ou o ingresso nos quadros suplementares em extinção da AGU, merecendo, por isso, parecer final da AGU sobre estes pedidos (matéria discutida no capítulo II e III). Segundo, acaso mantenha a CONJUR/MPOG o entendimento de que os anistiados das extintas PORTOBRAS

e EBTU estejam submetidos ao regime jurídico estatutário, subsistirá divergência entre Consultorias Jurídicas de distintos Ministérios, o que merecerá solução por parte do Advogado-Geral da União (matéria abordada no capítulo IV). Terceiro, em mantendo a CONJUR/MPOG seu antigo entendimento, e em concordando a AGU que dita clientela estar a ocupar cargos públicos, ainda assim resistirá uma discordância jurídica entre Consultorias Jurídicas, quanto a esses cargos serem efetivos ou não, também merecedora de solução por parte da AGU (assunto discutido no capítulo V). Por último, em face dos remanejamentos já efetivados por atos da CGRH deste Ministério (matéria abordada no capítulo VI), que incluiu os ex-empregados/advogados anistiados das extintas PORTOBRAS e EBTU nos quadros suplementares em extinção da AGU, considero pertinente, mais uma vez, a oitiva da AGU para que, em considerando legítimo, ratifique os atos da CGRH/MT que incluíram servidores em seus quadros;

d) em virtude da CGRH/MT já haver realizado o remanejamento dos ex-empregados/advogados anistiados pela Lei nº 8.878/94 - indicados pela requerente no aditamento de fls. 254 a 258, e confirmado pela CGRH/MT, fls. 323 e 324 - para os quadros suplementares em extinção da AGU (matéria discutida no capítulo VI), assim como a consequente alteração vencimental da respectiva clientela, sugiro que esta coordenação envie para a Advocacia-Geral da União os processos individuais de cada servidor beneficiado com o remanejamento e alteração remuneratória previstos nos arts. 46 e 48 da MP nº 2229-43/2001.

À consideração do Sr. Coordenador-Geral de Legislação e Jurisprudência.

Brasília, 28 de março de 2005.

PETROV FERREIRA BALTAR FILHO
Advogado da União



D E S P A C H O

De acordo.

À consideração da Sr^a. Consultora Jurídica.

Brasília, 28 de março de 2005.

PAULO HENRIQUE KUHN
Advogado da União
Coordenador-Geral de Legislação e
Jurisprudência

DESPACHO MT/CONJUR N.^o 291/2005

1. Adoto o Parecer n.^o 129-2005/MT/CONJUR, da lavra do Dr. Petrov Ferreira Baltar Filho;

2. No que pertine ao primeiro pleito da Dr^a. Maria Lenita Lopes de Andrade, de transposição para a extinta Carreira de Assistente Jurídico da AGU - hoje transformada na Carreira de Advogado da União - não subsiste razão à requerente, pelos motivos expostos no capítulo II do parecer ora aprovado;

3. Quanto à pretensão subsidiária, de remanejamento de seu atual cargo para o quadro suplementar em extinção da AGU, assiste razão à requerente, pois, conforme asseverado pelo parecerista, por força de decisão judicial está ela a ocupar cargo público, dito cargo tem atribuições típicas de advogado (portanto, é privativo para Bacharéis em Direito) e, por último, não preenche os requisitos para a transposição prevista na Lei n^o 9.028/95. Logo, enquadra-se nas exigências do art. 46 da MP n^o 2.229-43/2001, merecendo da CGRH/MT as alterações decorrentes deste enquadramento;

4. Após realizadas as modificações na situação funcional da requerente pela CGRH/MT, deve esta

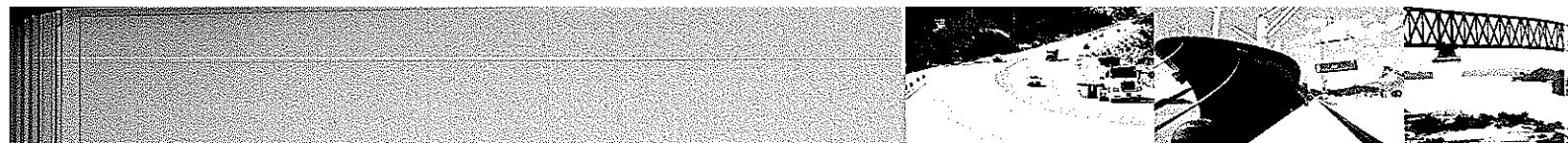
coordenação enviar o processo à AGU, para que seja dado cumprimento ao disposto no art. 3º, § 3º da IN/AGU n^o 06, de 22/01/1999, e para que a AGU ratifique, ou não, a inclusão da requerente nos seus quadros suplementares em extinção;

5. Em virtude do novo entendimento relativo aos efeitos da Lei n^o 8.878/94, assim como em decorrência dos fatos relatados nestes autos, mostra-se judicioso a realização das seguintes diligências:

(a) envio de cópia deste parecer à Consultoria Jurídica do MPOG, para que analise a necessidade de reforma do Parecer/MP/CONJUR/IC/Nº 0496-2.9/2001 e do Parecer MP/CONJUR/IC n^o 0130-2.6/2002. Subsidiariamente, acaso a CONJUR/MPOG constate a desnecessidade de reforma do disposto nas aludidas manifestações, necessário que se pronuncie em relação ao expedido no capítulo V do parecer ora aprovado, mais especificamente parágrafos 71 a 75. Mister frisar que, na hipótese de subsistir divergência entre CONJUR/MPOG e CONJUR/MT, aquele órgão deve encaminhar o assunto à AGU para solução final;

(b) envio de cópia deste parecer à Secretaria de Recursos Humanos, Órgão Central do SIPEC, pois o novel entendimento desta Consultoria Jurídica não se coaduna com a Orientação Normativa n^o 01 de 14/03/2002, mostrando-se necessário, assim, que a SRH/MPOG conheça da discordância para reavaliar os termos desta norma;

(c) envio de cópia deste parecer ao DECOR/CGU/AGU, em face da relevância jurídica do assunto e da já existência de divergências interpretativas entre Consultorias Jurídicas de distintos Ministérios. Em mantendo a CONJUR/MPOG a convicção de que os anistiados das extintas PORTOBRAS e EBTU estariam submetidos ao regime jurídico estatutário, assim como, que dita clientela seria detentora de cargos não efetivos, caracterizadas de maneira final as discordâncias, merecedoras de solução pelo Advogado-Geral da União.



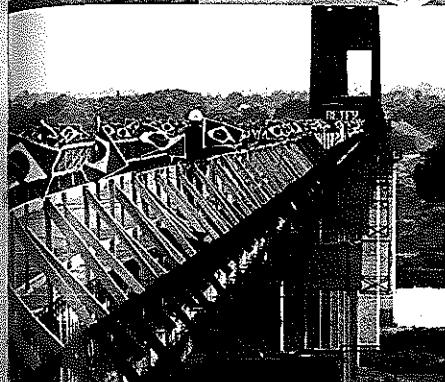
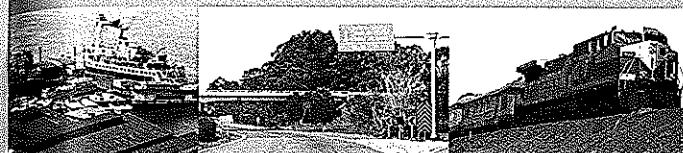
6. Deve a CGRH/MT providenciar o envio, para a Advocacia-Geral da União, de todos os processos individuais dos servidores beneficiados com o remanejamento e com a alteração remuneratória previstos nos art. 46 e 48 da MP nº 2229-43/2001 para que, em considerando legítimos os atos

praticados por esta coordenação, venha a AGU ratificá-los.

Brasília, 28 de março de 2005.

YOLANDA CORRÊA PEREIRA

Consultora Jurídica



Aquisição de materiais pelo sistema de registro de preços

PARECER: 198-2006/AGU/MT/CONJUR
PROCESSO N°: 50000.013630/2006-16

INTERESSADO: CGRL – Almoxarifado

ASSUNTO: Aquisição de materiais de expediente e de escritório

I - DOS FATOS

Vem ao exame e manifestação desta Consultoria Jurídica o presente processo administrativo, tendo como objeto a aquisição de materiais de expediente e de escritório para atender a demanda do Ministério dos Transportes no ano de 2006, por meio do Sistema de Registro de Preços.

A remessa dos autos, portanto, se deve à necessidade de análise e manifestação acerca dos procedimentos preliminares adotados por este Ministério, bem como de análise das minutas de edital, de ata de registro de preços e de contrato.

O termo de referência, com a justificativa da contratação e devidamente aprovado pela autoridade competente, encontra-se acostado às fls. 19/20.

Foi realizada pesquisa de mercado para atendimento do comando do §1º do artigo 15

da Lei nº 8.666/93, cujo mapa comparativo está encartado às fls. 95/130.

À fl. 139 consta a autorização para abertura do procedimento licitatório, com a declaração de que o aumento da despesa tem adequação orçamentária e financeira.

A despesa foi estimada em R\$ 1.216.065,93 (um milhão duzentos e dezesseis mil e sessenta e cinco reais e noventa e três centavos), conforme informação da Chefe do Serviço de Cadastro e Compras à fl. 132.

É o relatório.

II - DO DIREITO

O artigo 15, inciso II, da Lei nº. 8.666/93 estabelece que as compras efetuadas pelo Poder Público, sempre que possível, deverão ser processadas através de sistema de registro de preços. O § 3º do mesmo dispositivo legal reza que “o sistema de registro de preços será regulamentado por decreto(...)”. Tal disposição foi atendida mediante a edição do Decreto nº. 3.931, de 19 de setembro de 2001, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços



previsto na Lei 8.666/93, sendo, portanto, imprescindível à observância do mesmo nos processos em que é interesse da Administração contratar mediante o aludido Sistema.

Por conseguinte, o decreto ora mencionado elenca, no seu artigo 2º, as possibilidades em que a Administração Pública poderá adotar o Sistema de Registro de Preços, sendo que no presente caso foi a licitação enquadrada no inciso IV que prevê a hipótese do Sistema de Registro de Preços, preferencialmente, “quando pela natureza do objeto não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.”

Avaliando o objeto do procedimento licitatório, verifica-se o acerto do administrador quanto à escolha do pregão como modalidade de licitação. Tal procedimento, criado pela Medida Provisória 2.182-18 de 28 de agosto de 2001, posteriormente convertida na Lei 10.520/2002, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, assim definidos pela Lei

Verificada correção da modalidade licitatória, passo à análise das minutas submetidas a esta CONJUR.

a) Subdivisão em lotes. Incongruência entre o termo de referência aprovado e o constante no edital

Inicialmente, chamo a atenção para a divergência observada entre o termo de referência aprovado pela autoridade competente (fls. 19/20) e o termo de referência constante como Anexo I da minuta de Edital (fls. 169/170).

No primeiro, há previsão, no item 2 que trata da justificativa, de que as requisições serão trimestrais, o que indica que a intenção foi a de subdividir as aquisições em lotes, conforme prevê o artigo 5º do Decreto nº 3.931/01, sempre que comprovado técnica e economicamente viável, de forma a possibilitar maior competitividade.

Ocorre que no termo de referência que integra o Anexo I da minuta de edital, não há qualquer referência à subdivisão em lotes, presumindo-se que o quantitativo total será entregue de uma só vez.

Diante dessa incongruência, faz-se necessário que o setor responsável esclareça qual foi sua opção, acompanhada, necessariamente, da respectiva justificativa.

É preciso consignar que a finalidade do Sistema de Registro de Preços é formar um cadastro de fornecedores, selecionados mediante licitação, para possibilitar ao órgão ou à entidade pública contratações sucessivas durante o período de validade da ata.

Se a intenção da administração é contratar bens ou serviços mediante uma única aquisição, não há sentido, salvo melhor juízo, em se realizar o sistema registro de preços, pois isso significaria desnaturar a essência do instituto, que é a de possibilitar à Administração Pública uma pluralidade de aquisições durante a vigência do cadastro.

Marçal Justen Filho¹ ao tratar do tema, traz as seguintes ponderações:

“Em princípio, o registro de preços apenas apresenta sentido quando for possível realizar uma pluralidade de aquisições. Não teria sentido promover licitação de registro de preços e realizar uma única aquisição. Não que isso seja proibido – apenas não se caracterizará registro de preços quando se facultar que a Administração esgote todo o quantitativo em uma única aquisição. A razão de ser do registro de preços está na multiplicidade de aquisições.”

