

Ementa – Remuneração de serviço público concedido (concessão) -Instituição de Tarifa – Hipóteses de Majoração – Manutenção do Equilíbrio Econômico-Financeiro - Edição de lei municipal prevendo impedimento para exercício do cargo de secretário municipal. Autonomia política/administrativa do ente municipal. Possibilidade. Situações de impedimento do secretário do município de praticar ato administrativo capaz de produzir efeito na contratação de empresa da qual integra o quadro societário, quando preexistente à sua assunção ao mencionado cargo público. Impedimento de empresa, cujo integrante de seu quadro societário ascendeu ao cargo de secretário municipal, de participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários, no âmbito da respectiva administração pública municipal.

1 Relatório

O presente expediente foi instaurado a partir de *e-mail* subscrito pela Promotora de Justiça de Três Pontas, Doutora Ana Gabriela Brito Melo Rocha, solicitando orientação deste centro de apoio operacional em relação à possibilidade de Secretário daquele município ser sócio de concessionária de transporte público coletivo, beneficiada recentemente com a majoração da tarifa cobrada pela prestação de tal serviço.

2 Fundamentação

Sob a perspectiva utilitária, é sabido que a tarifa tem caráter instrumental na implementação de políticas públicas, merecendo, portanto, especial cuidado do poder concedente, uma vez que seu valor está necessariamente adstrito ou vinculado a duas condicionantes fundamentais: a justa remuneração do concessionário e a capacidade econômica do usuário.

O valor da remuneração do concessionário afere-se de forma objetiva, mediante a aplicação de fórmulas e cálculos matemáticos e financeiros, sendo fruto, basicamente, do somatório dos custos operacionais, mais parcela de amortização de investimentos, mais parcela destinada à constituição de reserva técnica e mais margem de lucro.

Já a capacidade econômica do usuário decorre da aferição de sua condição socioeconômica.

Pode-se dizer, então, que o controle da tarifa está inserto no rol das atividades de interesse público, uma vez que a sua variação (majoração, redução ou mesmo supressão pela modificação do regime de prestação do serviço) é decisiva para determinar o grau e o alcance de fruição do serviço por parte dos usuários e a própria regularidade e continuidade da sua prestação.

O artigo 37, XXI, da Constituição Federal, ao disciplinar a obrigatoriedade do procedimento licitatório, prescreve que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta”.

Essa referência a “mantidas as condições efetivas da proposta” tornou obrigatória a criação de um sistema legal de preservação da margem de lucro do contratado, denominado equilíbrio econômico-financeiro.

A disciplina legislativa do tema consta da Lei n.º 8.666/93 (arts. 57, § 1º, e 65, II, d), da Lei n.º 8.987/95 (art. 9º, § 2º) e da Lei n.º 9.074/95 (art. 35).

No que se refere à equação econômico-financeira, esta pode ser conceituada como a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido e a remuneração pactuada, enquanto que a manutenção desse equilíbrio é um direito constitucionalmente tutelado do contrato, decorrendo do princípio da boa-fé e também da busca pelo interesse público primário, com fundamentos nas cláusulas *rebus sic stantibus* e *pacta sunt servanda*.

Em termos práticos, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro obriga o contratante a alterar a remuneração do contratado sempre que sobrevier circunstância excepcional capaz de tornar mais onerosa a execução. Assim, procura-se recompor a margem de lucro inicialmente projetada no momento da celebração contratual. Essa alteração remuneratória pode se dar mediante reajuste ou revisão.

Reajuste é a terminologia apropriada para denominar a atualização remuneratória do valor ante as perdas inflacionárias ou majoração dos insumos. Normalmente, as regras de reajuste têm previsão contratual e são formalizadas por meio de instituto denominado apostila.

Já a revisão ou recomposição são alterações no valor efetivo da tarifa, quase sempre sem previsão contratual, diante de circunstâncias insuscetíveis de recomposição por reajuste.

Portanto, no reajuste é promovida uma simples atualização monetária da remuneração, ao passo que na revisão ocorre um aumento real no valor pago ao contratado por motivos sazonais.

Tecendo comentários sobre a imprevisibilidade necessária à revisão contratual, Maria Sylvia Di Pietro nos ensina:

[...] ficam claras as exigências de que se tratem de fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis; que esses fatos retardem ou impeçam a execução

do contrato e configurem álea econômica extraordinária ou extracontratual.

