

---

# **DNER - COBRANÇA INDEVIDA DE IMPOSTO SOBRE TARIFAS DE PEDÁGIOS**

## **Embargos de Declaração**

---

Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues

Grupo I – Classe II - Plenário

TC-003.214/1999-0

Natureza: Embargos de Declaração

Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER

Interessado: Deputado Federal Sérgio Miranda

*Ementa: Embargos de Declaração. Omissão e contradição inexistentes. Conhecimento e não-provimento. A anterior aprovação de procedimentos de concessão pelo TCU não implica a sanatória das irregularidades então existentes, nem impede seja determinada a posterior adoção de medidas corretivas compatíveis. O prazo para o cumprimento de decisão de natureza cautelar não é suspenso pela interposição de recurso.*

### RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER, contra a Decisão nº 434/99 – Plenário, adotada no âmbito de representação formulada pelo Deputado Federal Sérgio Miranda, acerca da cobrança indevida do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, nos pedágios referentes aos trechos rodoviários Ponte Rio – Niterói, Rodovia Presidente Dutra, Rodovia Juiz de Fora/MG - Rio de Janeiro/RJ, Rodovia Rio de Janeiro – Teresópolis e Rodovia Osório - Porto Alegre, todos objetos de concessão.

Para melhor compreensão dos fundamentos apresentados pela autarquia, transcrevo a seguir o inteiro teor da peça recursal:

*“O DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS DE RODAGEM – DNER, Autarquia Federal, vinculada ao Ministério dos Transportes, vem, nos Autos do Processo constante da referência, através de seus representantes legais, que a esta subscrevem, na forma do que dispõem os Artigos 32 a 34, da Lei nº 8.443/92, e Artigos 229 e 235, do R/TCU, interpor EMBARGOS DE DECLARAÇÃO FACE A R. Decisão nº 434/99, publicada no DOU de 22 de julho pp., pelos seguintes fundamentos:*

*A r. decisão ora embargada deixou de se pronunciar sobre razões em que a Autarquia suscitara anteriormente, consideradas de extrema relevância, assim como, se omitiu no que diz respeito aos exames preliminares dos editais e contratos referentes às concessões rodoviárias do DNER. Entendemos que esse esclarecimento, em homenagem ao princípio da ampla defesa, são necessários posto que será a partir*

dos mesmos que poderão ser definidas às responsabilidades pretéritas, presentes e futuras sobre a eventual irregularidade somente agora apontada pelo TCU.

1. Todos os processos licitatórios lançados pelo DNER para a implantação do regime de CONCESSÃO RODOVIÁRIA, foram fastidiosamente analisados por essa Egrégia Corte de Contas, aperfeiçoando-se a medida em que eram emanadas novas diretrizes, até, e principalmente, porque tratava-se do início de um projeto pioneiro no Brasil, que, basicamente tem como escopo, desonerar o orçamento da União, propiciando aos seus gestores outras opções para melhor destinação de verbas públicas.

2. As decisões nºs. 0141-15/93-P; 437/93-P; 287/94-P; 622/94-P; 763/94-P; 188/95-P; 394/95-P; 564/96-P e 472/98-P, que, respectivamente, reiteramos, fastidiosamente analisaram o processo licitatório até a adjudicação do Contrato.

3. O Edital da Ponte Rio-Niterói, assim como o seu Contrato, anteriormente analisados por essa Egrégia Corte de Contas, serviu de modelo para todos os contratos celebrados, em especial no que concerne à composição dos valores das tarifas básicas de pedágio.

Vale, neste passo, dentre as decisões supras, destacar a de nº 188/95-P, onde, expressamente, o Plenário do Tribunal assim se manifesta, in texto:

‘2. Considerar que o DNER observou os requisitos legais quando da realização da 3ª fase do processo licitatório para a concessão de exploração da Ponte Presidente Costa e Silva.’

Como se vê, em nenhum momento, o Tribunal de Contas da União apontou a ilegalidade ora sob análise.

Ao revés, não só o TCU, mas o Ministério Público Federal, concluíram pela legalidade dos procedimentos, em especial da última fase da licitação, que resultaram na contratação das concessões mencionadas.

4. Recentemente, o DOU de 10/08/98, publicou a decisão de nº 472/98-TCU-Plenário, referente ao processo nº TC-006.098/93-2, cuja classe de assunto bem esclarecer a matéria:

“Acompanhamento da Concessão para Exploração da Ponte Rio-Niterói, determinada na Sessão de 28/04/93 (decisão nº 141/93-TCU-Plenário).”

5. Compilamos desta decisão o seguinte trecho, que bem traduz a matéria:

‘E dentre as medidas decididas pelo Tribunal nessa última deliberação, destaca-se determinação dirigida ao DNER para que adotasse, nas próximas licitações relativas à Concessões, medidas para as correções das falhas levantadas durante a análise efetuada no presente processo. Determinou-se, também, que a 1ª Secex desse continuidade ao acompanhamento das etapas posteriores a referida Concessão.