Diante desses argumentos, esta Consultoria Jurídica recomenda que seja observada a regra do artigo 5º do Decreto nº 3.931/01, para que haja a subdivisão das aquisições em lotes trimestrais ou em outra periodicidade que a Administração entender mais conveniente.

Nessa hipótese, é imperioso que se faça a estimativa de quantitativos para cada aquisição individual, de modo a permitir que os potenciais

¹ “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos” – 11ª edição – São Paulo: Dialética, 2005, p. 154.



interessados formulem proposta mais vantajosa. Nesse sentido novamente é oportuna a lição de Marçal Justen Filho²:

“É imperioso determinar os quantitativos máximos cuja aquisição se prevê no período de um ano. Mas, além disso, deverão estabelecer-se os quantitativos para cada aquisição individual. Por outro lado, não se pode admitir formulação genérica para os lotes. Não será válida previsão de que os quantitativos em cada aquisição serão fixados discricionariamente, sem qualquer limite, pela Administração. Será defeituoso, por exemplo, o edital estabelecer que a Administração poderá requisitar o fornecimento de lotes entre um quilograma e dez toneladas. Ora, isso inviabiliza a formação de preços, atemoriza os fornecedores diligentes e estimula os imprudentes (...). A incerteza sobre quantitativos mínimos e máximos se reflete no afastamento dos empresários sérios e na elevação dos preços ofertados à Administração.”

Todavia, como o mencionado artigo 5º do Decreto nº 3.931/01 não veda que se promova a licitação de registro de preços mediante uma única aquisição, caso a Administração opte por contratar dessa forma, deve haver uma justificativa clara e detalhada das razões pelas quais não é viável, nem vantajoso, proceder-se à pluralidade de aquisições no caso em tela.

Registre, por fim, que tal definição acarretará reflexos no item 20.11 da minuta de edital e na cláusula primeira da minuta do contrato, caso a opção seja pela subdivisão em lotes.

b) Compatibilidade do edital com o artigo 21 do Decreto nº 5.450/2005

O artigo 21 do Decreto nº 5.450/2005 preceitua que os licitantes deverão encaminhar proposta exclusivamente por meio do sistema eletrônico, em sítio da Internet constante do edital (art. 21 do Decreto nº 5.450/2005). Observa-se, porém, que o item 4.1 da minuta

do edital, apesar de determinar o envio das propostas de preços exclusivamente por meio da Internet não indica o endereço eletrônico, em que isto ocorrerá, devendo, pois, ser suprida esta omissão.

Não suficiente, o item 4.3 da minuta objeto de análise, exige que a proposta comercial atenda ao subitem 1.1 do Anexo III. Todavia, referido Anexo traz disposições incompatíveis com o envio da proposta por meio do sistema eletrônico, tais como aquelas constantes das alíneas “a” e “a.1” (fl. 186). Veja-se que, se tais determinações são impostas ao licitante vencedor, que deverá posteriormente enviar proposta física acompanhada de documentos e amostras, isto deve ser esclarecido pelo edital.

Logo, deve ser indicado o sítio da *internet* em que deverão ser enviadas as propostas, bem como solucionadas as incompatibilidades constatadas entre o capítulo IV (que exige que as propostas sejam enviadas exclusivamente por meio do sistema eletrônico) e os itens 1.1, “a” e “a.1” do Anexo V (que exigem certas providências que não podem ser tomadas via Internet).

c) Observância do Artigo 4º da Lei nº 10.520/2002

Ao estabelecer o procedimento da licitação na modalidade Pregão, a Lei nº 10.520/2002, em seu art. 4º, determinou que, após a apresentação das propostas, a formulação de novos lances sucessivos deve ser permitida ao autor da oferta de valor mais baixo e aos das ofertas com preços até 10% superiores àquela (inciso VIII), permitindo a participação da etapa competitiva independentemente do valor da proposta, apenas na hipótese de não existir pelo menos três ofertas que atendam àquelas condições, mas, ainda assim, limitado ao máximo de três licitantes (inciso IX).

A regra procedural exposta no parágrafo anterior deve ser obedecida em qualquer forma de Pregão.

² *Op. cit.* – p. 154.



A Lei nº 10.520/2002 regulou a modalidade de licitação denominada Pregão, autorizando expressamente a utilização de recursos de tecnologia da informação, e, obviamente, apenas no que concerne à sua implementação prática deixou a cargo de regulamentação específica, a qual, no âmbito da Administração Pública Federal, encontra-se no Decreto nº 5.450/2005.

Portanto, em que pese aos incisos VIII e IX do art. 4º, empregarem a expressão *lances verbais*, não é lícito afastar do Pregão eletrônico tais disposições, pois o Pregão na sua forma eletrônica só pode se diferenciar do Pregão presencial quanto ao meio de comunicação, mas não quanto ao seu procedimento legal.

Mais ainda, um Decreto não pode ultrapassar os limites definidos em Lei, daí porque, se o Decreto nº 5.450/2005 autoriza a formulação de lances por qualquer licitante, não obstante comando legal diverso, deve a Administração Pública, em atenção ao Princípio da Legalidade, observar o regramento superior estatuído pela Lei nº 10.520/2002.

Assim, sugere esta CONJUR que se insira no corpo do Edital as determinações do art. 4º, VIII e IX, da Lei nº 10.520/2002;

d) Utilização da Ata de Registro de Preços por órgãos ou entidades não participantes (art. 8º do Decreto nº 3.931/01)

No item 9.5 (Dos Usuários) da minuta de edital, consta um único subitem, 9.5.1, com a seguinte redação (fl. 159): “É vedada a utilização da Ata de Registro de Preços por órgãos/entidades não-participantes (acórdão TCU-668/2005 – Plenário).”

Por outro lado, a Cláusula Terceira da Ata de Registro de Preços, em seus subitens 3.1 a 3.3, dispõe sobre a forma de utilização da ata de registro de preços por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame.

Essa contradição existente entre esses dois dispositivos é facilmente resolvida pela simples

leitura da parte final do voto condutor do Acórdão 668/2005 – Plenário de lavra do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, *verbis*:

“24. Com essas informações podemos ter noção da problemática de adotar o Sistema de Registro de Preços para a contratação de operadora de plano de saúde. O objeto licitado é simples/comum no que tange aos padrões de desempenho e qualidades desejados, os quais podem, sem maiores problemas, ser definidos no edital, possibilitando a contratação via Pregão. Entretanto, o objeto é complexo/singular em relação aos diversos fatores que definem o custo do serviço. Assim, o preço ofertado para o Ministério da Cultura dificilmente será o adequado para qualquer outro órgão da Administração, tendo em vista as diferenças nos diversos componentes do custo dos serviços, entre os quais destaco a abrangência territorial ou área geográfica, a rede credenciada e o grupo de beneficiários (...)”

33. Pelas razões expostas nos itens 24, 29 e 30 supra, entendo que seria conveniente a utilização de SRP no presente caso, com fundamento no art. 2º, inciso III, do Decreto 3.931/2001, desde que esse alcançasse apenas os órgãos participantes, não sendo estendido aos demais órgãos/entidades da Administração.

34. Uma vez que os órgãos participantes do SRP devem encaminhar, no início do certame, os dados referentes às suas necessidades, o que, caso o edital seja elaborado sem as contradições/obscridades apontadas nesta Proposta de Deliberação, possibilitará a formulação, pelas licitantes, de propostas coerentes com o conjunto dos assistidos, distribuídos entre o Ministério da Cultura e suas entidades vinculadas, em relação a esses órgãos/entidades o SRP atenderá ao interesse público, mostrando-se conveniente sua aplicação.

35. Com relação aos demais órgãos da Administração, consoante exposto no item 24 supra, considerando a natureza complexa/singular do objeto licitado em relação aos diversos fatores



que definem o custo do serviço, não é conveniente que venham a se utilizar da ata de registro de preços resultante da licitação em questão, uma vez que o preço ofertado para o Ministério da Cultura dificilmente será o adequado para qualquer outro órgão da Administração. Essa conclusão decorre das prováveis incompatibilidades entre as necessidades dos órgãos, principalmente no que se refere à abrangência territorial ou área geográfica, à rede credenciada e à massa de assistidos.

(...)

37. Assim, considerando a diversidade existente nas necessidades dos órgãos públicos referentes aos planos de saúde de seus servidores, reafirmo que o preço cotado com base nos dados fornecidos pelo Ministério da Cultura e suas entidades vinculadas dificilmente corresponderá ao preço ideal para os serviços a serem prestados em outros órgãos da Administração.

38. É importante salientar que a prerrogativa insculpida no § 2º do art. 8º do Decreto 3.931/2001 coloca em situação confortável a empresa beneficiária do SRP, que só optará pela aceitação do fornecimento a outros órgãos da Administração quando lhe for conveniente. É claro que, diante das características do órgão não-participante do SRP, se não for vantajoso para a empresa contratar pelo preço registrado, ela recusará. Por outro lado, quando a situação mostrar-se vantajosa para a empresa, isto é, quando as características do órgão não-participante do SRP ensejarem um preço menor do que aquele registrado, a empresa aceitará contratar, em prejuízo da Administração. No presente caso, o complexo conjunto de fatores que definem o custo do objeto contratado deixa a Administração em posição ainda mais delicada, tendo em vista a dificuldade que terá em definir exatamente qual seria o preço ideal da contratação, para verificar, então, se o preço registrado é ou não vantajoso.

39. Diante disso, entendo que a possibilidade de adesão de outros órgãos na ata de registro de preços referente ao objeto em questão é fator de risco para a Administração.

40. Esse entendimento, a meu ver, não constitui ofensa ao art. 8º do Decreto 3.931/2001, que expressamente prevê a utilização da ata de registro de preços por órgãos não-participantes do SRP (...)

42. Entendo que, em homenagem ao princípio da busca pela proposta mais vantajosa para a Administração, deva ser vedada a utilização, por órgãos não-participantes do SRP, da ata de registro de preços referente à contratação de operadora de plano de assistência à saúde.

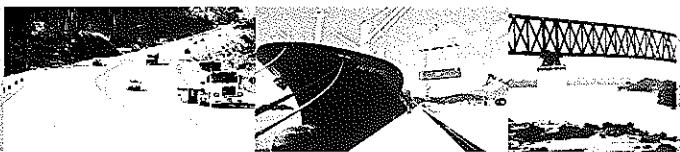
43. Assim, em discordância com a Unidade Técnica, entendo que possa ser considerada regular a utilização do SRP para a contratação de operadora de plano de assistência à saúde, desde que seja vedada a utilização da ata de registro de preços por órgãos não-participantes do SRP. Assim, proponho que o Tribunal determine ao Ministério da Cultura que, caso venha a utilizar, em futuro certame para a contratação de operadora de plano de assistência à saúde, o Sistema de Registro de Preços, insira no edital cláusula vedando a utilização da ata de registro de preços por órgãos não-participantes do SRP."

No caso, a regra do artigo 8º do Decreto nº 3.931/01 foi afastada excepcionalmente pelo Tribunal de Contas da União, em virtude das peculiaridades que cercam a contratação de operadora de plano de saúde, muito bem abordadas na decisão.

Todavia, em relação às demais contratações permanecesse a possibilidade de aplicação do referido dispositivo legal, não havendo motivo para afastar a sua aplicação na presente licitação, razão pela qual entendo que deve ser suprimido o item 9.5 da minuta de edital.

e) Não aplicação do artigo 65, §1º, da Lei nº 8.666/93

Consoante entendimento da melhor doutrina, a regra do artigo 65, §1º, da Lei nº 8.666/93 que autoriza, nas obras, serviços e compras, a ampliação do quantitativo em até 25% (vinte e



cinco por cento), não é compatível com o Sistema de Registro de Preços.

Nesse sentido é clara a lição do professor Marçal Justen Filho³, com a qual esta Consultoria Jurídica está de pleno acordo:

“Não se afigura cabível, ademais disso, a aplicação da autorização contida no artigo 65 da Lei de Licitações ao âmbito do registro de preços. Assim, não seria possível ampliar os limites quantitativos do registro em até 25% dos montantes originais. A disposição do art. 65 reflete solução compatível com a contratação isolada, em que o aumento da quantidade, imprevisível no momento inicial, poderia demandar grandes formalidades para realização de outra licitação. Essa circunstância não existe no Registro, o qual apresenta prazo de validade de até um ano e permite sucessivas contratações. Portanto, a Administração dispõe de condições de estimar, com antecedência, a perspectiva e exaurimento dos quantitativos máximos registrados.”

