
CELEBRAÇÃO E PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS DE PERMISSÃO DAS ESTAÇÕES ADUANEIRAS

Jatir Batista da Cunha¹

Nos processos nos TC-625.212/1998-3 e TC-929.161/1998-0 do TCU, debateu-se a questão da celebração e prorrogação dos contratos de permissão das estações aduaneiras.

Para fins de acompanhamento por parte deste Tribunal, a Superintendência Regional da Receita Federal na 10ª Região Fiscal – SRRF/10ª RF encaminhou, nos termos do artigo 5º, inciso VI, da então vigente Instrução Normativa TCU nº 10/95, cópia dos instrumentos de contrato de prorrogação do prazo de vigência, referentes ao Contrato de Permissão da Estação Aduaneira Interior de Canoas/RS (TC-625.212/1998-3) e aos Contratos de Permissão das Estações Aduaneiras de Fronteira Ferroviárias de Uruguaiana/RS e Sant’Ana do Livramento/RS (TC-929.161/1998-0), celebrados entre a União, por intermédio daquela Superintendência, o primeiro com a empresa BANRISUL Armazéns Gerais S.A. e os dois últimos, com a Rede Federal de Armazéns Gerais Ferroviários S.A. – AGEF.

No que concerne ao contrato firmado com o BANRISUL, a 9ª SECEX propôs a formulação de determinações à Secretária da Receita Federal, nos seguintes termos:

“a) adote as providências necessárias e indispensáveis à realização das licitações para outorga de novas concessões e permissões aludidas no § 2º do art. 42 da Lei nº 8.987/95, obedecendo estritamente o disposto no art. 12 do Decreto nº 1.910/96, bem como o que de termina no § 2º desse mesmo dispositivo legal, fixando a data limite de 20/05/2001 para que a SRF conclua o certame licitatório, a respectiva outorga das concessões ou permissões e a assinatura dos futuros contratos;

b) corrija os contratos em que o prazo de prorrogação foi alterado nos termos do inciso IV do art. 1º do Decreto nº 2.168/97, para que se adequem ao disposto no ‘caput’ e no § 2º do art. 12 do Decreto nº 1.910/96”.

Relativamente ao contrato celebrado com a AGEF, a 9ª SECEX manifestou-se pela regularidade das cláusulas contratuais examinadas, inclusive da prorrogação do prazo de vigência dos ajustes, e propôs o arquivamento dos autos, ressaltando a possibilidade de contratação da AGEF com dispensa de licitação, calçada no inciso VIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, por se tratar de sociedade de economia mista com controle pertencente à União.

¹ Subprocurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU

Foi solicitada a manifestação do Ministério Público junto ao TCU a respeito da matéria.

A prorrogação do prazo de vigência da delegação para prestação dos serviços públicos de movimentação e armazenagem de mercadorias na Estação Aduaneira de Canoas/RS foi feita com fundamento no artigo 1º, inciso IV, do Decreto nº 2.168/97, a saber:

“Art. 1º. A Secretaria da Receita Federal, se requerir das concessionárias ou permissionárias de recintos alfandegados a que se refere o art. 12, in fine, do Decreto nº 1.910, de 21 de maio de 1996, poderá autorizar:

(...)

IV – a prorrogação por período de cinco anos do prazo previsto no caput do art. 12 do Decreto nº 1.910, de 1996”.

O aludido dispositivo do Decreto nº 1.910/96 está vazado nos seguintes termos:

“Art. 12. Permanecerão válidas pelo prazo de 2 (dois) anos, contado da data de publicação deste Decreto, as permissões ou torgas das sem correntes, em caráter precário e por prazo indeterminado, anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 8.987, de 1995, para prestação de serviços em terminais alfandegados de uso público, entre postos aduaneiros de uso público, centrais aduaneiras interiores e depósitos alfandegados públicos”.

Nesse contexto, o pronunciamento do Ministério Público encontrou-se em três questões fundamentais: a possibilidade de prorrogação de prazo amparada em decreto, a validade de contratação direta do BANRISUL e da AGEF, e a natureza jurídica da concessão/permissão.

II

Prescreve a Constituição, em seu artigo 175, caput e parágrafo único, que “incumbem ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”, cabendo à lei dispor sobre, entre outros aspectos, “o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação...” (grifamos).

Verifica-se, assim, que o legislador constituinte reservou a disciplina da matéria em foco – prorrogação de prazo de contratos de concessão e permissão – unicamente à lei em sentido formal (legalidade específica), com exclusão, portanto, de outra qualquer fonte infralegal.