A partir de então, as deliberações deste Tribunal passaram a abordar medidas de modo a prevenir a ocorrência de irregularidades ou impropriedades no futuro.’

6. Ora, se o próprio TCU que, como sabemos, é dotado de excepcional quadro de profissionais especialistas em auditoria e análise de finanças públicas, inclusive no âmbito tributário, entendeu que os procedimentos licitatórios relativos às

*concessões rodoviárias observaram os requisitos legais, com o placet do Ministério Público Federal, que atua na mencionada Corte, por que o DNER, ente Autárquico da Administração Pública Federal, não deveria continuar a proceder da forma agora contestada?*

*7. Afinal, as decisões do TCU são normas cogentes para a Administração Pública, obrigando seus gestores ao cumprimento das determinações e diretrizes delas emanadas.*

*8. Neste trilhar, nenhuma responsabilidade pode ser atribuída ao DNER, até bem porque, todos os atos até então praticados tinha a chancela de regularidade outorgada pelo próprio Tribunal de Contas da União.*

*9. Pelo exposto, requer, o DNER, o conhecimento e a procedência dos presentes EMBARGOS DE DECLARAÇÃO para que essa Egrégia Corte se pronuncie expressamente sobre as contradições anteriormente numeradas na defesa do DNER, esclarecendo no que tange às decisões anteriores que, como já dissemos, chancelaram a regularidade dos procedimentos licitatórios de então, que culminaram com a situação fática e contratual vigente, sob apreciação.”*

É o relatório.

## V O T O

Conheço dos Embargos de Declaração, por preencher os requisitos estabelecidos no art. 34 da Lei nº 8.443/92.

Na peça recursal, argúi, o DNER, a existência de omissão e de contradição na decisão recorrida. Segundo o embargante, existiria omissão, porque o relator não teria apreciado a questão de que o Tribunal, em época pretérita, ter-se-ia manifestado acerca da regularidade dos editais e contratos de concessão, sem fazer expressa menção à ilegalidade que agora se aponta. E Contradição pelo fato de o Tribunal estar considerando ilegal dispositivo contratual que anteriormente considerara lícito.

Não procede, *data venia*, a alegação de que o voto foi omissivo e não tratou da anterior aprovação pelo Tribunal dos processos de concessão. Essa questão foi especificamente abrangida no meu voto, de forma algo minudente, quando se discutiu a responsabilidade dos gestores pela ilegalidade, conforme se pode verificar no excerto que ora transcrevo:

*“Mesmo que se admitisse, numa interpretação benéfica imerecida, admissível o fato de que a cobrança se revestia, aos olhos dos administradores, de aparente legalidade, não seria pertinente o argumento do Diretor-Geral de que a questão teria passado despercebida aos olhos do próprio TCU.*

*Enfatizo que esta circunstância jamais poderia ter o condão de desmerecer o teor das irregularidades e dos atos ilegais de gestão. Entendo que tal perspectiva é equivocada e não pode ser vista como presunção de jure de legalidade, mas simplesmente como atenuante dos rigores de uma interpretação absolutamente conclusiva da atuação do administrador, já que a não percepção de irregularidade*

***grave e preexistente, em um primeiro momento, não elide sua existência, os danos que acarretou ao Estado e aos cidadãos, nem as conseqüências juridicamente previsíveis de sua prática, todas passíveis de imputação ao administrador que obrou ao longe de sua competência legal.” (Destacado.)***

Da mesma forma, não existe contradição na decisão recorrida, pois o fato de o Tribunal não ter atentado para a ilegalidade, em um primeiro momento, não o impede de, ao verificá-la posteriormente, adote imediatamente as providências que entender necessárias para fazer cessar a ilicitude existente. O Tribunal não fica vinculado a apreciações anteriores de processos, cujos procedimentos podem obliterar, esconder, ou ocultar às vistas ilegalidades absolutamente injustificáveis, passíveis de aferição em momentos e etapas posteriores.

Na verdade, ao assim agir, o Tribunal está exercendo um poder-dever que alcança todos os agentes públicos, de anular os atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, conforme cristalizado no Enunciado nº 473 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Assim, não há, nos autos, omissão ou contradição merecedora de sanativos, restando demonstrada a questão e os efeitos da não-percepção das irregularidades pelo Tribunal nas análises que anteriormente empreendera.

Consigno, também, mais uma vez, que o teor de ilicitude da conduta do DNER, ao cobrar tributo sem prévia aprovação pelo Parlamento é algo absolutamente inusitado e paradoxal, configurando claro abuso de poder, passível de punição na forma da lei, por violar inúmeros princípios inerentes a um regime democrático. A conduta do DNER – autarquia federal vinculada ao Ministério dos Transportes – viola dogmas estabelecidos desde 1.215 quando o Rei João sem Terra promulgou a *Charta Magna Libertatum*, segundo a qual o rei não poderia impor tributos sem a aprovação de seus súditos, peça que ainda hoje serve de modelo e de inspiração para todas as civilizações ocidentais, com um mínimo de desenvolvimento político e cultural.