Portanto, recomenda esta CONJUR que sejam retirados o subitem 20.6 da minuta de edital, a cláusula décima da minuta de contrato e o subitem 6.9 da minuta de ata de registro de preços.

f) Questões formais das minutas

A redação do subitem 9.2 da minuta de edital deve ser modificada, pois somente será celebrada uma Ata de Registro de Preços. No caso de o quantitativo total pretendido não ser atendido por um único fornecedor, a solução dada pelo artigo 6º do Decreto nº 3.931/01 é o cadastramento de tantos fornecedores quanto forem necessários até que se atinja a totalidade dos itens estimados, e não a celebração de uma pluralidade de Atas de Registro de Preços. Pela mesma razão, deve ser alterada a redação do subitem 9.3 da minuta de edital.

No item 6.8 sugere-se que seja trocada a parte final “independentemente de solicitação” por “mediante solicitação”, pois exigir do contratado

esclarecimento de fatos independentemente de solicitação parece-nos ser uma exigência excessiva.

Seja acrescentada no subitem 20.21 da minuta de edital referência ao Decreto nº 3.931/01, retirando-se a referência ao Decreto nº 3.555/00 nesse subitem e no 2.1 do termo de referência, por não guardar pertinência com a presente licitação.

g) Previsão orçamentária

Quanto à necessidade de previsibilidade orçamentária para a realização de certame licitatório, exigência da Lei nº. 8.666/93 em se tratando de obras e serviços (artigo 7º, § 2º, inciso III), é pertinente o entendimento de que dada a peculiaridade do certame licitatório em questão, é dizer, Pregão Eletrônico para Registro de Preços, e de acordo com a doutrina hodierna sobre a matéria, a exigência de demonstrativo de crédito orçamentário se exaure, visto que a indicação do respectivo elemento de despesa no corpo do Edital de Pregão e na Minuta do Contrato (em consonância com o que estabelece o artigo 55, inciso V, da Lei nº. 8.666/93) supre tal demanda. Nesse sentido, vale observar a ilação do ilustre administrativista Jessé Torres na obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública”, 6ª ed. Renovar, p. 125:

“(...) Ainda que se considere uma anomalia que a Administração quede-se sem orçamento nos primeiros meses de cada exercício anual, o fato é que esta se tem repetido, quase que se constituindo em regra geral. Para enfrentá-la, o administrador não poderá esperar. Deve indicar, nos autos de cada processo licitatório, o elemento que responderia pela eventual futura despesa de acordo com a dotação estimada na proposta orçamentária remetida ao Legislativo. É determinar que o valor estimado do objeto em licitação seja anotado a

³ Op. cit. – p. 157.



título de comprometimento ou pré-empenho, deflagrando o torneio..." (grifamos).

Acrescente-se ao assunto em tela o entendimento do *ilustre doutrinador Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed. Dialética, p. 110, in verbis:*

"(...) 8.3.3) Insuficiência da simples previsão de recursos orçamentários

Daí deriva que a instauração da licitação não pressupõe a liberação dos recursos, mas se vincula à existência concomitantemente de a) previsão na lei orçamentária e b) realização satisfatória das receitas e despesas, que permita inferir a possibilidade de disponibilidade efetiva, no futuro, dos recursos necessários. A ausência de um desses dois dados inviabiliza a instauração da licitação. Uma vez desencadeada a licitação, o contrato apenas poderia ser realizado (com o correspondente empenho) na medida em que novo exame indicasse a perspectiva de disponibilidade de recursos."

8.3.4) Ressalva: licitação para sistema de registro de preços

As considerações acima realizadas não se aplicam à hipótese de licitação que tenha por objeto a seleção de propostas para registro de preços. É que, nesse caso, a licitação não gerará necessariamente uma certa contratação, mas propiciará a formação de uma espécie de cadastro de fornecedores. Na hipótese, haverá a contratação se e quando houver recursos disponíveis. Logo, a licitação para registro de preços não envolve a perspectiva imediata e determinada da realização de uma contratação". (grifamos).

Contudo, embora não seja a previsão orçamentária indispensável à realização da Ata de Registro de Preços, ela é imprescindível para

a celebração do contrato, sob pena de invalidade do mesmo.

Ante o exposto, uma vez atendidas todas as observâncias feitas neste parecer, não se verifica qualquer óbice à realização do procedimento licitatório.

É o parecer.

À consideração.

Brasília, 1º de junho de 2006.

De acordo,

TIAGO FONTES MORETTO

Advogado da União

Coordenador-Geral da Gestão

Técnica e Administrativa

DESPACHO MT/CONJUR N.º 478/2006

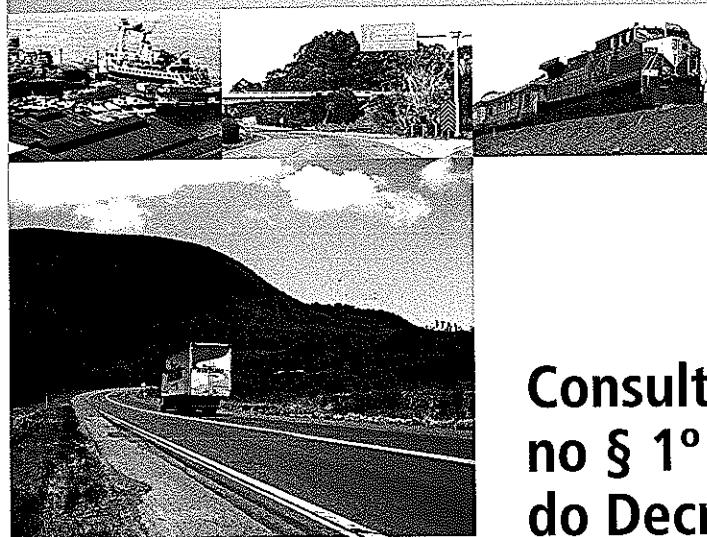
Adoto pelos seus jurídicos fundamentos o PARECER CGTA/CONJUR/MT N.º 198/2006/MT/CONJUR com 12 (doze) páginas, de lavra do Dr. Tiago Fontes Moretto, motivo pelo qual determino sejam os presentes autos encaminhados à Secretaria Executiva com a sugestão que se observem as recomendações nele contidas.

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, 1º de junho de 2007.

YOLANDA CORRÊA PEREIRA

Consultora Jurídica



Doutrina

Consulta sobre o disposto no § 1º do art. 3º-C do Decreto nº 3.277/99

PARECER Nº: 53-2007/AGU/CONJUR/MT/CGLJ.
PROCESSO Nº: 2005/0003.0141 (Processo RFFSA
nº 99-148151-AG)
INTERESSADO: Rede Ferroviária Federal S.A.
– RFFSA - Em liquidação.
ASSUNTO: Consulta sobre o disposto no § 1º do
art. 3º-C do Decreto nº 3.277/99.

EMENTA: Administrativo e Trabalhista. Consulta da Rede Ferroviária Federal – RFFSA, ainda em Liquidação. Decreto nº 3.277/99, art. 3º-C, § 1º. Manutenção das condições de trabalho ajustadas com o pagamento da diferença salarial referente ao exercício de cargos de confiança e funções gratificadas, observada sua proporcionalidade, aos empregados integrantes do quadro próprio da RFFSA, detentores de cargos de confiança ou função gratificada, contratados até o dia 6 de abril de 2005, data da MP nº 246, conforme o art. 3º-C, § 1º introduzido ao Decreto nº 3.277/1999 pelo Decreto nº 5.476, de 23 de junho de 2005. Garantia mantida pela Medida Provisória nº 353, de 22 de janeiro de 2007, em seu artigo 17, § 2º.

I - RELATÓRIO

Trata-se de Despacho s/n da Secretaria Executiva, que restituui a essa CONJUR, para nova análise e manifestação, o processo oriundo da Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, que trata da Escala Básica dos Cargos de Confiança estabelecida pelo Plano de Cargos e Salários da empresa em face do art. 3º-C, § 1º, do Decreto nº 3.277/99, que dispôs sobre a dissolução, liquidação e extinção da Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA.

Conforme se observa por meio de análise aos autos, a CONJUR se manifestou por meio do PARECER nº 440, entendendo, naquela ocasião, que o art. 3º-C, do Decreto nº 3.277/99, inserido nesse diploma normativo pelo Decreto nº 5.476/2005, acabou por extinguir todos os cargos de confiança e funções gratificadas existentes na RFFSA em 6/4/2005, ao mesmo tempo que estabeleceu uma nova estrutura de cargos de confiança naquela empresa.

Retornando o processo à RFFSA, a questão foi novamente objeto de diversos pronunciamentos por parte daquela empresa, a saber: Despacho07/Jurídico/2005, Parecer nº 31/Jurídico/2005, Nota



Técnica 17.02/AGP/DIPEV/2006, Parecer nº 22/Jurídico/2005 e inclusive manifestação da Associação de Engenheiros Ferroviários.

Em todas essas manifestações está presente o entendimento de que o PCS da RFFSA se trata de Regulamento Interno da empresa que, por sua vez, integra o contrato de trabalho dos empregados. Por esse motivo o advento do Decreto nº 5.476/2005 não teria o condão de extinguir o referido PCS.

O processo foi, ainda, encaminhado ao Grupo de Trabalho da RFFSA para manifestação, tendo sido elaborado o Despacho nº 003/2006/GT-RFFSA (fls. 86/87), contendo o entendimento de que o GT não poderia se pronunciar sobre o assunto da extinção da estrutura organizacional da RFFSA, haja vista ter sido analisado por essa CONJUR, a quem o GT está vinculado por força de Portaria.

Ao final, a Coordenadora do GT, em seu despacho, recomenda ao Liquidante da RFFSA o cumprimento do Parecer 440-2005/AGU/MT/CONJUR.

Finalmente, foi exarada a Nota Técnica de nº 17.02/AGP/DIDEV/2006, pelo Administrador – Direitos e Deveres da RFFSA, na qual ressaltou que a questão principal do processo em apreço foi objeto de nova manifestação da área jurídica/RFFSA.

O processo retornou, então, ao Ministério dos Transportes por meio da CARTA nº 467/LIQ/2006, para nova manifestação da CONJUR/MT.

É o breve relatório. Passo a analisar.

II - ANÁLISE PROCESSUAL

Inicialmente, cumpre destacar que o presente parecer, na análise dos fatos consultados, será dirigido exclusivamente aos trabalhadores empregados da Rede Ferroviária Federal – RFFSA – em liquidação, que exerciam cargos de confiança ou função gratificada, com base, exclusivamente, no Plano de Cargos e Salários – PCS, cuja implementação foi autorizada pelo Conselho Interministerial de Salários de Empresas Estatais, conforme a Resolução nº 09/90, de

28/2/1990, e que, portanto, são regidos pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação da Leis do Trabalho.

1) Aqui, por oportuno, é necessário que se faça uma análise acerca do regime jurídico ao qual os referidos empregados públicos estão submetidos.

A Rede Ferroviária federal - RFFSA foi constituída sob a forma de sociedade de economia mista, dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada pela Lei 3.115, de 16 de março de 1957.

De acordo com o artigo 173 da Constituição Federal de 1988, as sociedades de economia mista estão submetidas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive em relação às obrigações trabalhistas, *in verbis*: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1968):

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.” (sem grifos no original)

Nesse diapasão, é esclarecedor o pronunciamento de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca da sujeição de todos os trabalhadores das sociedades de economia mista ao regime celetista, *in verbis*:

"Desde logo, é claro que o regime dos servidores de sociedade de economia mista, de empresas públicas e de fundação de direito privado acaso instituídas pelo Poder Público será necessariamente o regime trabalhista, e jamais o estatutário. Por serem pessoas de direito privado, nelas não há cargos públicos, mas apenas empregos. O regime estatutário só se aplica a ocupantes de cargos públicos. Além disso, no que concerne às referidas entidades estatais que sejam exploradoras de atividades econômicas existe disposição constitucional estabelecendo regime celetista para seus trabalhadores (art. 173, § 1º, II)¹." (sem grifos no original)

Depreende-se do excerto transscrito, que se aplicam às relações existentes entre empregados públicos e as sociedades de economia mista as normas constantes na Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, visto que o regime jurídico aplicável é o de natureza privada, cumpre ressaltar que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverá também obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, entre outros previstos em regras infra-constitucionais.