Aliada esta norma aos princípios já assentes em doutrina, pode-se afirmar que são requisitos para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pela aplicação da teoria da imprevisão, que o fato seja:

1. imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências;
2. estranho à vontade das partes;
3. inevitável;
4. causa de desequilíbrio muito grande no contrato.” (Direito administrativo. Atlas, p. 235)

Diógenes Gasparini, ao discorrer sobre a teoria da imprevisão, enfatiza o entendimento exposto:

Por essa teoria, fatos imprevisíveis, anormais, fora da cogitação dos contratantes e que tornam o cumprimento do contrato ruinoso para uma das partes criam um situação que não pode ser suportada unicamente pelo contratante prejudicado e impõem uma imediata revisão do ajuste. (Direito administrativo. Ed. Saraiva, p.262)

Conclui-se, desta forma, que a imprevisibilidade do ato (ou da sua consequência) que gerou o desequilíbrio do contrato é requisito essencial para que seja possível a revisão dos valores originalmente pactuados.

Em contato com a Central de Apoio Técnico – CEAT, visando buscar sugestões de meios de prova para verificação da real natureza da majoração da tarifa e sua regularidade, a coordenadoria do setor contábil da CEAT, sempre solícita, operosa e comprometida com as demandas oriundas deste CAO, informou ser de bom alvitre requisitar ao município a planilha apresentada pela empresa de transporte coletivo para justificar a excepcionalidade da medida (nessa planilha deverão constar todos os itens discriminados com os valores da época da contratação e seus valores atuais), bem como cópia de toda a documentação que serviu de suporte para a empresa questionar a necessidade da alteração contratual (ex.: nota fiscal dos materiais, convenção coletiva de trabalho referente ao aumento do piso salarial dos motoristas/cobreadores, etc.).

De posse de tais elementos, será então possível uma conferência contábil, identificando de fato a real extensão e natureza da majoração imposta ao valor da tarifa.

Não é demais lembrar que a defesa da alteração tarifária, com base apenas nos interesses do concessionário do serviço de transporte coletivo urbano, figura-se incompatível com o objetivo primordial e insubstituível de qualquer contrato administrativo, que é o interesse público.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento do TJMG no acórdão proferido nos autos do processo nº 1.0024.04.425490-2/002(1):

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO ORDINÁRIA - TRANSPORTE COLETIVO - CÂMARA DE COMPENSAÇÃO TARIFÁRIA - PRETENSÃO DE OBTER INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE PREJUÍZOS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE - DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO - IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS - MANUTENÇÃO -

IMPROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O reajuste de tarifas não pode atender apenas à vontade das prestadoras de serviços públicos de transporte, pois é uma atitude que envolve diversos interesses, principalmente, o de não inviabilizar a sua utilização pela população. Na permissão as condições de funcionamento podem e devem ser alteradas pelo Estado sempre que o interesse público exigir, já que os serviços públicos visam à consecução de pretensões da coletividade, não a satisfação de interesses pecuniários dos indivíduos ou de permissionárias.

Outrossim, devidamente comprovada a ilegalidade do ato normativo/administrativo que majorou a tarifa de transporte coletivo no município, absolutamente possível o ajuizamento de ação civil pública pelo *Parquet* visando a sua invalidação.

Por outro lado, no que se refere à noticiada situação fática de que secretário municipal seria sócio da empresa concessionária de transporte coletivo, inicialmente há que se perquirir o momento em que se efetivou a contratação da empresa de transporte coletivo: se antes ou depois da posse daquele agente político municipal.

Tendo a assunção ao cargo ocorrido após a consumação de tal contratação, evidente que o Secretário Municipal não deveria ter tomado posse, diante do disposto no artigo 82 da Lei Orgânica do município de Três Pontas (de 14 de outubro de 1990), cuja Emenda n.º 12/97 introduziu o parágrafo primeiro no referido artigo, estendendo aos Secretários Municipais e ao Procurador as hipóteses de impedimentos previstas para o Prefeito, senão vejamos:

Art. 82 – O Prefeito não poderá, sob pena de perda do cargo:

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com o Município, com suas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista ou com suas empresas concessionárias de serviços públicos, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que seja remissível “ad nutum”, nas entidades da alínea anterior, salvo mediante aprovação em concurso público, caso em que, após investidura, ficará automaticamente licenciado, sem vencimentos.

