



PROCESSO Nº : 11084-1/2009
INTERESSADO : SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA
ASSUNTO : DENÚNCIA
RELATOR : CONSELHEIRO ALENCAR SOARES

PARECER MINISTERIAL Nº 4943/2010

Exmo. Sr. Relator
Conselheiro Alencar Soares

A empresa Grancargo Transportes Ltda, por meio de seu representante, Sr. Walfredo Raimundo Adorno Moura, encaminhou a este Tribunal de Contas cópia do processo nº 393566/2009 de 05/06/2009 protocolado na Secretaria de Estado de Infraestrutura, em que requer a revogação do deferimento em caráter emergencial da Autorização Precária, concedida em 26 de março de 2009 à empresa Clatur Viagens e Turismo Ltda, por violar as Leis Complementares 149/03 e 240/07, o Decreto 65/08, todas as normas legais que regem o setor e toda a Instrução do processo da Autorização Provisória feita pela AGER/MT.

Encaminhou, ainda, para exame deste Tribunal, cópia de inteiro teor do processo que originou o Despacho nº 13338720/2009-SINFRA, bem como o processo nº 292294/2009.



A Subsecretaria de Controle de Organizações Estaduais da Terceira Relatoria Informou os autos e concluiu que a presente denúncia é procedente e apresenta todos os requisitos para sua admissibilidade, nos termos dos artigos 217 a 219 da Resolução nº 14 de 02/10/07(Regimento Interno deste Tribunal de Contas).

Sugeriu por fim, que a Secretaria de Estado de Infraestrutura - SINFRA deverá:

- a) Como titular do Poder Concedente e/ou Permitente dos serviços públicos de transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros do Estado de Mato Grosso, anular a autorização precária concedida à empresa Clatur Viagens e Turismo Ltda – linha Cuiabá – Sapezal, via Tangará da Serra-Comodoro;
- b) Realizar o procedimento licitatório para operação da referida linha, conforme dispõe o art. 28 da Lei Complementar nº 149/2003.

Devidamente notificado, o Secretário de Estado de Infraestrutura apresentou sua defesa através do Ofício n. 849/2010, de 15/04/2010, esclarecendo que:

- 1) a empresa Grancargo Transportes Ltda., por meio do Processo n.393566/2009-SINFRA, requereu a Revogação do Deferimento do Pedido de Autorização Precária a favor da empresa Clatur Viagens e Turismo-ME e está no aguardo de decisão judicial para o seu desfecho final, em vista de ação judicial proposta pela mesma empresa, cujo objeto é o mesmo do processo administrativo;



2) conforme documentação juntada ao autos, esclarece que a empresa Grancargo propôs perante a Primeira Vara Especializada da Fazenda Pública contra o Estado de Mato Grosso, SINFRA, AGER-MT e Clatur Viagens e Turismo, Ação Anulatória com Tutela Antecipada com Pedido de Liminar Inaudita Altera Parts – Feito de n. 530/2009 – objetivando o reconhecimento da nulidade da autorização precária para exploração da linha intermunicipal Cuiabá/Sapezal (via Tangará da Serra/Comodoro);

3) O Estado de Mato Grosso e a SINFRA, devidamente intimados/notificados, apresentaram defesa (cópia anexa), pugnando, em alegações preliminares e de mérito, pelo indeferimento da tutela vindicada e improcedência da ação, respectivamente.

4) Em relação à Notificação Recomendatória n. 03/2009, emitida pela 11ª Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e da Probidade Administrativa, analisada no Relatório desta SECEX, foi a mesma contestada em requerimento dirigido ao Ministério Público (cópia anexa), requerendo, inclusive, a sua reavaliação de mérito, e encontra-se sem decisão até o presente momento.

Por fim, considerando o exposto acima, a Defesa alegou que não há que se falar em anulação da autorização precária em questão, tendo em vista estar a matéria sendo discutida, quanto a sua legalidade ou não, pelo judiciário, solicitando que se aguarde a decisão judicial de mérito, para que se possa tomar um posicionamento a respeito.

Analisando a defesa, a SECEX entendeu o Tribunal de Contas exerce a sua jurisdição independentemente das demais jurisdições (civil, penal, trabalhista, etc.), detendo, portanto, a competência para analisar o caso em questão, nos

termos da legislação aplicável à espécie, podendo aplicar sanções, pecuniárias ou interventivas.

Diante disso, concluiu que, independente do transcurso da ação no poder judiciário, a Secretaria de Estado de Infraestrutura deve adotar as medidas apontadas no relatório técnico desta SECEX emitido em 28/10/2009, a fim de sanar as irregularidades apontadas.

Após essa manifestação, vieram os autos conclusos para parecer.

É o sucinto relatório.

Segue fundamentação.

A denúncia consiste em procedimento, com esboço constitucional (CF, art. 74, §2º)¹, segundo o qual qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato apresenta, de forma clara e objetiva, ao Tribunal de Contas, supostas irregularidades ou ilegalidades cometidas por administrador ou responsável sujeito à jurisdição daquela Corte, para fins de fiscalização.