2) No que tange ao exercício de cargo de confiança por empregado público, com posterior reversão ao cargo efetivo, ou seja, a dispensa do cargo de confiança, merecem destaque algumas considerações acerca do contrato de emprego.

Com efeito, o contrato de emprego é um pacto de execução sucessiva, mas que admite alterações, alterações estas que estão dentro

do *jus variandi* que é conferido ao empregador, desde que por mútuo consentimento, vedando a alteração unilateral, e, desde que da alteração não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade, conforme teor do *caput* do artigo 468 da CLT.

Reza o artigo 468 da CLT:

"Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições, por mútuo consentimento, e ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Parágrafo único. Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança."

A *priori*, verifica-se que, quanto à reversão de empregado que exerce cargo de confiança ao seu cargo efetivo não existe ilegalidade, em que pese se constitua em alteração prejudicial ao empregado.

Sobre a matéria, merece ser citado o texto de Maurício Godinho Delgado²:

"Trata-se, como se sabe, de alteração normalmente prejudicial ao obreiro, ocorrida mediante a destituição do empregado do cargo ou função de confiança ocupado por determinado período contratual. A designação obreira para cargo de confiança implica, regra geral, nítida vantagem remuneratória para o trabalhador, já que é acoplada ao pagamento de gratificação especial correspondente ao cargo/ função (art.62, II e parágrafo único, CLT, e art. 224, § 2º, CLT) – a par de outras prerrogativas que tendem a acompanhar semelhante posto na empresa. Em contrapartida, a destituição desse cargo ou função de confiança, com retorno ao cargo ou função efetivos, implica óbvia lesão ao interesse econômico do trabalhador. A reversão

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 2337/2338.

² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 2^a ed., LTr, 2003, pg. 1008/1009.



(retorno ao cargo anterior após ocupado cargo de confiança) é tida, porém, como modificação funcional inerente ao *jus variandi* extraordinário (parágrafo único do artigo 468 da CLT), não adquirindo o obreiro qualquer garantia quanto ao permanente exercício desse cargo (arts. 499 e 468, parágrafo único, CLT).

Reconheça-se que o Direito do Trabalho sempre tendeu a negar estabilidade ou garantia de emprego a trabalhadores situados em cargos ou funções de efetiva confiança empresarial (ver art. 499, CLT). Do mesmo modo, sempre tendeu a permitir a reversão, isto é, a determinação unilateral de retorno ao cargo efetivo, com perda das prerrogativas e vantagens do cargo de confiança – tudo isso em decorrência da vinculação estreita que esse tipo de cargo/função tem com o exercício do poder diretivo pelo empresário (parágrafo único do art. 168 da CLT). Trata-se essa, desse modo, de hipótese explícita de alteração contratual lesiva autorizada pela legislação trabalhista (*jus variandi* extraordinário).

No entanto, devido à preocupação em buscar um equilíbrio entre a regra permissiva do parágrafo único do art. 468 e a necessidade de um mínimo de segurança contratual em favor do empregado alçado a cargos ou funções de confiança, foi firmada a Orientação Jurisprudencial nº 45, da SDI, do Tribunal Superior do Trabalho. Nesse sentido aduz o mestre Maurício Godinho:

"A jurisprudência, contudo, também sempre buscou encontrar medida de equilíbrio entre a regra permissiva do parágrafo único do art. 468 mencionado e a necessidade de um mínimo de segurança contratual em favor do empregado alçado a cargos ou funções de confiança. A preocupação dos tribunais era de que a presença do empregado no cargo de confiança por longos anos tendia a produzir uma incorporação patrimonial e cultural efetivas, pelo obreiro, do parâmetro remuneratório próprio a esse cargo, tornando extremamente prejudicial a reversão e suas consequências. Nesse contexto, procurou a jurisprudência apreender na ordem jurídica

uma fórmula que, embora preservando a direção empresarial sobre a condução das atividades laborativas (mantendo, portanto, a prerrogativa de reversão independentemente dos anos de ocupação do cargo), minorasse – proporcionalmente ao período de ocupação do cargo – as perdas materiais advindas da decisão reversiva. É o que se encontrou no antigo Enunciado 209 do TST: "A reversão do empregado ao cargo efetivo implica na perda das vantagens salariais inerentes ao cargo em comissão, salvo se nele houver permanecido dez ou mais anos ininterruptos" (grifos acrescidos). Com o cancelamento da Súmula 209 (em novembro de 1985), a jurisprudência passou a oscilar entre critérios temporais mais ou menos elásticos do que os 10 anos (verificando-se, até mesmo, decisões pela inviabilidade de qualquer garantia de estabilização salarial no contrato em tal caso). Entretanto, pela Orientação Jurisprudencial 45 da SDI/TST, confirmou-se o critério decenal para a estabilização financeira em situações de reversão: "Gratificação de função percebida por 10 ou mais anos. Afastamento do cargo de confiança sem justo motivo. Estabilidade financeira. Manutenção do pagamento".

Vale ressaltar que a Orientação Jurisprudencial nº 45 da SDI/TST é aplicável apenas nas hipóteses em que não haja disposição expressa sobre o assunto.

In casu, a RFFSA, mesmo antes da dissolução, possuía Quadro Organizado em Carreira com o correspondente Plano de Cargos e Salários, que contempla uma Escala Básica de Classificação de Cargos de Confiança, constando em seu item 4.5 disposição expressa sobre os critérios e condições que garantem ao empregado, no caso de dispensa do exercício de cargo de confiança, o recebimento de diferença salarial percebida. *In verbis*:

....

4.5 O exercício de cargos de confiança e funções gratificadas, garantem ao empregado no caso de dispensa, o recebimento da diferença salarial, observada a proporcionalidade seguinte:

4.5.1 Exercício de cargo de confiança ou função gratificada por um período de 2 (dois) anos

ininterruptos: 40% (quarenta por cento) da diferença;

4.5.2 Exercício de cargo de confiança ou função gratificada por um período de 3 (três) anos ininterruptos ou não: 60% (sessenta por cento) da diferença;

4.5.3 Exercício de cargo de confiança ou função gratificada por um período de 4 (quatro) anos ininterruptos ou não: 80% (oitenta por cento) da diferença;

4.5.4 Exercício de cargo de confiança ou função gratificada por um período de 5 (cinco) anos ininterruptos ou não: 100% (cem por cento) da diferença;

4.5.4.1 A diferença salarial será resultante entre o salário do nível do empregado em sua classe efetiva e a remuneração atribuída ao cargo de confiança de nível mais elevado por ele exercido, por período ininterrupto igual ou superior a 1 (um) ano.

4.5.4.2 No caso de exercício de função gratificada a diferença corresponderá a remuneração da respectiva gratificação.

4.5.5 A diferença salarial não será concedida quando a dispensa ocorrer por motivo disciplinar regularmente apurado ou por solicitação do empregado.

....
O Plano de Cargos e Salários da RFFSA, que é o Regulamento da Empresa, integra os contratos de trabalho como se fossem cláusulas desses contratos. Neste sentido ensina Maurício Godinho:

“... os dispositivos do regulamento empresário ingressam nos contratos individuais empregatícios como se fossem cláusulas desses contratos – que não podem, desse modo, ser suprimidas ainda que alterado o regulamento. Noutras palavras, aplica-se a tais diplomas o mesmo tipo de regra incidente sobre qualquer cláusula contratual (art. 468, CLT). Esse é o entendimento sedimentado, ilustrativamente, em duas súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, 51 e 288. (...) Caso a mudança do regulamento se faça por simples ato unilateral do empregador, ela só valerá para os futuros empregados, conforme já

sedimentado (...). Caso, entretanto, ela resulte de determinação de regra legal válida, derivando de norma jurídica que se imponha ao empregador, a mudança passa a se reger pelos critérios orientadores do conflito de normas no tempo, com simples respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.”

Dispõe a Súmula 51 do Tribunal Superior do Trabalho:

“51 – VANTAGENS – REGULAMENTO DE EMPREGO

As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingiram os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.” (RA 41/1973, DJ 14.06.1973)

Desta forma, entendemos que é aplicável ao caso em comento o Plano de Cargos e Salários da RFFSA – Regulamento da Empresa, que integra o contrato de trabalho dos empregados, uma vez que contempla expressamente os critérios e condições para a manutenção do pagamento da diferença salarial referente ao exercício de cargos de confiança e funções gratificadas, devendo ser ele respeitado.

3) No que se refere às Resoluções que alteraram a Escala Básica de Cargos de Confiança no decorrer do processo de liquidação, saliente-se que elas não têm o condão de alterar com prejuízo os contratos de trabalho vigentes, tendo em vista tratarem de alterações unilaterais prejudiciais, sob pena de violação ao artigo 5º, inciso XXXVI e o já citado 468 da CLT.

As referidas Resoluções só podem alcançar os empregados admitidos após a sua edição.

Assim, necessário ressaltar, com base na fundamentação supra, que a manutenção das condições de trabalho ajustadas com o pagamento da diferença salarial referente ao exercício de cargos de confiança e funções gratificadas, observada a sua proporcionalidade, é aplicável apenas aos empregados integrantes do quadro próprio da RFFSA, detentores de cargos de confiança ou função gratificada, contratados até o dia 6 de abril de 2005, data da MP nº 246, conforme o art. 3º-C, § 1º



introduzido ao Decreto nº 3.277/1999 pelo Decreto nº 5.476, de 23 de junho de 2005.

A data de 6 de abril de 2005 se justifica pelo fato de que o referido Decreto nº 5.476, de 23 de junho de 2005 estabeleceu, a partir de então, a estrutura de cargos de confiança existente na RFFSA – em liquidação, tendo ainda determinado a extinção de todos os cargos em comissão existentes na estrutura da empresa até aquela data.

Sendo regra legal válida, derivada de norma jurídica, o referido Decreto se impõe ao empregador, devendo respeito, no entanto, aos direitos que os empregados adquiriram até aquela data, no qual se enquadra a manutenção das condições de trabalho ajustadas com o pagamento da diferença salarial referente ao exercício de cargos de confiança e funções gratificadas, observada a sua proporcionalidade, nos termos do item 4.5 do Plano de Cargos e Salários da RFFSA.

Ainda, oportuno ressaltar que a Rede Ferroviária Federal – RFFSA, em 22 de janeiro deste ano, foi extinta por meio da Medida Provisória nº 353/2007, que em seu artigo 17, § 2º dispôs que os contratos de trabalho dos empregados ativos integrantes do quadro de pessoal próprio da extinta RFFSA ficam transferidos para VALEC - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., ficando os mesmos com seus valores remuneratórios inalterados no ato da sucessão. Infere-se, portanto, que a manutenção das condições de trabalho acima esposadas foram garantidas pela Medida Provisória.

Finalmente, conforme se verifica dos autos a manutenção do pagamento da diferença salarial dos cargos de confiança e funções gratificadas aos empregados do quadro da RFFSA não acarretará dano financeiro, nem aumento na folha de pagamento.

III - CONCLUSÃO

Por todo o aduzido, de acordo com os fundamentos acima expostos, concluímos pela manutenção das condições de trabalho ajustadas com o pagamento da diferença salarial referente

ao exercício de cargos de confiança e funções gratificadas, observada a sua proporcionalidade, apenas aos empregados integrantes do quadro próprio da RFFSA, detentores de cargos de confiança ou função gratificada, contratados até o dia 6 de abril de 2005, data da MP nº 246, conforme o art. 3º-C, § 1º introduzido ao Decreto nº 3.277/1999 pelo Decreto nº 5.476, de 23 de junho de 2005.

Por fim, entendemos devam ser os presentes autos encaminhados à Secretaria Executiva deste Ministério para conhecimento e adoção das providências que entender necessárias.

É o parecer. À consideração superior.

Brasília, 5 de fevereiro de 2007

ANDRÉA SABIÃO DE SIQUEIRA
Advogada da União

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA - MINISTÉRIO DOS
TRANSPORTES
COORDENAÇÃO-GERAL DE LEGISLAÇÃO E
JURISPRUDÊNCIA

Esplanada dos Ministérios - Bloco R - 5º andar
CEP 70.044-900 - Brasília/DF
Tel.: (61) 3311.7144 – Fax: (61) 3311.7918

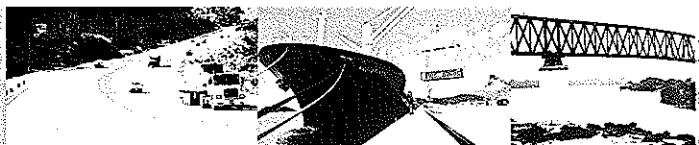
DESPACHO DO COORDENADOR-GERAL
Processo nº 2005/003.0141 (Processo RFFSA
nº 99-148151-AG)

De acordo.