II - desde a posse:

a) ser proprietário, controlador ou diretor de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público municipal ou nela exercer função remunerada;

b) ocupar cargo ou função de que seja demissível “ad nutum”, nas entidades a que se refere o inciso I, alínea a;

c) patrocinar causas em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, alínea a;

d) ser titular de mais de um cargo ou mandato público eletivo.

§1º - Os impedimentos acima, se estendem aos Secretários e ao Procurador, no que forem aplicados. (Redação dada pela Emenda 012/97) – grifos nossos.

Como se percebe, há dispositivo claro na Lei Orgânica do Município de Três Pontas no sentido de não admitir que proprietários, controladores ou diretores de empresas que mantenham vínculo contratual com o poder público municipal, venham ascender ao importante e honroso cargo de secretário municipal.

Neste norte, encontrando-se tal dispositivo legal abarcado pelo feixe de competência política/administrativa do ente municipal, conclui-se facilmente ser absolutamente inadmissível a posse no cargo de Secretário Municipal de Três Pontas de proprietários, controladores ou diretores de empresas que mantenham vínculo contratual com o poder público municipal.

De outra banda, se o respectivo procedimento licitatório tiver sido deflagrado após o proprietário, controlador ou diretor já haver tomado posse como secretário municipal, dever-se-á, então, atentar-se para o disposto no artigo 9º, inciso III e § 3º da Lei de Licitações. *In verbis*:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

(...)

III – servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

(...)

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimento e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

O fundamento da vedação traduzida no dispositivo legal retro é a presunção de que o servidor do órgão contratante poderá obter informações que facilitem sua participação no certame, ocasionando o desequilíbrio entre os interessados na contratação de prestação de serviços, de fornecimento de bens ou de execução de obra. Restariam infringidos, assim, os princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da moralidade pública, dentre outros.

Nesse sentido está a doutrina de Marçal Justen Filho, em seus Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

Também não podem participar da licitação o servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Também se proíbe a participação de empresas cujos sócios, administradores, empregados, controladores, etc, sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes. Essa vedação reporta-se ao princípio da moralidade, sendo necessário pressuposto da lisura da licitação e contratação administrativas. A caracterização de participação indireta contida no § 3º aplica-se igualmente aos servidores e dirigentes do órgão.⁹¹

Inclusive, há precedente esclarecedor, oriundo do TCU, sobre o tema: “servidor efetivo ou investido em função na condição de agente público está impedido de participar, direta ou indiretamente, da licitação ou do fornecimento de bens necessários à Prefeitura.” (Processo n.º TC-005.742/2005-2. Acórdão n.º 3006/2006 – 2ª Câmara).

Veja-se que nem mesmo a condição de servidor licenciado afasta o impedimento previsto no dispositivo em comento, conforme decisão do STJ que assim já entendeu: “[...] não pode participar de procedimento licitatório, a empresa que

91 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 5ª edição, p. 111.

possuir em seu quadro de pessoal, servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação (Lei nº 8.666/93, artigo 9º, inciso III). O fato de estar o servidor licenciado, à época do certame, não ilide a aplicação do referido preceito legal, eis que não deixa de ser funcionário o servidor em gozo de licença.” (STJ, 1ª Turma, Resp n.º 254115/SP. Registro n.º 200000323780. DJ 14 ago. 2000. p. 154 e RESP n.º 467871/SP. Registro n.º 200201273861. DJ 13 out. 2003. p. 233).

Finalmente, apesar de não ter sido objeto específico da consulta, cumpre, ainda, a este centro de apoio operacional manifestar-se a respeito de uma situação pertinente ao tema em apreço e que, por certo, mais cedo ou mais tarde, poderá vir a ser demandada por órgãos de execução ministerial, qual seja, quando a legislação municipal não prevê vedação de ascensão ao cargo de secretário municipal por proprietários, controladores ou diretores de empresas que já mantenham vínculo contratual com o poder público municipal.

Mais diretamente: já existindo o vínculo contratual entre a empresa e o ente público municipal e não havendo previsão na legislação municipal de vedação à nomeação, como se resolveria a situação na hipótese de um dos integrantes do quadro societário desta empresa ascender ao cargo de secretário municipal?