Com efeito, atos administrativos que são, decretos sempre se encontram em situação inferior à da lei, não podendo contrariá-la. Impossível, desse modo, no caso, atribuir validade aos decretos supracitados que, mais do que à lei, vão de encontro aos preceitos constitucionais vigentes, não se prestando a amparar a prorrogação dos prazos em tela.

Tem-se, pois, que o artigo 12 do Decreto nº 1.910/96, e o artigo 1º, inciso IV, do Decreto nº 2.168/97, que autorizou nova prorrogação, padecem de inconstitucionalidade, sendo, portanto, nulos de pleno direito, por regularem diretamente matéria reservada da esfera legal.

Vale frisar que, consoantes salta do nos autos do TC-650.120/94-9 (Decisão nº 632/98 – Plenário – Ata nº 48), “a declaração de inaplicabilidade de norma legal, em face de conflito com a Constituição, por parte deste Tribunal, deve manifestar-se, tão-só, através da não-aplicação da norma infraconstitucional, sendo-lhe vedada a declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, na medida em que representaria inobservância de competência do Eg. STF, insculpada na alínea ‘a’ do inciso I do art. 102 da Carta Magna”.

Na prática, dado o tempo decorrido, já não se faz possível, atualmente, a prorrogação de prazo com amparo no artigo 1º, inciso IV, do Decreto nº 2.168/97. Ainda assim, entendemos necessário propor de terminação à Secretaria de Receita Federal a fim de que se abstenha de promover prorrogação de prazo de vigência de permissões atinentes a terminais alfandegados com fundamento em decreto do Poder Executivo, por falta de amparo legal.

III

Passemos, então, uma vez verificada a prorrogação indevida de prazo à conta dos mencionados decretos, a analisar a existência, no ordenamento jurídico vigente, de previsão legal que amparas a contratação direta da empresa BANRISUL Armazéns Gerais S.A. e da Rede Federal de Armazéns Gerais Ferroviários S.A. – AGEF.

Nos termos do artigo 124 da Lei nº 8.666/93, caput, aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos do referido estatuto que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto. Desse modo, em se tratando de concessões e permissões, há que se aplicar, com prevalência, todas as normas da Lei nº 8.987/95 (lei especial), e só supletivamente a Lei de Licitações e Contratos (lei geral).

Discute-se, na doutrina, se o “sem pre” grafa do artigo 175 da CF, anteriormente transcrito, significaria a impossibilidade de dispensar ou declarar inexigível a licitação. Embora não seja pacífico, predomina o entendimento (Marçal Justen Filho, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Jessé Torres Pereira Junior e Antônio Carlos Cintra do Amaral) no sentido de que as hipóteses em vigor (artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93) não são, em princípio, compatíveis com a concessão/permissão de serviço público, mas que é possível, sim, a contratação direta, desde que o caso com creto esteja já assalhado em uma das situações típicas da Lei de Licitações.

De ressaltar que, à primeira vista, dos dispositivos citados o tipo que mais se aproxima dos casos ora em exame é o constante do inciso VIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, verbis:

“Art. 24. É dispensável a licitação: (...) VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integra Administração Pública e que tenha sido criada para esse

fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

Em sua obra intitulada “Contratação Direta sem Licitação” (Brasília: Brasília Jurídica, 1995, p. 195-196), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes faz uma síntese histórica da evolução desse preceito, concluindo pelo não-cabimento, na atualidade, da contratação direta, sem licitação, de concessionários/permissionários, por falta de amparo legal.

O exame da matéria torna-se mais complexo quando o contrato do (concessionário/permissionário) é empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviço público.

A respeito, alguns autores, em interpretações literais, admitem a possibilidade de tais empresas, desde que pertencentes à mesma esfera governamental, serem contratadas diretamente com amparo no referido inciso VIII do artigo 24.

Há, porém, opiniões contrárias, a exemplo de Antônio Carlos Cintra do Amaral (Concessão de serviço público. São Paulo, Malheiros, 1996, p. 22), para quem os serviços a que alude esse dispositivo são serviços prestados “à Administração e não ao usuário”, e Marçal Justen Filho (Concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 1997, p. 175), que entende não ser aplicável o referido preceito por tratar da aquisição de bens produzidos ou serviços prestados, objeto não compatível com a concessão e permissão de serviços públicos.

De fato, pode assis tir razão aos 2 (dois) últimos doutrinadores mencionados, visto que nesse preceito a Administração aparece na condição de proponente ou tomador dos serviços e, na concessão, a relação é tripartite, envolvendo o poder concedente, o concessionário e o usuário.