À consideração superior, sugerindo o encaminhamento do processo à Secretaria-Executiva.

Brasília, 9 de fevereiro de 2007

PAULO HENRIQUE KUHN
Advogado da União
Coordenador-Geral de Legislação
e Jurisprudência



DESPACHO N° 98 CONJUR/MT/GAB

Aprovo a manifestação da Dra. Andréa Sabião de Siqueira, Parecer nº 53 - 2007/AGU/MT/CONJUR/CGLJ, e determino a remessa do Processo à Secretaria-Executiva para ciência,

sugerindo a remessa dos autos à área consultiva da AGU junto à inventariança da RFFSA.

Brasília, 9 de fevereiro de 2007

YOLANDA CORRÊA PEREIRA

Consultora Jurídica

Suposta nulidade do Contrato DP/03.1999

PARECER N°: 151/2007-CGAS/CONJUR/MT

PROCESSO N°: 50000.055096/2006-15

INTERESSADA: Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP

ASSUNTO: Suposta nulidade do Contrato DP/03.1999

portuárias do Porto de Santos. Antes, porém, da análise das questões pertinentes, impõe-se breve síntese, desenvolvida a seguir.

I - SÍNTESE DOS AUTOS¹

[...]

EMENTA: Contrato de arrendamento de instalações portuárias. Prorrogação. Advento do termo final ou extintivo. Efeitos. Artigo 48 da Lei 8.630/1993. Interpretação. Caráter transitório. Inaplicabilidade. Silêncio administrativo. Mera irregularidade administrativa. Inexistência. Incorporação de armazém sem licitação. Inexigibilidade não verificada. Ilegalidade. Artigo 4º, I, da Lei 8.630/1993. Decisões do TCU. Efeitos sobre contratos administrativos. Ato administrativo de invalidação. Natureza vinculada. Revogação. Impossibilidade. Achegas doutrinárias.

Vem ao exame desta Consultoria Jurídica o processo administrativo em epígrafe, que versa sobre contrato de arrendamento de instalações

II - EXAME

II.1 Do histórico contratual

5. Em julho de 1988, a CODESP firmou dois contratos de arrendamento — identificados pelos números 053/88 e 055/88 —, respectivamente com as pessoas jurídicas CIRNE e SALMAC, para exploração de áreas portuárias voltadas às atividades de recebimento, armazenamento, beneficiamento e entrega de sal a granel (cláusula primeira, parágrafo único). Tais relações jurídicas têm origem em 1947, quando as referidas pessoas começaram a operar no Porto de Santos².

¹ O resumo das peças dos autos foi excluído, sem prejuízo da compreensão do tema.

² Informação extraída do Pedido de Reexame interposto pelas Arrendatárias perante o TCU em face do Acórdão 392/2002 (v. fls. 40).



6. Com amparo no parágrafo único do artigo 111 do Decreto 59.832, de 21 de dezembro de 1966³, os dois contratos de arrendamento foram sucessivamente prorrogados até agosto de 1993. Nesse interregno, publicou-se a Lei 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, denominada Lei de Modernização dos Portos, cujo artigo 48 preceitua:

Art. 48. Os atuais contratos de exploração de terminais ou embarcadores de uso privativo deverão ser adaptados, no prazo de até cento e oitenta dias, às disposições desta lei, assegurado aos titulares o direito de opção por qualquer das formas de exploração previstas no inciso II do § 2º do art. 4º desta lei.

7. Os contratos sob foco não sofreram adaptação à Lei 8.630/1993 nem foram prorrogados a partir daquele ano. Independentemente de tais fatos, CIRNE e SALMAC prosseguiram com as atividades de exploração de áreas portuárias, sem nenhuma cobertura contratual.

8. Após mais de cinco anos de existência desse vínculo jurídico anômalo entre CODESP e CIRNE/ SALMAC⁴, em fevereiro de 1999 ditas pessoas jurídicas celebraram, à luz dos artigos 4º e 48 da Lei 8.630/1993, o Contrato PRES/03.99, em “substituição e continuação” — como entenderam por bem classificar — dos dois contratos de arrendamento anteriores. A nova avença, além de fixar prazo de vigência de quinze anos⁵, agrega o Armazém T-8 (Terminal de Sal) aos bens arrendados, configurando, assim, situação original em face dos negócios pretéritos que se buscava regularizar.

9. Em outubro de 2002, o TCU apreciou relatório de auditoria realizada na área de licitações e contratos da CODESP, o qual aponta uma série de irregularidades que estariam

ocorrendo na Companhia. O Ministro-Relator, acolhendo o exame efetuado pelos analistas da Secretaria de Controle Externo de São Paulo – SECEX/SP, assevera:

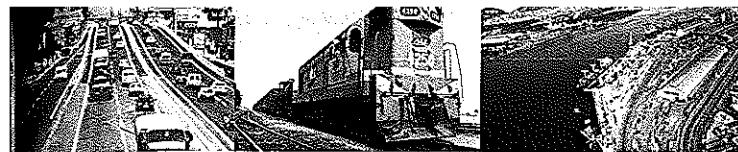
“Quanto ao contrato 3.99, firmado entre a Codesp e a joint venture formada pelas empresas Salmac e Cirne, a irregularidade levantada foi novamente a falta de procedimento licitatório. Com as justificativas apresentadas, pretendeu-se que esse contrato seria a consolidação dos contratos 55.88 e 53.88, celebrados, respectivamente, com as empresas Salmac e Cirne. Ocorre que eles vigeram de 1988 a 1993. A partir de 1993, as empresas continuaram operando ilicitamente, sem cobertura contratual. Em 1999, foi celebrado o contrato 3/99, sem licitação, entre a Codesp e a joint venture formada pelas duas empresas. Mas o objeto desse contrato não foi a soma do objeto dos contratos 55.88 e 53.88. Constituiu-se dos Armazéns XII e XVII, objeto dos contratos vencidos, e mais o T8 – Terminal de Sal. O prazo de vigência do novo contrato é de 15 anos, prorrogável uma única vez, pelo mesmo período. O responsável alega que, expirados, os contratos ter-se-iam transformado em contratos por prazo indeterminado e havia necessidade de adaptá-los às novas regras de arrendamento implantadas pelo Programa de Arrendamentos e Parcerias do Porto de Santos – Proaps.

A primeira alegação, a de que os contratos, após expirada a sua vigência, ter-se-iam transformado em contratos por prazo indeterminado, deve ser afastada, porquanto tanto o Decreto-lei 2.300/86, art. 47, vigente até 20.6.93, quanto a Lei 8.666/93, art. 57, § 3º, vedam, expressamente, a existência de contratos por prazo indeterminado.

³ “Art. 111. A locação não poderá ser contratada por prazo superior a 5 (cinco) anos e o arrendamento por mais de 10 (dez) anos. Parágrafo único. As prorrogações serão precedidas de novas avaliações para atualização dos respectivos valores básicos.”

⁴ Destaque-se que a Carta DC-807.2005 (item 2, alínea “c”, deste Parecer) revela que, ao longo desse período, algumas medidas administrativas foram tentadas pela CODESP com o objetivo de retomar as instalações arrendadas e promover as licitações para novos arrendamentos; contudo, delas não se colheram frutos e, ao contrário, tudo culminou no Contrato PRES/03.99.

⁵ Há incongruência entre as cláusulas Décima Quarta e Décima Sexta do Contrato PRES/03.99. Aquela, ao cuidar do prazo do arrendamento, fixa-o em 15 (quinze) anos; esta, contudo, ao tratar da possibilidade de prorrogação, assere que “o prazo do arrendamento poderá ser prorrogado, por uma única vez, por prazo máximo igual ao originalmente contratado, ou seja 25 (vinte e cinco) anos, (...).” (grifo daqui)



Também a necessidade de adaptação dos contratos 55.88 e 53.88 às novas regras de arrendamento não pode ser acolhida, como justificativa, para a pretensa prorrogação destes, na verdade extintos. A Lei 8.630/93 fixou prazo para a adaptação dos contratos vigentes, por ocasião de sua promulgação, às normas por ela fixadas.

O prazo máximo admitido pela Lei 8.630/93 para os contratos de arrendamento e exploração de instalação portuária é de até 50 anos. Nos termos do art. 4º, § 4º, XI, esses contratos poderão ter tal prazo de vigência, incluindo a prorrogação. Essa possibilidade sinaliza o reconhecimento pelo poder público de que os projetos comerciais, na atividade portuária, diferem, necessariamente, dos regulados por contratos administrativos respaldados na Lei 8.666/93. Da mesma forma que as concessões de serviços públicos, os projetos na atividade portuária tornam-se viáveis se examinados na perspectiva de longo prazo. **Essas considerações, no entanto, não isentam o gestor da responsabilidade pela irregularidade de, em vez de desencadear o devido procedimento licitatório para o arrendamento dos Armazéns XII e XVII, e do T8 – Terminal de Sal, ocupados por empresas cujos contratos estavam vencidos havia 5 anos, celebrar o contrato 3.99, desprezando a necessária licitação, exigida pelo art. 4º, I, da Lei 8.630/93, sendo referido contrato nulo de pleno direito, por ter sido realizado sem a indispensável licitação.**” (destaques daqui)

10. Com plinto em tais críticas, o TCU lavrou o Acórdão 392/2002, transscrito no quanto pertinente: “VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Relatório de Auditoria, realizada na Companhia Docas de São Paulo – Codesp, na área de licitações e contratos.

(...omissis...)

Considerando que o contrato 3.99 foi celebrado sem prévia licitação, com empresas que estavam operando no porto sem cobertura contratual; e Considerando o que dispõe os art. 8º, 43, parágrafo único e 45 da Lei 8.443/92, ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...omissis...)

8.5. fixar, com base no inciso IX do art. 71 da Constituição Federal e no art. 45, caput, da Lei 8.443/92 c/c o art. 195 do Regimento Interno/TCU, o prazo de quinze dias para que a Companhia Docas de São Paulo – Codesp adote todas as providências necessárias ao exato cumprimento dos arts. 2º, 3º, 41, 54, § 1º, e 61, parágrafo único da Lei 8.666/93, consistente na:

(...omissis...)

8.5.5. declaração de nulidade do contrato Pres/3.99, em face de haver sido celebrado sem prévia licitação;” (Negritou-se.)

11. Seguindo a determinação da Corte de Contas, a CODESP declarou a nulidade do Contrato PRES/03.99 em dezembro de 2002, por meio da Decisão DIREXE 494. Ocorre que, em agosto de 2004, a Companhia tornou sem efeito a declaração de nulidade da referida avença⁶, com esteio em manifestações da Diretoria de Administração e Finanças e da Assessoria Jurídica, bem como no efeito suspensivo do Pedido de Reexame interposto pelas pessoas jurídicas SALMAC e CIRNE contra o Acórdão 392/2002 do TCU⁷.

12. A última deliberação da CODESP, de revogação do ato declaratório de nulidade, abriu as portas para a restauração do Contrato PRES/03.99, o que ocorreu nos termos do Primeiro Instrumento de Retificação, Ratificação e Aditamento à mencionada avença, formalizado em novembro de 2004. Desde então, SALMAC e

⁶ Decisão DIREXE 395, 1.156^a Reunião Ordinária da Diretoria Executiva, ocorrida em 5 de agosto de 2004.

⁷ Artigo 48 da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992: “Art. 48. Da decisão proferida em processos concernentes às matérias de que tratam as Seções III e IV deste Capítulo [na ordem, atos sujeitos a registro e fiscalização de atos e contratos] caberá pedido de reexame, que terá efeito suspensivo. Parágrafo único. O pedido de reexame reger-se-á pelo disposto no parágrafo único do art. 32 e no art. 33 desta lei.” (negrito e colchetes daqui)



CIRNE vêm explorando as instalações portuárias do Porto de Santos com suporte nesse negócio jurídico-administrativo⁸.

13. Desse conturbado histórico acerca das relações contratuais entre CODESP e SALMAC/CIRNE defluem algumas questões jurídicas que cumpre responder, a fim de verificar a licitude ou a ilicitude das condutas adotadas pelos dirigentes da Companhia. São elas:

- i) O Contrato PRES/03.99 pode ser compreendido como prorrogação dos Contratos 053/88 e 055/88?
- ii) A incorporação do Armazém T-8 ao Contrato PRES/03.99 constitui ato lícito, ou representa ofensa ao princípio da licitação?
- iii) Quais os efeitos da Decisão do TCU sobre o Contrato PRES/03.99, posteriormente declarado nulo pela CODESP?
- iv) A CODESP poderia revogar o ato declaratório de nulidade e restaurar o Contrato PRES/03.99?