Esclareço, por oportuno, que a oposição dos presentes embargos, ou de eventual pedido de reexame, não tem efeito suspensivo relativamente ao cumprimento das determinações contidas nos subitens 8.2.1 e 8.2.3 da Decisão nº 434/99 – Plenário, por serem medidas de natureza cautelar.

Com efeito, se o cumprimento da medida cautelar pudesse ser afastado pela mera interposição de recurso, admitido pelo ordenamento jurídico, estaria desfigurada sua própria natureza, de preservar ou impedir dano ao Erário. Decorre, pois, do sistema adotado, que o efeito suspensivo do recurso não oblitera a força da medida de cautela.

Por isso é que o inciso IV do art. 520 do Código de Processo Civil, estatuto aplicável subsidiariamente nesta Corte (Súmula 103), prescreve que a apelação será recebida somente no efeito devolutivo quando interposta de sentença que decidir o processo cautelar.

No âmbito deste Tribunal prescrição de igual teor está contida no art. 19, § 6º, da Resolução nº 36/95, que disciplina:

*“§ 6º. Fixado prazo para a sustação do ato, nos termos do art. 71, IX, da Constituição Federal, o responsável, ainda que interposto recurso da decisão, não poderá realizar pagamento ou assumir obrigação com base no ato impugnado, sob pena de, confirmada a decisão, responder pessoalmente pelos danos decorrentes, sem prejuízo das demais sanções legais.”*

Apesar de a situação não contemplar a realização de pagamento ou assunção de obrigação por parte do Poder Público, está presente o elemento fundamental que autoriza e justifica a medida cautelar e a não-suspensão da sua eficácia por meio de recurso, que é o fundado receio de que, antes do julgamento definitivo, a continuidade dos procedimentos questionados cause lesão grave e de difícil reparação, senão ao Poder Público, a todos os cidadãos que utilizam as rodovias federais exploradas mediante concessão, já que a impossibilidade de devolução dos recursos ilegalmente arrecadados a título de Imposto sobre Serviços é patente.

Assim, permanece inalterado o prazo de 15 dias fixado para a interrupção da cobrança ilegal do ISS e para suspensão da utilização dos recursos daí provenientes, sob pena de responsabilização pessoal de todos os responsáveis por todos os danos causados e de pronta aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, conforme previsto no inciso III do art. 45, ambos da Lei nº 8.443/92, incluída a adoção de outras medidas extremas, previstas em lei.

De qualquer modo, não deixa de causar perplexidade a demora do DNER em dar cumprimento às determinações, sobretudo em vista a patente ilegalidade de que se reveste a cobrança do tributo, exação sem nenhuma base legal, e, ainda, da intenção manifesta do sr. Ministro de Estado dos Transportes de reduzir os preços dos pedágios das rodovias federais sob concessão, noticiada em todos os meios de comunicação, revelando questionável descompasso entre as políticas adotadas pelo DNER e pelo Ministério dos Transportes, entidade a qual se vincula a autarquia.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a DECISÃO que ora submeto ao egrégio Plenário.

## DECISÃO Nº 485/99 -TCU - PLENÁRIO<sup>1</sup>

1. Processo TC-003.214/1999-0
2. Classe de Assunto: I- Embargos de Declaração.
3. Interessado: Dep. Fed. Sérgio Miranda.
4. Entidade: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: Não atuou.
7. Unidade Técnica: 9ª Secex.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. conhecer dos Embargos de Declaração para negar-lhes provimento, por não existir omissão, obscuridade ou contradição na decisão recorrida;

<sup>1</sup> Publicada no DOU de 13/08/1999.

8.2. alertar o Sr. Genésio Bernardino de Souza, Diretor-Geral do DNER, de que, por serem medidas de natureza cautelar, o prazo para cumprimento das determinações contidas nos subitens 8.2.1 e 8.2.3 da Decisão nº 434/99 – Plenário não se suspende com a interposição de recursos, permanecendo aquele inicialmente fixado, podendo, em caso de descumprimento, a autoridade ser pessoalmente responsabilizada pelos danos causados e, ainda, sofrer a sanção prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/92, conforme previsto no inciso III do art. 45, da Lei Orgânica do Tribunal, c/c o art. 19, § 6º, da Resolução nº 36/95 deste Tribunal.

8.3 encaminhar cópia do relatório, voto e decisão ao Dr. Genésio Bernardino de Souza, Diretor-Geral do DNER, ao Dr. Pedro Eloi Soares, Procurador-Geral do DNER, e ao Dr. Eliseu Padilha, Ministro dos Transportes.

9. Ata nº 33/99 – Plenário

10. Data da Sessão: 04/08/1999 – Extraordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Iram Saraiva (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Marcos Vinícios Vilaça, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin, Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues (Relator) e o Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.

IRAM SARAIVA  
Presidente

WALTON ALENCAR RODRIGUES  
Ministro-Relator