Isso mediante a juntada, pelo denunciante, de indícios de autoria e materialidade do fato narrado, ou seja, comprovação da justa causa para o processamento da denúncia.

¹ CF, art. 74, § 2º - § 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.



No vertente caso, conforme descrito no relatório, há vários itens que demonstram a ocorrência de irregularidades que maculam normas constitucionais e infra constitucionais, senão vejamos:

DOS FATOS

A empresa Clatur Viagens e Turismo Ltda, protocolou em 13/02/2009 junto à SINFRA requerimento para a implantação de nova linha em caráter Emergencial entre Cuiabá a Sapezal, alegando que esses municípios prescindem de ligação diária e contínua, descrevendo detalhadamente o itinerário, e ressaltando que não há outra empresa ligando Cuiabá x Sapezal nos itinerários transcritos.

Em 20/02/2009 o Secretário de Estado de Infraestrutura encaminhou o processo à Assessoria Jurídica da SINFRA, que emitiu, no mesmo dia, parecer favorável à implantação de nova linha em caráter emergencial (autorização precária).

Em 26/02/09 o processo foi encaminhado à AGER e foi apreciado pela Procuradoria Jurídica e Coordenadoria de Contratos e Concessões em 06/03/09, que informou a existência autorizada de Serviço Público de Transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiro na região.

Em 20/03/09, seguiu o processo 103387/09 e o apenso 133854/09 à Procuradoria Jurídica da AGER-MT para análise do pedido de implantação de nova linha em caráter emergencial nos itinerários: Cuiabá x Comodoro via Tangará da Serra e Cuiabá x Sapezal via Cáceres.

É emitido o parecer jurídico PAR/AGER/MT/PSU/n° 028/2009



(fls. 94 a 100/TC) , em que fica claro que a emissão de Autorização Precária contraria os princípios reguladores da matéria, em especial a Lei Complementar n° 149/2003 e a Lei Complementar 240/2005 e o Decreto 65/2007, o Termo de Ajustamento de Conduta de 25/09/07 assinado pelo Governo do Estado, a AGER/MT e o Ministério Público Estadual (fls. 114 a 124/TC), bem como a Notificação Recomendatória do Ministério Público de 26/11/08 (fls. 101 a 108/TC) e, também, Decisão Judicial amparada por liminar expedida pelo Juízo da 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca da Capital, que perdeu a sua eficácia por força da Decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso nos Autos Recurso de Agravo de Instrumento n° 65013/08 (fls. 110 a 113/TC).

À fl. 138/TC consta despacho do Secretário de Estado de Infraestrutura, Vilceu Marcheti, deferindo o pedido de Autorização Precária à empresa CLAUTUR VIAGENS E TURISMO LTDA ME para exploração, na modalidade alternativo, da linha Cuiabá – Sapezal, via Tangará da Serra-Comodoro. À fl. 139/TC consta cópia do DOE de 25/03/09, em que foi publicado o despacho citado anteriormente.

À fl. 140/TC consta despacho do Secretário de Estado de Infraestrutura, Vilceu Marcheti, deferindo o pedido de Autorização Precária à empresa CLAUTUR VIAGENS E TURISMO LTDA ME para exploração, na modalidade convencional, da linha Cuiabá – Sapezal, via Tangará da Serra-Comodoro, retificando o despacho anterior. À fl. 141/TC consta cópia do DOE de 26/03/09, em que foi republicado o despacho do Secretário da SINFRA, por estar incorreto.

Em 27/03/09, por meio do OF/GS/755/2009 de 27/03/09 (fl. 142/TC), o processo n° 103387/2009-SINFRA foi encaminhado pelo Secretário da SINFRA à Presidente da AGER/MT para as providências complementares, nos termos do § 1° do art. 49 do Decreto n° 65 de 22/02/07.



Em 13/04/09 foi encaminhada pela Diretoria de Transportes e Rodovias da AGERMT sugestão para deferimento de quadro de horário e frequência (fls. 144/145-TC), bem como seccionamentos, conforme solicitação da empresa Clautur Viagens e Turismo Ltda e anuência do Poder concedente, das linhas Cuiabá x Comodoro, via Tangará da Serra e Cuiabá x Sapezal, via Cáceres e em 17/04/09 houve homologação desses horários pela Diretoria Executiva da AGER/MT, conforme Ata da 238ª reunião de Diretoria Executiva da AGER/MT realizada no dia 17/04/09 (fl. 146/TC).

Em 30/04/09 foi requerido pela empresa Clautur Viagens e Turismo Ltda (fl.163/TC) modificação do quadro de horários da linha Cuiabá – Sapezal, pedido deferido pelo Parecer Técnico nº 099/09 de 04/05/09 (fl. 166/TC) e homologado pela Diretoria Executiva da AGER/MT, conforme Ata da 240ª reunião de Diretoria Executiva da AGER/MT realizada no dia 05/05/09 (fl. 170/TC).