14. As questões postas serão respondidas nos tópicos que seguem.

II.2 Da impossibilidade de o Contrato PRES/03.99 ser compreendido como prorrogação dos contratos anteriores

15. Desde logo, anote-se que a tese de vigência sem prazo dos Contratos 053/88 e 055/88, após o termo final da última prorrogação, ocorrida em 1992 — tese sustentada nas justificativas oferecidas ao TCU —, não encontra nenhum amparo na ordem jurídica pátria. Quer por força do artigo 47 do Decreto-Lei 2.300, de 21 de

novembro de 1986⁹, quer do artigo 57, § 3º, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993¹⁰, quer, ainda, do artigo 4º, § 4º, XI, da Lei 8.630/1993¹¹, não se admitem contratos administrativos de duração indeterminada. Vale o registro, apenas a título de argumentação, de que esse foi o entendimento exposto pela Corte de Contas no Acórdão 392/2002, como transcrito no item 9, *supra*.

16. Sendo isso estreme de dúvida, cumpre investigar — apenas a título de exercício teórico, porque, como será demonstrado nos itens 29 e 30, infra, o caso concreto não se submete ao domínio de validade ou âmbito de vigência material da norma —, o não-cumprimento, ou a possibilidade de cumprimento tardio, do comando inscrito no artigo 48 da Lei 8.630/1993, que determinou a adaptação dos contratos de arrendamento de instalações portuárias aos preceitos da nova lei, dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias. O TCU, recorde-se, aduziu que a conformação das avenças anteriores só seria possível no intervalo de tempo previsto na Lei de Modernização dos Portos.

17. Para a consecução do objetivo proposto — dizer da validade do Contrato PRES/03.99 como prorrogação de seus antecessores —, inarredável o exame da premissa de que os Contratos 053/88 e 055/88, de algum modo, permaneceram vigentes até 1999, ano da “substituição e continuação” de tais avenças. Essa constitui questão lógica e não só jurídica, pelo simples fato de que não se prorroga o que não mais existe.

18. Diante das implicações da argumentação que segue, o quanto acaba de ser dito merece

⁸ Como visto alhures ((item 3, alínea “i”, deste Parecer), existe um segundo aditamento ao Contrato PRES/03.99, desimportante, todavia, para os temas a serem debatidos.

⁹ Vigente à época da celebração da última prorrogação dos Contratos 053/88 e 055/88. “Art. 47. A duração dos contratos regidos por este decreto-lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos, exceto quanto aos relativos a projetos ou investimentos incluídos em orçamento plurianual, observado o limite de cinco anos, podendo ser prorrogado se houver interesse da Administração. § 1º (...) 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente. § 3º O limite de cinco anos, a que se refere este artigo, não se aplica aos contratos de concessão de serviço público.” A duração máxima dos contratos de arrendamento de instalações portuárias, como visto, era de 10 (dez) anos, a teor do artigo 111 do Decreto 59.832/1966, e passou a ser de 50 (cinquenta) anos, nos termos do artigo 4º, § 4º, XI, da Lei 8.630/1993.

¹⁰ “Art. 57. (...) § 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.”

¹¹ “Art. 4º (...) § 4º São cláusulas essenciais no contrato a que se refere o inciso I do caput deste artigo [contrato de arrendamento de instalações portuárias], as relativas: (...) XI – ao início, término e, se for o caso, às condições de prorrogação do contrato, que poderá ser feita uma única vez, por prazo máximo igual ao originalmente contratado, desde que prevista no edital de licitação e que o prazo total, incluído o da prorrogação, não exceda a cinquenta anos;” (colchetes daqui)



foco preciso. Em termos de teoria geral das obrigações, com o implemento do termo final do contrato¹² extinguem-se direitos e deveres titularizados pelas partes contratantes. Justamente por isso, a doutrina de direito civil chama-o de termo *extintivo*. Bem a propósito, Sílvio de Salvo Venosa:

"A eficácia de um negócio jurídico pode ser fixada no tempo. Determinam as partes ou fixa o agente quando a eficácia começará e terminará. Esse dia do início e do fim da eficácia do negócio jurídico chama-se termo, que pode ser inicial ou final. Denomina-se termo inicial (ou suspensivo ou dies a quo) aquele a partir do qual se pode exercer o direito; é termo final (ou extintivo ou dies ad quem) aquele no qual termina a produção de efeitos do negócio jurídico"¹³. (negrito daqui, destaque do original)

19. Nesse sentido, o advento do termo extintivo põe fim ao vínculo jurídico entre as partes, haja vista que a declaração de vontade fundadora do negócio só perdura até o marco previamente estipulado. Daí, portanto, o sentido do pacto de prorrogação, que exprime uma nova declaração de vontade de ambas as partes, tendente a postergar o *dies ad quem*, a fim de a avença **continuar** a produzir efeitos jurídicos.

20. É bem verdade que as pessoas jurídicas SALMAC e CIRNE, não obstante a inexistência de qualquer prorrogação expressa, permaneceram explorando as instalações portuárias por vários anos (1993 a 1999) e efetuaram pagamentos à CODESP como se estivessem sob o pálio de um contrato em vigor. Na esfera do direito administrativo, porém, essa conclusão revela-se equivocada.

21. Dito de outro modo, não é possível conceber que os contratos de arrendamento

de 1988 continuaram a viger após agosto de 1993, quando expirou a eficácia das últimas prorrogações ajustadas entre CODESP e SALMAC/CIRNE. A situação verificada posteriormente, de continuidade da exploração das instalações do Porto pelas antigas arrendatárias, representa mera situação fática — inelutavelmente com implicações no campo jurídico, como, v.g., a validade dos pagamentos recebidos pela CODESP, a título de indenização e não de contraprestação pecuniária atinente a dever contratual — apenas na aparência semelhante aos efeitos produzidos pelos Contratos 053/88 e 055/88.

22. Pensar o oposto significaria desdizer dos mais comezinhos princípios que conformam o direito público e, em especial, o direito administrativo. Se é verdade estarem os agentes públicos — na mais lata acepção da locução — jungidos ao Princípio da Legalidade; se daí exurge o dever inafastável de agir apenas segundo impõe a regra jurídica e, no limite da função, na moldura por ela traçada; se, enfim, a conduta antagônica do administrador público fulmina o ato praticado, por carecer de fundamento de validade, ressumbra evidente que contratos administrativos¹⁴ não têm chance de existir ou de produzir efeitos quando em descompasso com os preceitos aplicáveis.

23. José dos Santos Carvalho Filho, abeberando-se em Celso Antônio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles, sintetiza: *"O princípio [da Legalidade] implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas". Na clássica e feliz comparação de HELY LOPES MEIRELLES, enquanto os indivíduos no campo*

¹² Cogita-se de contrato de execução contínua ou prolongada no tempo, como é a hipótese do contrato de arrendamento de instalações portuárias.

¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1, p. 550. Praticamente com as mesmas palavras, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. I, p. 367.

¹⁴ Caso alguma dúvida pudesse subsistir acerca da natureza pública dos contratos de arrendamento de instalações portuárias, confira-se o artigo 9º do Decreto 4.391, de 26 de setembro de 2002: "Art. 9º O contrato de arrendamento de que trata este Decreto constitui espécie do gênero contrato administrativo e se regula pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhe, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado." (Grifou-se.)

privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público só pode atuar onde a lei autoriza¹⁵." (destaques do original, colchetes daqui)

24. Ainda na linha de crítica à premissa de os Contratos 053/88 e 055/88 terem persistido após 1993, imaginar que o não-cumprimento do artigo 48 da Lei 8.630/1993 — ou seja, a não-adaptação das avenças à nova lei no prazo estipulado — produziria a continuidade delas, tendo em vista o direito de opção do arrendatário por qualquer das formas de exploração previstas no inciso II do § 2º do artigo 4º do mesmo Diploma, consiste em grave tresleitura do enunciado normativo, que não permite, nem por meio da mais elástica das interpretações, dita conclusão.

25. Compreenda-se a dimensão do enunciado normativo sob exame: a Administração estaria obrigada a adaptar **tão-somente aqueles contratos cuja continuidade fosse recomendada pelo interesse público**, buscando adequá-los às novas diretrizes legais. Noutro giro verbal, o direito de opção inserido no artigo 48 tem contexto próprio, qual seja, o dos arrendamentos a serem mantidos à luz do interesse público devidamente aquilatado pelo Poder Público. Quanto aos demais contratos, e isso já foi visto aqui, o implemento do termo final extingue os efeitos deles advindos; a Administração do Porto, de conseguinte, deveria destinar as respectivas áreas portuárias à licitação, a fim de prosseguir na prestação do serviço.

26. Veja-se o absurdo da interpretação guerreada: se a lei impusesse a adaptação de **todos os contratos de arrendamento**, haveria inegável sobreposição do interesse privado (do conjunto dos arrendatários) ao interesse público, uma vez que a prestação do serviço estaria garantida ao arrendatário preexistente, o que impediria o Poder Público de buscar no

mercado — por décadas e décadas — outros agentes econômicos interessados, talvez até mesmo mais qualificados, a fazê-lo. Subverte-se, a um só tempo, o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular e os princípios da Isonomia e da Seleção da Melhor Proposta, sustentáculos do comando constitucional da licitação pública.

27. Nem se alegue vulneração ao Princípio da Continuidade do Serviço Público, a qual, em tese, decorreria da interpretação defendida. É ato corriqueiro da Administração tomar as medidas necessárias, deflagrando processo licitatório para futura contratação, **antes do advento do termo final de contratos em curso**, se entender que a prorrogação da avença revela-se desinteressante ao atendimento do interesse público. Isso demonstra, à saciedade, que a leitura do dispositivo realizada não conduz à violação do princípio em tela, mas apenas eventual inação do Poder Público a tanto levaria.

28. Demais disso, necessário apreender o caráter transitório da regra cristalizada no artigo 48 da Lei 8.630/1993¹⁶. Com o término do prazo de 180 (cento e oitenta) dias nele fixado, o preceito exauriu a sua eficácia normativa, deixando de produzir efeitos no mundo jurídico. Ora, norma **não mais eficaz** não incide sobre o suporte fático, do mesmo modo que outra, carente de regulamentação, **ainda não é eficaz** e também não incide. Tais situações são, quanto à eficácia normativa, idênticas. Eis por que, em síntese, não se concebe a adaptação dos Contratos 053/88 e 055/88 à Lei de Modernização dos Portos apenas em 1999, mais de um lustro depois da última pacto de prorrogação.

29. O debate desenvolvido nos itens 16 a 28, entretanto, parte da aceitação acrítica de que a premissa da aplicação do artigo 48 da Lei 8.630/1993 ao caso concreto é verdadeira, e assim a trataram todas as instâncias que

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 16.

¹⁶ Não por acaso, esse artigo está submetido ao Capítulo IX (Das Disposições Transitórias) da Lei 8.630/1993.



apreciaram com a matéria. O domínio de validade ou âmbito de vigência material do preceito, todavia, não alcança a espécie de exploração de instalação portuária realizada por SALMAC/CIRNE. Explica-se.

30. O próprio Contrato PRES/03.99 aponta, no parágrafo primeiro da cláusula segunda¹⁷, que se trata de exploração de instalação portuária na modalidade de uso público, como prevê o artigo 4º, § 2º, I, da Lei 8.630/1993. Ora, o artigo 48 da Lei 8.630/1993 exige, única e exclusivamente, a adaptação dos contratos de exploração de terminais ou embarcadores de uso privativo. **Justamente por isso, esse último dispositivo nem mesmo é aplicável ao caso concreto. Jamais se deveria ter falado em adaptação das avenças entre CODESP e SALMAC/CIRNE.**

31. Por fim, impende apreciar uma última tese oposta que poderia ser sustentada em defesa do Contrato PRES/03.99: a de haver mera irregularidade formal (ausência de formalização) na prorrogação das avenças anteriores, situação apta a ser objeto de convalidação por meio de ato administrativo com efeito retroativo à data em que deveria ter sido praticado o ato omitido.