Nesses termos, o dispositivo reservaria a contratação direta da pessoa jurídica criada pelo Estado para prestar serviços inerentes às atividades da Administração Pública para ela própria.

Ainda que se considere factível a aplicação do dispositivo para a contratação de concessionários e permissionários, haveria necessidade de o contrato pertencer à mesma esfera governamental, segundo entendimento doutrinário. Quanto a esse aspecto, Marcus Juruena Villela Souto, lembrado por Jorge Ulisses, afirma: “é mister frisar que só cabe a contratação direta com a entidade descentralizada se ela foi criada como fim específico de só atender à Administração... – a busca de clientes externos, mesmo em outras Administrações, já descaracteriza a descentralização administrativa para transformar a entidade em concorrente da iniciativa privada, o que, na maioria dos casos, além de exigir a licitação, ultrapassa os limites impostos pelo art. 173, § 1º, CF” (ob. cit., p. 202).

À luz dessas considerações, temos que, com fundamento no inciso VIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, não é possível a contratação, sem licitação, de empresas públicas e sociedades de economia mista, como concessionárias ou permissionárias de serviço público, mormente quando não pertencem à mesma esfera governamental em que se integra o poder concedente.

IV

Vale, por fim, analisar alguns aspectos atinentes à natureza jurídica do instituto da concessão/permissão em apreço.

Por força de expressa previsão constitucional, incumbe ao Poder Público prestar serviços públicos e escolher o modo de execução dessa prestação – “diretamente ou sobre regime de concessão ou permissão” (artigo 175, caput).

Em face do adverbio “diretamente”, afigura-se possível entender que o texto se refira à Administração Pública tal como de finida no caput do artigo 37, contemplando a administração direta, indireta e fundacional, de modo que, se a concessão/permissão é atribuída a ente da administração indireta, tem-se o que se denomina “concessão-descentralização”, hipótese em que, no dizer de Marçal Justen Filho, a pessoatitular da competência para prestar o serviço não aliena de si o poder de controle sob a prestação, mantendo o serviço, indiretamente, sob controle e tutela seus, não havendo transferência de gestão do serviço para órbita alheia, nem interesses distintos de concedente e concessionário (ob. cit., p. 77). Ao atribuir os serviços a entidades da Administração Indireta, a pessoa política não os está concedendo, mas exercendo o poder de auto-organização.

Sobre essa questão, as conclusões de Jesé Torres Pereira Junior são, também salienta, no sentido de que “a Lei nº 8.987/95 tempordestinatário o regime jurídico da contratação e da execução de serviços públicos por empresas privadas na qualidade de concessionárias ou permissionárias, não incidindo suas disposições sobre a criação, a gestão, a supervisão e a operação de empresas públicas ou sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos na qualidade de integrantes da Administração Pública indireta” – grifamosso (Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. 3ª ed., p. 674).

V

Conclui-se, portanto, em face dos argumentos expendidos, que não se vislumbra suportabilidade para a prorrogação dos prazos de vigência dos contratos em comento.

Carece, outrossim, de fundamento jurídico a contratação direta do BANRISUL, visto que não integra a Administração Pública Federal Indireta.

A AGEF, por sua vez, é uma sociedade de economia mista subsidiária da Rede Ferroviária Federal S.A., criada com o objetivo de construir e operar um sistema nacional de armazéns gerais, frigoríficos e silos regularizar o escoamento da produção, conforme disposto no Decreto nº 46.531/59. Sendo assim, considerando tratar-se de ente que integra a Administração Pública Federal Indireta, na qualidade de sociedade de economia mista prestadora de serviço público (e não exploradora de atividade econômica – Constituição Federal, artigo 173, § 1º), temos que, uma vez caracterizada a natureza de “concessão-descentralização”, não há que se falar em necessidade de prévio procedimento licitatório visando à contratação que tenha por objeto a movimentação e armazenagem de mercadorias.

Finalizando, entendemos inconstitucional o artigo 12, caput, do Decreto nº 1.910/96 e o artigo 1º, inciso IV, do Decreto nº 2.168/97, por ofensa ao disposto no artigo 175, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal, que prescreve a necessidade de lei em sentido formal para dispor sobre prorrogação de prazos contratos de concessão e permissão de serviço público. Incabível, pois, a prorrogação de prazo de vigência de permissões atinentes a terminais alfândega dos com fundamento em decreto do Poder Executivo, por falta de amparo legal.