DA REGULAÇÃO DOS TRANSPORTES NO ESTADO

Conforme dispõe a Constituição Federal de 1988, o Transporte Coletivo Rodoviário de Passageiros no âmbito Interestadual é de competência da União, no **Intermunicipal é de competência dos Estados**, e o Transporte Municipal cabe aos Municípios.

No Transporte Interestadual, a regulação é realizada por meio da ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres, que delegou à AGER a fiscalização do interestadual no Estado de Mato Grosso, mediante convênio².

Define-se o serviço de Transporte Coletivo Rodoviário

² Vide www.ager.mt.gov.br



Intermunicipal de Passageiros -TCRIP como aquele efetuado entre municípios pertencentes ao Estado de Mato Grosso, trafegando por rodovias federais, estaduais ou municipais.

No Estado de Mato Grosso, **a administração e controle do serviço público do transporte coletivo intermunicipal de passageiros**, inicialmente foi exercida pelo Departamento de Estradas e Rodagem – DERMAT, depois pelo Departamento de Viação e Obras Públicas – DVOP e, por último, pela Secretaria de Estado de Transportes – SEET, **atual Secretaria de Estado de Infra-Estrutura – SINFRA, que concretiza a função de Poder Concedente do serviço público de transportes de passageiros, cuja titularidade pertence ao Estado de Mato Grosso.**³

A competência para regular, controlar e fiscalizar os serviços públicos delegados na área de transporte intermunicipal de passageiros concedidos pela SINFRA, é atribuída, por lei, à AGER - Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso.

O sistema de transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros no Estado de Mato Grosso tem delineada as seguintes atribuições: **AGER:** competência para o planejamento, regulação, organização, controle coordenação e fiscalização. **SINFRA:** Poder Concedente, delegado pelo governo do Estado, competente para outorgar, homologar, cassar, revogar e prorrogar contratos de concessão, permissão ou autorizações.

3 Idem



O TRANSPORTE INTERMUNICIPAL COMO SERVIÇO PÚBLICO

O artigo 175, “caput”, da Constituição Federal dispõe:

“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de CONCESSÃO OU PERMISSÃO, SEMPRE ATRAVÉS DE LICITAÇÃO, a prestação de serviços públicos.”

O parágrafo único do mesmo dispositivo estabelece:

A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão.

É importante ressaltar que o serviço público mereceu especial atenção por parte do legislador constituinte e ordinário, uma vez que se encontra voltado para a comunidade, prevalecendo sempre o interesse público de sua destinação ante o interesse privado de quem o explora.

Nesse sentido, após seis anos da promulgação da Carta Magna, o legislador ordinário aprovou a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, em cujos artigos 2º e 14, consagrou a determinação constitucional da obrigatoriedade da licitação:



Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - omissis;

II - **concessão** de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, **mediante licitação**, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III – omissis;

IV - **permissão** de serviço público: a delegação, a título precário, **mediante licitação**, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não de execução de obra pública, será objeto de **prévia licitação**, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

Reforçando tal obrigatoriedade, no artigo 43 do mesmo diploma legal, o legislador prescreveu:

Art. 43. FICAM EXTINTAS todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988.



Portanto, nos termos da legislação constitucional e infra-constitucional vigente, admite-se a prestação do serviço público de transporte coletivo mediante delegação a terceiros, seja sob a forma de concessão ou permissão, porém, sempre observada a licitação.

Cabe aqui mencionar que, pela relevância do serviço público de transporte coletivo, entendemos QUE A CONCESSÃO, APÓS REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO, MODALIDADE CONCORRÊNCIA PÚBLICA, revela-se como a melhor opção legal a ser observada pelo administrador público em razão da essencialidade do serviço, cuja exploração a título precário mostra-se temerária e incompatível com seu caráter essencial.

DA OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO

É imperioso lembrar que a Constituição Federal, art. 37, inciso XXI, prevê para a Administração Pública a obrigatoriedade de licitar.

O procedimento de licitação objetiva permitir que a Administração contrate aqueles que reúnam as condições necessárias para o atendimento do interesse público, levando em consideração aspectos relacionados à capacidade técnica e econômico-financeira do licitante, à qualidade do produto e ao valor do objeto.

Segundo a eminente doutrina do autor Celso Antônio Bandeira de Mello⁴, são os seguintes os objetivos da licitação:

⁴ Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 12a Edição, 2a Tiragem, página 456.



Pode-se conceituar licitação da seguinte maneira: é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, **outorgar concessões, permissões de obra, serviço** ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, **a fim de selecionar a que se revele mais conveniente** em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Vale ressaltar que a licitação visa a alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com particulares.

Nas palavras de José Afonso da Silva⁵, são objetivos da licitação: a) evitar o arbítrio e o favoritismo na designação do contratante; e b) possibilitar contratos mais vantajosos para a Administração.