32. Ora, verdadeiro não se confundir o negócio jurídico com o seu instrumento, este destinado à formalização daquele, mas igualmente verdadeiro que do silêncio do administrador público não se pode extrair declaração de vontade, a não ser que a lei assim discipline. Nesse diapasão, calha à fiveleta o escólio de José dos Santos Carvalho Filho:

"No direito privado, a aplicação normativa sobre o silêncio encontra solução definida. De acordo a lei civil, o silêncio, como regra, importa consentimento tácito, considerando-se os usos ou as circunstâncias normais. Só não valerá

como anuência se a lei declarar indispensável a manifestação expressa (art. 111, Cód. Civil). No direito público, todavia, não pode ser essa a solução a ser adotada. Urge anotar, desde logo, que o silêncio não revela a prática de ato administrativo, eis que inexiste manifestação formal de vontade; não há, pois, qualquer declaração do agente sobre sua conduta. Ocorre, isto sim, um fato jurídico administrativo, que, por isso mesmo, há de produzir efeitos na ordem jurídica¹⁸." (negrito daqui, destaque do original)

33. No caso concreto, de conseqüente, a omissão administrativa não representa — como quer a tese sob rebate — a “prorrogação tácita” dos Contratos 053/88 e 055/88, mas, sim, exprime a total inexistência de prorrogação e, em conseqüência, do negócio jurídico como um todo. De convalidação, em suma, não se trata, porque a questão é de existência e não de validade.

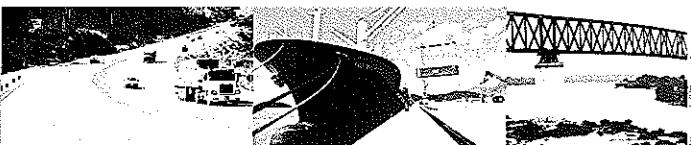
34. Um paralelo, bastante explicativo, pode ser traçado em relação aos denominados contratos verbais da Administração, de que cuida o parágrafo único do artigo 60 da Lei 8.666/1993¹⁹. Se essa espécie contratual, em que há declaração expressa da vontade administrativa, é nula e de nenhum efeito, como classifica o dispositivo, então hão de considerar-se inexistentes avenças tácitas com o Poder Público, porque falta a indispensável manifestação de vontade do agente público em conformidade com a lei, única apta a dar vida ao negócio jurídico-administrativo.

35. Jessé Torres Pereira Junior, ao comentar a norma referida no parágrafo anterior, vai além, o que robustece o argumento alinhavado: *"A lei nega eficácia a qualquer contrato verbal que não se encaixe na exceção do parágrafo único do*

¹⁷ "Parágrafo Primeiro Na área do terreno, a ARRENDATÁRIA poderá operar uma INSTALAÇÃO PORTUÁRIA DE USO PÚBLICO ESPECIAL, nas condições da Definição nº VI – Instalação Portuária de Uso Público Especial, constante do Capítulo I – item 1200 – Definições, do Regulamento de Exploração do Porto de Santos, especializada na OPERAÇÃO DAS INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS objeto deste Contrato."

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos, ob. cit., p. 90.

¹⁹ "Art. 60. (...) Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento." (Grifou-se.)



art. 60. Quer dizer que o contratado não poderá exigir pagamento em sede administrativa, nem a Administração poderá exigir a prestação do fornecedor. Tal contrato, a rigor, não existiria, e, ainda que entregue a coisa, concluirá o serviço ou a obra, a solução seria restituir ambas as partes ao estado anterior ao contrato nulo, cabendo, se tal fosse impossível diante da natureza da prestação consumada ou consumida, cogitar o fornecedor de reparação de dano decorrente de ato ilícito da Administração, a postular pela via judicial, e a Administração a instaurar processo regular para apuração de responsabilidades²⁰." (destaque daqui)

36. Em epítome, por qualquer ângulo de análise, tem-se por demonstrada a impossibilidade de o Contrato PRES/03.99 ser compreendido como prorrogação dos Contratos 053/88 e 055/88, eis que estes se encontravam extintos há anos.

II.3 Da ilicitude da incorporação do Armazém T-8 ao Contrato PRES/03.99

37. Consignou-se, no item 8 deste Parecer, que o Contrato PRES/03.99 agregou o Armazém T-8 (Terminal de Sal) aos bens arrendados às pessoas jurídicas SALMAC/CIRNE. Desse modo, o objeto dos contratos de arrendamento de 1988 foi acrescido de nova área, sem que, para tanto, tenha a CODESP realizado o pertinente processo licitatório, como ordena o artigo 4º, I, da Lei 8.630/1993. Neste tópico, quadra perquirir acerca da licitude da ampliação.

38. Em princípio, toda e qualquer área dentro dos limites de porto organizado só pode ser explorada por meio de contrato de arrendamento e após regular certame licitatório, nos termos

do preceito referido no parágrafo antecedente. Ocorre que, por força do artigo 124 da Lei 8.666/1993²¹, as hipóteses de dispensa e, em especial, de inexigibilidade também devem ser consideradas nos domínios do Direito Portuário.

39. De modo geral, a doutrina administrativista pontua que a inexigibilidade de licitação verifica-se sempre nos casos de inviabilidade de competição. Apenas à guisa de exemplo, Marçal Justen Filho:

"A Lei n. 8.666/93 contempla duas hipóteses de contratação direta. Há a dispensa e a inexigibilidade de licitação.

Inexigibilidade é conceito que, sob o ângulo teórico, antecede o de dispensa. É inexigível a licitação quando for inviável a disputa entre particulares pelo contrato. Havendo viabilidade de disputa, é obrigatória a licitação, excetuados os casos de "dispensa" autorizados por lei²²." (negrito daqui, destaques do original)

40. Dada a gravidade, entretanto, da contratação direta por inexigibilidade – que expressa uma exceção constitucional –, o artigo 26 da Lei 8.666/1993²³ exige do administrador público justificativa específica, com comunicação à autoridade superior para ratificação e publicação no órgão oficial de divulgação. Sem os dois últimos passos, todavia, carecerá de eficácia o ato declaratório de inexigibilidade do processo licitatório.

41. Nesse contexto normativo, a CODESP tinha o dever de demonstrar que o Armazém T-8, isoladamente, não poderia ser objeto do interesse de outros particulares além das pessoas jurídicas SALMAC/CIRNE, o que explicitaria a ausência de competição e, portanto, a inexigibilidade de licitação; contudo, tanto o instrumento do Contrato

²⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 621.

²¹ Artigo 124 da Lei 8.666/1993, na redação conferida pela Lei 8.883, de 8 de junho de 1994: "Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto."

²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 353.

²³ Artigo 26 da Lei 8.666/1993, na redação conferida pela Lei 11.107, de 6 de abril de 2005: "Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos." (grifos daqui)



PRES/03.99 quanto o de Retificação, Ratificação e Aditamento não revelam tenha sido seguida a formalidade imposta pela Lei 8.666/1993. Ao que tudo indica, o Armazém T-8 foi incorporado ao objeto contratual de modo irregular, em ofensa aos ditames constitucionais e legais disciplinadores do processo de licitação pública.

42. Em teoria, a ampliação da área do arrendamento poderia ser justificada por meio da regra inscrita no artigo 4º, § 4º, VIII, da Lei 8.630/1993²⁴. Essa tese, entretanto, não merece acolhida, uma vez que a ampliação das instalações portuárias arrendadas é admissível apenas como consequência da necessidade de suplementação, alteração e expansão do serviço, fato a ser cabalmente demonstrado, a fim de justificar a falta do processo licitatório. Os autos sob exame, além de não comprovarem a relação de causa e efeito mencionada, denotam que as arrendatárias obrigaram-se a investir vultosa soma na área arrendada, visando ao melhoramento e à ampliação das instalações portuárias²⁵.

43. Conclui-se, em suma, que a incorporação do Armazém T-8 (Terminal de Sal) aos bens arrendados às pessoas jurídicas SALMAC/CIRNE, por meio do Contrato PRES/03.99, encontra-se eivada de ilegalidade, por vulneração ao processo licitatório imposto pelo artigo 4º, I, da Lei de Modernização dos Portos.

II.4 Dos efeitos da Decisão do TCU sobre o Contrato PRES/03.99

44. Por meio do Acórdão 392/2002, o TCU determinou à CODESP a declaração de nulidade

do Contrato PRES/03.99, em razão de ter sido celebrado sem prévia licitação, como exposto no item 10 deste Parecer. A possibilidade de tal imposição a órgãos ou a entidades da Administração Pública Direta e Indireta constitui uma das prerrogativas constitucionais da Corte de Contas, nos moldes do artigo 71, IX, da Carta da República de 1988²⁶, cujo conteúdo normativo repete-se no artigo 45 da Lei 8.443/1992²⁷, a Lei Orgânica do TCU.

45. Nesse contexto, verifica-se que a decisão do TCU não opera, diretamente, efeitos sobre os negócios jurídicos do Poder Público considerados ilegais. A Corte de Contas assina prazo para o responsável adotar as providências necessárias ao cumprimento da lei, sem que possa, por conta própria, suspender a execução da avença²⁸. Não obstante isso, ninguém duvida da natureza cogente do comando advindo do TCU, pois controle externo sem mecanismos de coerção e de sanção equivale a controle nenhum.

46. Pertinente, aqui, a lição de José dos Santos Carvalho Filho, estribado em Luiz Roberto Barroso:

"Nesse ponto, valemo-nos de excelente trabalho de LUIZ ROBERTO BARROSO, que, em virtude de verificação sobre a atuação dos Tribunais de Contas, chega a três conclusões que nos parecem irretocáveis:

(...omissis...)

3) na competência para sustar atos administrativos, deve ser respeitado o princípio do devido processo legal, se esses atos envolverem situações jurídicas de terceiros; em nenhuma hipótese tem o Tribunal competência para invalidar atos

²⁴ Art. 4º (...) § 4º São cláusulas essenciais no contrato a que se refere o inciso I do caput deste artigo, as relativas: VIII – aos direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive, quando for o caso, os relacionados com as previsíveis necessidades de futuras suplementações, alterações e expansões do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações; "

²⁵ Cláusula Sexta do Contrato PRES/03.99 e do Primeiro Instrumento de Retificação, Ratificação e Aditamento. O raciocínio, à evidência solar, parte do pressuposto de que a avença ostenta validade, o que não se aceita, como exposto no tópico II.2.

²⁶ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...omissis...) IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;"

²⁷ Art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no regimento interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados."

²⁸ Excetuada a hipótese do artigo 71, § 2º, da Constituição Federal de 1988, que se repete no artigo 45, § 3º, da Lei Orgânica do TCU.



administrativos negociais, contratuais ou não²⁹.” (negrito do original, sublinhado daqui)

47. De tal maneira, quando se trata de contratos, é a pessoa ou o órgão público sobre cujas ações e omissões pende a fiscalização da Corte de Contas que deve atuar, visando ao cumprimento da determinação. Na espécie, a CODESP fez justamente isso, ao declarar a nulidade do Contrato PRES/03.99 em dezembro de 2002, por meio da Decisão DIREXE 494. O ato de invalidação, portanto, é da Companhia, não do TCU, fato que repercute no exame do tema do próximo tópico.

II.5 Da impossibilidade de a CODESP revogar o ato declaratório de nulidade e restaurar o Contrato PRES/03.99

48. Contra o Acórdão 392/2002 do TCU, as pessoas jurídicas SALMAC e CIRNE interpuseram Pedido de Reexame (fls. 38/50), com esteio no artigo 48 da Lei 8.443/1992. Esse Pedido, que tem natureza recursal, possui efeito suspensivo automático, ou seja, enquanto não houver decisão da Corte de Contas sobre a irresignação, o comando de cumprimento da lei dela emanado não tem exeqüibilidade.

49. Com suporte no efeito suspensivo do Pedido de Reexame, bem como em manifestações da Diretoria de Administração e Finanças e da Assessoria Jurídica, a CODESP revogou a declaração de nulidade do Contrato PRES/03.99 em agosto de 2004. Buscou conferir por meio dessa medida, de modo célere, destinação econômica à área arrendada³⁰.

50. Em linha de princípio, o ato de revogação só incide sobre atos administrativos de natureza discricionária, pois é com relação a eles que cabe a apreciação, por parte do Poder Público, dos

critérios de conveniência e oportunidade. No quanto atinente aos atos de natureza vinculada, não se cogita desse núcleo de liberdade concedido pela lei ao administrador público, que apenas tem a função de concretizar no ato específico os elementos ou requisitos já expostos na regra jurídica hipotética.