Ora, como já discorrido na Nota Jurídica n.º 14/2017 (expe-dida por este centro de apoio operacional em 27 de março de 2017), é inconteste que à administração pública compete, antes de agir concretamente na aplicação da lei, expedir uma declaração de vontade anunciando a decisão adotada.

Essa declaração de vontade do Estado, anunciando a decisão adotada, denomina-se **ato administrativo**.

Enquanto no Estado de Polícia temos apenas a vontade da administração pública e a ação concreta adotada, no Estado de Direito há a vontade da administração pública, o ato administrativo (anúncio da decisão adotada) e a ação concreta.

Ou melhor, antes de adotar qualquer atuação material, a administração pública tem que expedir previamente o ato administrativo, de forma a possibilitar o salutar controle sobre seus atos, exigido em um estado democrático de direito.

Veja-se que o ato administrativo é expedido no exercício da função administrativa:

- a) provém do Estado ou de quem esteja investido em prerrogativas estatais.
- b) está sob a regência do direito público;
- c) deve visar sempre à produção de efeitos jurídicos de interesse público, que são os fins almejados pelo Estado.
- d) está sujeito ao controle jurisdicional.

e) tem caráter infralegal (papel secundário, complementar aos comandos da lei, mas ao mesmo tempo está sujeito a lei).

f) tem como finalidade produzir efeitos jurídicos.

Em suma, é uma espécie de ato jurídico, ou seja, é um ato jurídico típico do Direito Administrativo, por meio do qual o agente (sujeito) está investido de prerrogativas públicas e o objeto mostra-se preordenado a determinado fim de interesse público.

Por sua vez, a Lei de Processo Administrativo – Lei n.º 9.784/1999 assim dispõe acerca das hipóteses expressas de impedimento:

Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I – tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II – tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III – esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

E tratando deste dispositivo legal, com muita propriedade nos ensina Carvalho Filho⁹²:

Registre-se que as situações que constituem os impedimentos não acarretariam, em tese, a incapacidade do administrador, como sucede também com o juiz, que, em certas ocasiões, poderia ter imparcialidade para julgar. Não obstante, a lei prefere não correr o risco e enumera expressamente os casos que, pela só ocorrência, rendem ensejo ao impedimento do agente. Tais casos estão arrolados no art. 18 da lei.

Desta feita, alicerçado nos princípios que norteiam a administração pública, especialmente os da legalidade, da impessoalidade, da eficiência e da moralidade, permite-se afirmar que todo secretário municipal está impedido de, no exercício das funções públicas de seu cargo, praticar atos administrativos que produzam efeitos na contratação administrativa de empresas das quais seja integrante de seu quadro societário, preexistente à sua assunção àquele honroso cargo, bem como em processos judiciais e/ou administrativos em que o município e mencionada empresa figurem como partes.,

3 Conclusão

Diante de todo o exposto e respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, conclui este centro de apoio operacional que:

3.1) detêm o município autonomia política/administrativa para editar lei prevendo impedimento no sentido de não admitir que proprietários, controladores ou diretores de empresas que mantenham vínculo contratual com o poder público municipal venham a ascender ao honroso cargo de secretário municipal;

92 CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Processo Administrativo Federal*. Comentários à Lei nº 9.784, de 29/01/1999, Lúmen Juris, 4ª ed., 2009, p. 146.

3.2) na hipótese de não haver na legislação municipal previsão do impedimento de que trata o item anterior, em respeito aos princípios que norteiam a administração pública, especialmente os da legalidade, da impessoalidade, da eficiência e da moralidade, está o Secretário Municipal impedido de, no exercício das funções públicas de seu cargo, praticar atos administrativos que produzam efeitos na contratação administrativa de empresas das quais seja integrante de seu quadro societário, preexistente à sua assunção àquele honroso cargo, bem como em processos judiciais e/ou administrativos em que o município e a mencionada empresa sejam partes.

3.3) nos termos do art. 9º, inc. III e parágrafo 3º, da Lei n.º 8.666/93, está impedida de participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários, no âmbito da administração pública municipal, a empresa que tenha como um dos integrantes do seu quadro societário, pessoa ocupante do cargo de Secretário Municipal.

Remeta-se cópia da presente peça ao órgão de execução solicitante, com posterior arquivamento do respectivo PAAF.

Belo Horizonte, 8 de maio de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO - Patrimônio Público