Ao utilizar este procedimento, verifica-se o atendimento a três exigências públicas impostergáveis:

a) proteção aos interesses públicos e recursos governamentais-
ao se procurar a oferta mais satisfatória;

⁵ Licitações, in Revista de Direito Público nº 7, p. 53



b) respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, caput)- pela abertura da disputa do certame; e, finalmente

c) obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput e 82, V, da Carta Magna brasileira.

Além disso, a obrigatoriedade da licitação decorre da relevância dos serviços públicos, cuja classificação clássica assim definiu Hely Lopes Meirelles⁶ em:

“Classificação – Levando-se em conta a essencialidade, a adequação, a finalidade e os destinatários dos serviços, podemos classificá-los em: públicos e de utilidade pública; próprios e impróprios do Estado; administrativos e industriais; *uti universi* e *uti singuli*.”

Serviços de utilidade pública são os que a Administração, reconhecendo a sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente, ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa modalidade, os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone.”

⁶ Direito Administrativo Brasileiro, 16ª edição, página 291.



Mais adiante assevera o mestre Hely⁷ que “Serviços *uti singuli* ou individuais são os que têm usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário, como ocorre com o telefone, água e a energia elétrica domiciliares.”

Portanto, conforme classificação supra conclui-se que o **serviço de transporte coletivo é considerado serviço de utilidade pública, porém, sob a nova ótica constitucional é essencial, conhecido como serviços pró-cidadão, “uti singuli” quanto à utilização, cuja regulamentação e controle cabe ao Poder Público.**

Tratando-se de serviço público, imperioso se torna a completa observância das normas que disciplinam a matéria, mormente a Lei n.º 8.987/95 (atualizada pela Lei n.º 9.791/99) a qual, em consonância com a norma constitucional, expressamente exigiu a realização de licitação para a exploração de serviço público de transporte coletivo.

Ressalte-se a impossibilidade de acolhida do argumento da dispensa da licitação, com fundamento no artigo 24, inciso VIII, da Lei n.º 8.666/93, diante dos seguintes motivos:

1) face ao consagrado princípio de que a “*lex specialis derogat generali*”, pois, com o advento da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, ao regular inteiramente a matéria referente à prestação de serviços públicos, exigindo licitação, houve revogação tácita do artigo 24, inciso VIII, da Lei n.º 8.666 que permitia a dispensa no que diz respeito a serviços públicos;

⁷ Idem, p. 293.



2) face ao princípio de que “*lex posterior derogat priori*”, no que diz respeito à prestação de serviços públicos há que incidir a legislação específica criada pelo legislador posteriormente, ou seja, a lei 8.987 de 1995 que é posterior à lei de licitação, criada em 1993.

Conforme Hely Lopes Meirelles⁸ “*a concessão do serviço público está prevista na Constituição da República (Art. 175), cabendo a entidade concedente expedir a lei sobre a matéria, observados os requisitos constitucionais, sempre através de licitação, como já exigia o Estatuto (art. 21, § 1º). Essa é a regra para a prestação dos serviços públicos em geral...*”

Portanto, se a licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, **forçoso é reconhecer que a não realização da licitação implica em evidente prejuízo à Administração Pública**, na medida em que se vê impedida de selecionar a proposta mais vantajosa para si e para a comunidade, além de constituir ofensa direta ao artigo 175 da Constituição Federal e à legislação específica.

Ora, a Autorização Precária concedida pelo Secretário de Estado de Infraestrutura à empresa CLAUTUR VIAGENS E TURISMO LTDA ME para exploração, na modalidade convencional, da linha Cuiabá – Sapezal, via Tangará da Serra-Comodoro não observou a forma prescrita em lei, pois fora realizada concessão/permissão de serviço público sem prévia LICITAÇÃO exigida pela Constituição Federal vigente, revelando-se portanto totalmente NULA.

Vale lembrar que em caso similar o Superior Tribunal de Justiça julgou que a implantação de nova linha de transporte, bem como qualquer alteração na

⁸ op. cit., página 236



linha ou prestação de serviço por empresa de ônibus deverá ser sempre precedida de licitação:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - ADMISSIBILIDADE. OUTORGA DE AUTORIZAÇÃO PARA A EXPLORAÇÃO DE LINHA RODOVIÁRIA. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA.

1 Inexiste ofensa ao art. 535 do Código de processo Civil quando o Tribunal aprecia as questões fundamentais ao deslinde da controvérsia posta, não sendo exigido que o julgador exaure os argumentos expendidos pelas partes, posto incompatíveis com a solução alvitrada.

2. O transporte coletivo de passageiros nas rodovias federais é um serviço público, competindo à União explorá-lo diretamente ou outorgar sua execução, mediante autorização, concessão ou permissão, a teor do que dispõe o art. 21, XII, "e", e art. 175 da Constituição Federal, conforme conveniência e necessidade. A implantação de nova linha de transporte, bem como qualquer alteração referente à linha ou à prestação do serviço por empresa de ônibus deverá **sempre ser precedida de licitação**.