51. Tão-somente à guisa de exemplo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece:

“Como todo ato discricionário, a revogação deve ser feita nos limites em que a lei a permite, implícita ou explicitamente; isto permite falar em limitações ao poder de revogar:

1. não podem ser revogados os atos vinculados, precisamente porque nestes não há os aspectos concernentes à oportunidade e conveniência; se a Administração não tem liberdade para apreciar esses aspectos no momento da edição do ato, também não poderá apreciá-los posteriormente; nos casos em que a lei preveja impropriamente a revogação de ato vinculado, como ocorre na licença para construir, o que existe é uma verdadeira desapropriação de direito, a ser indenizada na forma da lei; (...)³¹” (Negritou-se.)

52. Ora, o ato de invalidação — não obstante certas discepções doutrinárias — há de ser compreendido, na grande maioria dos casos, como de natureza vinculada³². Assim não fosse, o princípio da legalidade restaria entregue ao ânimo do administrador público, que bem pouco não teria condições de praticar em um tal sistema. Através desse prisma, o ato declaratório de nulidade do Contrato PRES/03.99, celebrado sem prévia licitação, como anotou o TCU, não era passível de revogação.

53. Na verdade, a CODESP, em vez de ter revogado o ato declaratório de nulidade, deveria

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, ob. cit., p. 841.

³⁰ Esse objetivo resta claro a partir da Carta DC-807.2005, de 8 de dezembro de 2005, especialmente fls. 17/21 dos autos.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 239.

³² Com pequenas nuances, esse é o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (ob. cit., p. 227) e José dos Santos Carvalho Filho (ob. cit., p. 134). As exceções correm por conta dos casos em que “o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal”, como nas situações de decurso do tempo e de consolidação dos efeitos produzidos.



tê-lo declarado nulo, haja vista a ausência de motivo³³ decorrente do fato de que o comando do TCU dirigido à Companhia não produziu consequências na esfera normativa, em razão do efeito suspensivo do Pedido de Reexame já mencionado. Com efeito, cuidava-se de hipótese de invalidação, e não de revogação.

54. E mais: como o ato declaratório de nulidade do Contrato PRES/03.99 atingia direta e negativamente a posição jurídica das arrendatárias, era imperioso que a CODESP instaurasse o devido processo legal administrativo, nos moldes da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, único meio hábil a permitir a elas influir³⁴ de modo concreto na tomada de decisão. Assim, também por essa razão encontra-se viciado o ato da Companhia de "tornar sem efeito" (revogar) o ato declaratório de nulidade.

55. Pois bem. Nesse quadro de sucessivos equívocos, o que deveria fazer a CODESP hoje, segundo a visão debuxada neste Parecer? Instaurar processo administrativo com o objetivo de invalidar (i) o ato de revogação, pelas razões expostas acima; (ii) o ato declaratório de nulidade do Contrato PRES/03.99, por vulneração ao devido processo legal; e (iii) o próprio negócio jurídico, com fulcro nos pontos ventilados no tópico II.2³⁵.

56. Fundamental, nesse contexto, observação de ordem diversa. De um lado, não é objeto de dúvida o fato de que a destinação econômica de áreas portuárias interessa muito mais ao Porto que a existência de espaços ociosos e inaptos à geração de renda. De outro, porém, essa destinação há de operar sempre com submissão ao marco jurídico incidente, sob pena de, a pretexto de concretizar o princípio da eficiência, o administrador público promover violações aos Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica.

III - CONCLUSÃO

57. Com espeque nas observações precedentes, este órgão da Advocacia-Geral da União conclui que:

- a) o **Contrato PRES/03.99 não pode ser compreendido como prorrogação dos Contratos 053/88 e 055/88**, eis que estes se encontravam extintos há anos;
- b) a **incorporação do Armazém T-8 (Terminal de Sal) aos bens arrendados às pessoas jurídicas SALMAC/CIRNE**, por meio do Contrato PRES/03.99, encontra-se eivada de ilegalidade, por vulneração ao processo licitatório imposto pelo artigo 4º, I, da Lei de Modernização dos Portos;
- c) a **decisão do TCU não opera, diretamente, efeitos sobre os negócios jurídicos do Poder Público considerados ilegais**; a Corte de Contas assina prazo para o responsável adotar as providências necessárias ao cumprimento da lei, sem que possa, por conta própria, suspender a execução da avença, mas ninguém duvida da natureza cogente do comando advindo do TCU, pois controle externo sem mecanismos de coerção e de sanção equivale a controle nenhum; e
- d) há **ilicitude no ato de a CODESP revogar a declaração de nulidade do Contrato PRES/03.99 e restaurar-lhe os efeitos**; portanto, cumpre à Companhia instaurar processo administrativo com o objetivo de invalidar (i) o ato de revogação, pelas razões expostas no tópico II.5; (ii) o ato declaratório de nulidade do Contrato PRES/03.99, por vulneração ao devido processo legal; e (iii) o próprio negócio jurídico, com fulcro nos pontos ventilados no tópico II.2.

58. É o Parecer. À consideração superior.

Brasília, 26 de fevereiro de 2007

CLÁUDIO FONTES FARIA E SILVA
Advogado da União

³³ Entendido como a razão de fato e de direito que, antecedente ao ato, imprime movimento à Administração Pública.

³⁴ Este vocábulo enuncia um conceito mais amplo e denso do que o mero "ser ouvido", com o qual, ainda hoje, o *due process of law* acaba confundido. Ao influir, o administrado participa da tomada de decisão e, portanto, concretiza o Princípio Democrático.

³⁵ A propósito dessa possibilidade, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 261.

**De acordo. À consideração da Senhora
Consultora Jurídica.**

Brasília, 30 de abril de 2007

RAFAEL MAGALHÃES FURTADO
*Coordenador-Geral de Acompanhamento de
Órgãos de Controle Interno e Externo
e de Supervisão de Entidades Vinculadas*

Despacho nº 326/2007/CONJUR/MT

**Aprovo o Parecer nº 151/2007-CGAS/CONJUR/
MT. Ao Gabinete do Ministro de Estado dos
Transportes.**

Brasília, 30 de abril de 2007

YOLANDA CORRÊA PEREIRA
Consultora Jurídica

STF - ADI-MC 1721

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 3º da MP nº 1.596-14/97 (convertida na Lei nº 9.528/97), na parte em que incluiu § 2º Art. 453 da CLT. Alegada ofensa à constituição.

STF - ADI 3136

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Readmissão de empregados de empresas públicas e sociedade de economia mista. Acumulação de proventos e vencimentos. Extinção do vínculo empregatício por aposentadoria espontânea. Não-conhecimento. Inconstitucionalidade.

STF - ADI 1770-DF

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei do Estado de Minas Gerais. Licenciamento de motocicletas para transporte de passageiros ("mototaxi"). Competência Privativa da União. Inconstitucionalidade formal reconhecida.

STF - ADI 3521

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Arts. 42 e 43 da Lei Complementar nº 94/02 do Estado do Paraná. Delegação da Prestação de

Serviços Públicos. Concessão de serviço público. Regulação e Fiscalização por agência de "serviços públicos delegados de infra-estrutura".

STJ - MS 10254

EMENTA: Mandado de segurança. Processo Administrativo Ddisciplinar. Ministro de Estado. Aplicação de penalidade. Interposição, na via administrativa, de recurso administrativo hierárquico ao Presidente da República. Recebimento como revisão. Illegalidade. Cerceamento do Direito de Defesa do Impetrante. Segurança concedida.

STJ - RESP 529102

Processual Civil. Recurso especial. Admissibilidade. Dissídio não demonstrado. Administrativo. Transporte interestadual de passageiros. Exploração de novas seções em linha rodoviária. Licitação. Ausência. Impossibilidade.

TCU - Acórdão 101-2007 - Aprovação 1ª PPP

Aprovação pelo TCU da 1ª Parceria Público-Privada (PPP) na esfera 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.

10.636, de 30.12.2002 – Publicada no DOU de 31.12.2003

Dispõe sobre a aplicação dos recursos originários da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – Cide incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível, atendendo o disposto no § 2º do art. 1º da Lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001, cria o Fundo Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – FNIT e dá outras providências. Mensagem de veto.

✓ **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.

11.297, de 9.5.2006 – Publicada no DOU de 10.5.2006

Acrescenta e altera dispositivos na Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973, que aprova o Plano Nacional de Viação; revoga o art. 3º da Medida Provisória nº 2.217-3, de 4 de setembro de 2001; e dá outras providências.

11.278, de 7.2.2006 – Publicada no DOU de 8.2.2006

Dispõe sobre a concessão de subvenção econômica à Companhia de Navegação do São Francisco – FRANAVE.

11.442, de 5.1.2007 – Publicada no DOU de 8.1.2007

Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980. Mensagem de veto.

DECRETOS

99.475, de 24.8.1990 – Publicada no DOU de 28.8.1990

Dispõe sobre a descentralização da administração dos portos, hidrovias e eclusas que menciona e dá outras providências.

1.886, de 29.4.1996 – Publicada no DOU de 30.4.1996

Regulamenta disposições da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e dá outras providências.

1.990, de 29.8.1996 – Publicada no DOU de 30.8.1996

Dispõe sobre a inclusão, no Programa Nacional de Desestatização - PND, de oito empresas controladas pela União, responsáveis pela administração de portos marítimos e fluviais

✓ **2.184, de 24.3.1997** – Publicada 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.



2.444, de 30.12.1997 – Publicada no DOU de 31.12.1997

Dispõe sobre a inclusão, no Programa Nacional de Desestatização - PND, das rodovias federais que menciona, e dá outras providências.

2.521, de 20.3.1998 – Publicada no DOU de 23.3.1998

Dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e dá outras providências.

2.594, de 15.5.1998 – Publicada 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.

3.411, de 12.4.2000 – Publicada no DOU de 13.4.2000

Regulamenta a Lei nº 9.611, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre o Transporte Multimodal de Cargas, altera os Decretos nºs 91.030, de 5 de março de 1985, e 1.910, de 21 de maio de 1996, e dá outras providências.

4.391, de 26.9.2002 – Publicada 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.

5.140, de 13.7.2004 – Publicada no DOU de 14.7.2004

Regulamenta o art. 31 da Lei nº 10.893, de 13 de julho de 2004, que trata da subvenção ao prêmio do seguro-garantia modalidade executante construtor para construção de embarcações e dá outras providências.

5.269 de 10.11.2004 – Publicada no DOU de 11.11.2004

Dispõe sobre a competência, composição e funcionamento do Conselho Diretor do Fundo da Marinha Mercante - CDFMM, e dá outras providências.

5.324 de 29.12.2004 – Publicada no DOU de 30.12.2004

Regulamenta o art. 37 da Lei nº 10.893, de 13 de julho de 2004, que dispõe sobre a Taxa de Utilização do MERCANTE, e dá outras providências.

5.427 de 19.4.2005 – Publicada no DOU de 20.4.2005

Dispõe sobre a inclusão, no Programa Nacional de Desestatização - PND, das rodovias federais que menciona, e dá outras providências.

5.543, de 20.9.2005 – Publicada 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 16.12.2005 – Publicada 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.

5.623, de 19.12.2005 – Publicada no DOU de 20.12.2005

Autoriza a prorrogação da descentralização, até 31 de dezembro de 2007, das atividades que menciona.

5.934, de 18.10.2006 – Publicada no DOU de 19.10.2006

Estabelece mecanismos e critérios a serem adotados na aplicação do disposto no art. 40 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), e dá outras providências.

6.018, de 22.1.2007 (PAC) – Publicada no DOU de 22.1.2007 - Ed. extra

Regulamenta a Medida Provisória nº 353, de 22 de janeiro de 2007, que dispõe sobre o término do processo de liquidação e a extinção da Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, altera dispositivos da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e dá outras providências.

6.020, de 22.1.2007 (PAC) – Publicada no DOU de 22.1.2007 - Ed. extra

Dispõe sobre a dissolução e liquidação da Companhia de Navegação do São Francisco - FRANAVE.

MEDIDAS PROVISÓRIAS

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.

353, de 22.1.2007 (PAC) – Publicada no DOU de 22.1.2007 - Edição extra Exposição de Motivos Prorrogação de prazo

Dispõe sobre o término do processo de liquidação e a extinção da Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA, altera dispositivos da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e dá outras providências.



Ministério
dos Transportes

BRASIL
UM PAÍS DE TODOS
GOVERNO FEDERAL