3. É inaplicável o art. 42, § 2º, da Lei 8987/95 aos casos em que o transporte, originariamente efetivado não tem lastro legislativo, posto ser concedido a título precário, com prazo vencido ou indeterminado, senão outorgado sem forma ou figura de direito público.

4. Recurso Especial provido⁹.

⁹ REsp nº 617.147-PR - DJ 25.04.2005



Mais recentemente manifestou-se novamente neste sentido:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCESSÃO. SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS.

1. A outorga da prestação de serviços de transporte coletivo intermunicipal de passageiros deve ser feita de acordo com os ditames legais.
2. Há afronta à Constituição Federal quando a administração pública firma contrato de concessão de serviço público sem licitação.
3. Não há direito líquido e certo a proteger a pretensão de empresas exploradoras de serviço público (transporte de passageiros) de terem seus contratos de concessão prorrogados, por terem sido firmados antes da edição da Lei n. 8987/95.
4. O art. 175 da Constituição Federal determina, expressamente, que **os contratos de concessão de serviço público só podem ser firmados se antecedidos de regular procedimento licitatório.**
5. Recurso ordinário não-provido¹⁰

10 RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA RMS 24682 GO 2007/0174142-2 (STJ). Data 18 de Dezembro de 2007



Nesse mesmo sentido se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 264.621-1 Ceará:

EMENTA: SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. AÇÃO DECLARATÓRIA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO DE EMPRESA TRANSPORTADORA DE OPERAR PROLONGAMENTO DE TRECHO CONCEDIDO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. Afastada a alegação do recorrido de ausência de prequestionamento dos preceitos constitucionais invocados no recurso. **Os princípios constitucionais que regem a administração pública exigem que a concessão de serviços públicos seja precedida de licitação pública.** Contraria os arts. 37 e 175 da Constituição federal decisão judicial que, fundada em conceito genérico de interesse público, sequer fundamentada em fatos e a pretexto de suprir omissão do órgão administrativo competente, reconhece ao particular o direito de exploração de serviço público sem a observância do procedimento de licitação. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e a que se dá provimento.

De início vale repetir que, em conformidade como o que estabelece a Lei 8.987/95 (lei nacional que é), as permissões de serviços públicos somente podem ser pactuadas com particulares mediante contrato administrativo, ajuste esse resultante da respectiva licitação.



DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS

Em sua defesa, o gestor alegou que não há que se falar em anulação da autorização precária em questão, tendo em vista estar a matéria sendo discutida, quanto a sua legalidade ou não, pelo judiciário, solicitando que se aguarde a decisão judicial de mérito, para que se possa tomar um posicionamento a respeito.

É importante ressaltar que os Tribunais de Contas constam da seção que trata da fiscalização contábil, financeira e orçamentária do capítulo sobre o Poder Legislativo tanto da Constituição Federal de 1988, como na Constituição do Estado de Mato Grosso. A Constituição Federal, em particular, ampliou as funções desempenhadas pelas Cortes de Contas, acrescentando os critérios de legitimidade, economicidade e razoabilidade aos de legalidade e regularidade.

Quanto ao papel desempenhado pelos Tribunais de Contas, vale lembrar o texto reiteradamente consagrado pelas Constituições brasileiras: o controle externo da Administração Pública é função afeta ao Poder Legislativo, que a exerce com o auxílio do Tribunal de Contas.

Cumprido, desde logo, afastar a associação da expressão auxílio com a ideia de subordinação.

No sentido do texto, pronunciou-se o STF na ADIN (ML) N. 1.140-5, Rel. Min. Sydney Sanches:

"Não são, entretanto, as Cortes de Contas órgãos subordinados ou dependentes do Poder Legislativo, tendo em vista que dispõem de autonomia administrativa e financeira, nos



termos do art. 73, caput, da Constituição Federal, que lhes confere as atribuições previstas em seu art. 96, relativas ao Poder Judiciário."

No entanto, definir a natureza jurídica dos Tribunais de Contas representou um desafio, já que a teoria clássica da tripartição dos poderes não reserva espaço aos órgãos e instituições autônomas, o que levou juristas do calibre de Pontes de Miranda, Seabra Fagundes, Castro Nunes a lhe darem o rótulo de "sui generis"¹¹.

De acordo com Fernando G. Jayme¹², esta definição não pode prevalecer por não esclarecer a verdadeira essência jurídica do Tribunal de Contas.

A definição mais apropriada, segundo o autor, e a qual nos filiamos, é a de Frederico Pardini¹³, que o define como "órgão especial de destaque constitucional".

O Tribunal de Contas não está subordinado a nenhum dos Poderes do Estado, gozando de autonomia administrativa e funcional, com competências exclusivas, constitucionalmente estabelecidas. O vínculo existente entre o Tribunal de Contas e o Poder Legislativo é apenas operacional, de apoio à fiscalização política.

O Tribunal de Contas, no exercício de seu *mister* Constitucional, deve observar os princípios que presidem a Administração Pública (moralidade, legalidade, publicidade, impessoalidade e eficiência) como decorrência de

11 CITADINI, Antônio Roque. *O Controle Externo da Administração Pública*. Max Limonad, São Paulo, 1995, p. 31.

12 JAYME Fernando G. Tribunal de Contas: jurisdição especial e a prova no procedimento de julgamento de contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1999/03/-sumario?next=7. Acesso em 10/06/2010.

13 PARDINI, Frederico. *Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional*, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da UFMG, 1997, p. 159. *Apud* JAYME Fernando G., *op. cit.*



princípios democráticos e constitucionais, promovendo o julgamento da responsabilidade administrativa e patrimonial dos ordenadores de despesa.

Do exame das competências constitucionalmente determinadas ao Tribunal de Contas, percebe-se que este possui funções administrativas de fiscalização, e jurisdicionais especiais no julgamento das contas dos responsáveis por recursos públicos.

É importante lembrar que o entendimento de que o Tribunal de Contas exerce função jurisdicional, há quase quatro décadas já era reconhecido pelos Tribunais de Contas¹⁴.

Pontes de Miranda¹⁵ afirmava que "julgar as contas está claríssimo no texto constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue e outro juiz rejulgue depois".

Um dos maiores administrativistas brasileiros, Seabra Fagundes¹⁶, reconhecia que a atribuição dos Tribunais de Contas de julgar contas públicas

"implica, sem dúvida, em investi-lo no parcial exercício da função judicante. O seu pronunciamento, embora restrito em amplitude, porque limitado ao aspecto contábil (o criminal fica à

14 Em 1959, reuniram-se em São Paulo no 1º Congresso de Tribunais de Contas do Brasil, tendo sido aprovada resolução de seguinte teor: "Resolução n. 02 – Eficácia da Execução do Controle Financeiro (...) 1º - Os Tribunais de Contas funcionam como Tribunais de Justiça, no julgamento dos processos de tomada de contas; suas decisões devem ter força operante, em todos os casos sujeitos à sua alçada, sobretudo quando dos seus efeitos resultarem ressarcimento a favor da Fazenda Pública." In Anais do 1º Congresso de Tribunais de Contas do Brasil, 1º vol., São Paulo, 21 a 26 de abril de 1959, p. 646. *Apud* JAYME Fernando G., *op. cit.*

15 Comentários à Constituição de 1946, II/95. *Apud* JAYME Fernando G., *op. cit.*

16 *Apud* Anais do 1º Congresso de Tribunais de Contas do Brasil, 2º vol., p. 782, tese do Conselheiro Carlos Casimiro Costa. *Apud* JAYME Fernando G., *op. cit.*



Justiça comum), é conclusivo. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para reexaminá-lo".

De mesmo jaez é o ensinamento do brilhante Castro Nunes¹⁷, ministro do Supremo Tribunal Federal:

"A jurisdição de contas é o juízo constitucional das contas. A função é privativa do Tribunal instituído pela Constituição para julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. O Judiciário não tem função no exame de tais contas, não tem autoridade para as rever, para apurar o alcance dos responsáveis, para os liberar. Essa função é 'própria e privativa' do Tribunal de Contas".

Importante destacar que foi a Lei Maior que deu a competência para julgar as contas a uma Corte, devidamente instrumentalizada e tecnicamente especializada.

Embora não haja posicionamento pacífico, boa parte dos estudiosos reconhece aos Tribunais de Contas o exercício da função jurisdicional, afirmando, de acordo com o art. 73 da Constituição Federal, que a Corte de Contas tem "jurisdição em todo território nacional" e lhe compete exercer as atribuições estabelecidas no Texto Constitucional e em sua Lei Orgânica, razão pela qual, "suas decisões são obrigatórias para os órgãos administrativos¹⁸" e "não se pode negar o caráter contencioso de seus julgados, em questões para as quais possuem competência a eles conferida

17 CASTRO NUNES, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1943, p. 31. *Apud* JAYME Fernando G., *op. cit.*

18 LEAL, Victor Nunes. *Valor das decisões do Tribunal de Contas in* RDA 12/418-431.



constitucionalmente¹⁹.

Tem-se, então, que a jurisdição de contas é o juízo constitucional e especial das despesas e das receitas públicas privativo dos Tribunais de Contas, instituídos pela Constituição, para fiscalizar, apreciar e julgar os atos e fatos relacionados com dinheiros, bens e valores públicos, e, em razão de tal condição, o egrégio Supremo Tribunal Federal – STF²⁰, reiteradamente, tem proclamado a função jurisdicional dessas instituições (RTJ 65/500, 63/432, 50/215, 49/376; 48/353; 47/654; 45/756, 38/245, 34/410, 14/96), declarando, na mesma linha:

A revogação ou anulação pelo Poder Executivo de ato aprovado pelo Tribunal de Contas não produz efeitos antes da apreciação pelo Tribunal (Súmula n. 6, do STF).

As decisões do Tribunal de Contas não podem ser revistas pelo Poder Judiciário, a não ser quanto ao seu aspecto formal (RE N. 55.821, in RTJ 43/151)

Salvo ilegalidade, é do Tribunal de Contas a competência exclusiva para julgamento de contas dos responsáveis por haveres públicos" (RF 226/81).

Ora, qualquer ato de gestão que possa implicar em prejuízos ao erário, não só pode como deve ser apreciado pela Corte de Contas.

19 AFFONSO, Sebastião Baptista. *Eficácia das decisões dos Tribunais de Contas* in RTCERJ 32/23-29.

20 No STF, prevalece ainda hoje a jurisprudência no sentido de que os Tribunais de Contas exercem julgamentos técnicos de contas e somente sob esses aspectos devem ser respeitadas suas deliberações pelo Poder Judiciário (RTJ 132/1034 e RTJ 141/3-791), sendo também essa a interpretação que se pode extrair das decisões recentes do STJ, que, justamente, se reportam aos julgados anteriores do STF (RSTJ 30/396).



CONCLUSÃO

No caso em apreço, vale ressaltar que esta questão já foi apreciada por esta Corte, não somente em denúncias mas também no julgamento das Contas Anuais da Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso – exercício de 2008, no qual foi **determinado a AGER** que somente autorize permissões e concessões de serviços públicos, em especial os de transporte, mediante licitação, em atendimento ao disposto no artigo 175 da Constituição Federal, da Lei Federal nº 8.987/1995 e legislação estadual competente, ou seja, mediante licitação; bem como cumpra o disposto no artigo 31, parágrafo único da Lei Complementar nº 149/2003, assim cassando o registro cadastral de empresas que atuam indevidamente²¹.

Somente em relação ao exercício de **2008** foram apresentadas diversas denúncias tendo este mesmo objeto:

1º - Processo nº 19326-7/2008

Denunciante: Empresa TUT TRANSPORTES LTDA.

Objeto: Possíveis irregularidades quem se comprovam por meio da Ata nº 211, do dia 10/03/2008, que a AGER/MT em resposta ao processo nº 154929/2006, interposto pela Viação Eldorado Ltda., deferiu o pedido de aumento de itinerário, prolongando a linha nº 54 Cuiabá/Juara (via Sinop) até o município de Juína, num prolongamento de 210 quilômetros.

Conclusão: Pela procedência da denúncia com fundamento nos Princípios Constitucionais consagrados no artigo 37 “caput” e inciso XXI c/c o artigo 175 da Constituição Federal. Pela inaplicabilidade do artigo 24 inciso II da Lei Complementar Estadual nº 240/2005, nos termos do disposto no artigo

21 PROCESSO Nº 60372/2009



51 da Lei Complementar nº 269/07 (Lei Orgânica TCE/MT) e artigo 239 da Resolução 14/2007 (RITCE-MT).

2º - Processo nº 20.082-4/2008

Denunciante: Empresa TRANSPORTES JAÓ LTDA

Objeto: Possíveis irregularidades nas expedições e manutenções de autorizações precárias, realizadas pela AGER/MT.

Conclusão: 1 - Pela procedência da denúncia com fundamento nos Princípios Constitucionais consagrados no artigo 175 da Constituição Federal c/c os artigos 1º “caput” e 2º, inciso IV da Lei Federal nº 8.987/1995. 2 - Pela inaplicabilidade dos artigos 2º, inciso XIX, 12 e 26 da Lei Complementar nº 149/2003 alterada pela Lei Complementar nº 240/2005, nos termos do disposto no artigo 51 da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica TCE/MT) e artigo 239 da Resolução 14/2007 (RITCE-MT). Pela cientificação do Governo Estadual (Poder Concedente) da necessidade de realizar licitação a fim de dar cumprimento às constituições federal e estadual e Lei Federal nº 8.987/95, que dispõem sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos e Termo de Ajustamento de Conduta.

3º - Processo nº 20274-6/2008

Denúncia formulada pela empresa TUT TRANSPORTES LTDA., foi juntado ao processo em comento por tratar-se de objeto idêntico.

4º - Processo nº 20273-8/2008

Denunciante: Empresa TUT TRANSPORTES Ltda.

Objeto: Denúncia a qual aponta a existência de irregularidades na AGER, pelo não cumprimento do dever legal previsto nos artigos 3º e 4º, inciso III,



da Lei nº 7101/99.

Conclusão: 1 - Pela procedência da denúncia, em virtude da inércia do Poder Concedente e da AGER em aplicar o artigo 31, parágrafo único da Lei Complementar nº 149/03, nos termos do disposto no artigo 4º, inciso III da Lei nº 7.101/99 c/c artigo 9º, §1º, inciso V, e §2º, incisos III, VI e XIII da Lei Complementar nº 240/05, cópias anexas às fls. 211/255 TCE. 2- O ato praticado encontra-se sujeito à sanção prevista nos artigos 70, inciso I e 75, inciso II da Lei Complementar nº 269/07 (Lei Orgânica TCE/MT) e no artigo 289, II da Resolução 14/07 (RITCE-MT).

5º - Processo nº 15966-2/2008

Denunciante: Empresa Transportes Norte Maringá LTDA

Objeto: Denúncia a qual aponta a existência de irregularidades na AGER, solicitando providências referente ao Contrato de Concessão nº 027/89 e de sua Prorrogação nº 057/99, originários do Edital de Concorrência nº 08/88.

Conclusão: A presente denúncia foi encaminhada à 3º Relatoria, devido ao fato dos atos considerados irregulares terem ocorridos no exercício de 2004, onde a responsabilidade pelo acompanhamento do órgão eram de competência daquela relatoria.

6º - Processo nº 20083-2/2008

Denunciante: Empresa Transportes JAÓ LTDA

Objeto: Denúncia referente ao não cumprimento do dever legal previsto no art. 3º e 4º, III, da lei 7.101/99, por permitir o transporte de passageiros através de Vans Clandestinas e pedido de cancelamento de algumas autorizações precárias realizadas pela AGER.

Conclusão: 1- Pela procedência da denúncia com fundamento nos Princípios Constitucionais consagrados no artigo 175 da Constituição Federal c/c os o



artigos 1º “caput” e 2º, inciso IV da Lei Federal nº 8.987/1995. 2 - Pela inaplicabilidade dos artigos 2º, inciso XIX, 12 e 26 da Lei Complementar nº 149/2003 alterada pela Lei Complementar nº 240/2005, nos termos do disposto no artigo 51 da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica TCE/MT) e artigo 239 da Resolução 14/2007 (RITCE-MT). 3 - Pela cientificação do Governo Estadual (Poder Concedente) da necessidade de realizar licitação a fim de dar cumprimento às constituições federal e estadual e Lei Federal nº 8.987/95, que dispõem sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos e Termo de Ajustamento de Conduta.

Acontece que estas determinações não surtiram efeito justamente porque a competência da **AGER** restringe-se ao planejamento, regulação, organização, controle coordenação e fiscalização. Por outro lado, à **SINFRA** fora concedido o Poder Concedente, delegado pelo governo do Estado, sendo portanto competente para outorgar, homologar, cassar, revogar e prorrogar contratos de concessão, permissão ou autorizações.

Entretanto, a despeito de todas estas decisões – as quais foram enviadas ao gestor da SINFRA, e a despeito inclusive do parecer jurídico PAR/AGER/MT/PSU/nº 028/2009 (fls. 94 a 100/TC) , em que fica claro que **a emissão de Autorização Precária contraria os princípios reguladores da matéria, em especial a Lei Complementar nº 149/2003 e a Lei Complementar 240/2005 e o Decreto 65/2007, o Termo de Ajustamento de Conduta de 25/09/07 assinado pelo Governo do Estado, a AGER/MT e o Ministério Público Estadual (fls. 114 a 124/TC), bem como a Notificação Recomendatória do Ministério Público de 26/11/08 (fls. 101 a 108/TC) e, também, Decisão Judicial amparada por liminar expedida pelo Juízo da 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca da Capital, que perdeu a sua eficácia por**



força da Decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso nos Autos Recurso de Agravo de Instrumento nº 65013/08 (fls. 110 a 113/TC); o **Secretário de Estado de Infraestrutura, Vilceu Marcheti, deferiu o pedido de Autorização Precária à empresa CLAUTUR VIAGENS E TURISMO LTDA ME** para exploração, na modalidade convencional, da linha Cuiabá – Sapezal, via Tangará da Serra-Comodoro.

Certamente tal conduta não pode ser aceita por esta Corte, e deve ser severamente punida, a teor do que dispõe o inciso III do art. 289, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.

Diante do exposto, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**, no uso de suas atribuições **OPINA**, em consonância com entendimento da SECEX, pelo **CONHECIMENTO E PROCEDÊNCIA** da denúncia para:

a) aplicar multa ao gestor, de até 600 UPFs/MT, com fulcro no inciso III do art. 289, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.

b) determinar ao gestor da SINFRA, como titular do Poder Concedente e/ou Permitente dos serviços públicos de transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros do Estado de Mato Grosso, a **anulação, no prazo máximo de 180 dias**, da autorização precária concedida à empresa Clautur Viagens e Turismo Ltda. – linha Cuiabá – Sapezal, via Tangará da Serra-Comodoro, e **realizar**, no mesmo prazo de 180 dias, o **procedimento licitatório** para operação da



referida linha, conforme dispõe o art. 28 da Lei Complementar nº 149/2003;

c) uma vez decorrido o prazo acima estabelecido, que envie a este Tribunal os documentos que comprovem o cumprimento de tal determinação, sob pena de, assim não o fazendo, seja imputada multa ao gestor de até 500 UPFs/MT, por descumprimento de decisão do Tribunal nos termos do inciso IV do art. 289, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.

É o parecer.

Cuiabá, 27 de julho de 2010.

WILLIAM DE ALMEIDA BRITO JÚNIOR
Procurador do Ministério Público de Contas