



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER Nº 036/2013/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO Nº 50300.000717/2013-78

INTERESSADO: Assessoria Jurídica junto à Secretaria de Portos e Procuradoria Federal Especializada junto à Agência Nacional de Transportes Aquaviários.

ASSUNTO: Procedimento para autorização de estudos para concessão de Portos Organizados e arrendamento de instalações portuárias.

- I. Controvérsia entre Asjur/Sep e PFE/Antaq acerca da necessidade de chamamento prévio à concessão de autorização prevista no artigo 21 da Lei n. 8.987, de 1995.
- II. Ausência de lacuna jurídica. Aplicação da Lei n. 9.784, de 1999. Não obrigatoriedade de obediência ao Decreto n. 5.977, de 2006.
- III. Possibilidade de realização simultânea do chamamento público e da autorização.

Senhor Consultor-Geral,

I. RELATÓRIO

1. A Assessoria Jurídica junto à Secretaria de Portos – Asjur/Sep encaminhou os presentes autos para esta Consultoria-Geral da União noticiando a existência de divergência de entendimentos jurídicos entre aquela unidade consultiva e a Procuradoria Federal Especializada junto à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – PFE/Antaq.
2. A dissonância se refere ao procedimento para deferir autorização para realização estudos, investigações, levantamento e projetos, com a finalidade de subsidiar a Administração Pública quanto à viabilidade de licitar portos organizados e arrendamento de instalações portuárias, com fundamento no artigo 21 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.
3. A PFE/Antaq entende por obrigatório o uso analógico do Decreto n. 5.977, de 1º de dezembro de 2006, que regulamenta o dispositivo legal acima citado no que tange à licitação de Parcerias Público-Privadas, previstas na Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Nesse ponto, opina pela necessidade de realização de chamamento público prévio ao ato autorizativo em virtude do disposto no artigo 3º, III, c/c 2º, todos do referido Decreto.

4. Já a Asjur/Sep entende que o chamamento e a autorização podem ser realizados no mesmo ato, tendo em vista o seu caráter não-exclusivo. Relata, ainda, que outros órgãos da Administração Direta e Indireta vêm fazendo uso desse tipo de procedimento.

5. É o relatório.

II. ANÁLISE JURÍDICA

6. O artigo 21 da Lei n. 8.987, de 1995, permite à Administração Pública conceder autorização para realização de estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos vinculados à futura licitação de concessão de serviços públicos¹.

7. No entanto, em virtude do caráter geral que o referido diploma legal possui - que serve de fundamento para concessão de serviços públicos de toda a Administração Pública em suas diversas áreas de atuação - não trouxe previsão de procedimento administrativo específico que redundasse na expedição do ato autorizativo.

8. Nesse ponto, foi editado o Decreto n. 5.977, de 2006, que disciplinou procedimento específico somente para as hipóteses de concessão no modelo de Parceria Público-Privada². Percebe-se, assim, que não há, realmente, regulamentação infralegal no que se refere às demais modalidades de concessão de serviços públicos, especialmente a outorga de portos organizados e arrendamento de instalações portuárias.

9. A PFE/Antaq, por esse motivo, entendeu por utilizar analogicamente o Decreto n. 5.977, de 2006, por vislumbrar um regramento suficiente para se atender aos princípios constitucionais previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal (fl. 25). Afirmou, nesse ponto, que seria obrigatório à Administração a observância daquela norma regulamentar.

10. O órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal, no entanto, esqueceu-se da existência da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que disciplina o processo administrativo em toda Administração Pública Federal Direta e Indireta³, como é o caso da Agência Nacional de Transportes Aquaviários.

11. Referida lei, é bom que se ressalte, replica os princípios constitucionais regedores da atividade administrativa dos Poderes de todas as esferas federativas desta república⁴. Além disso, em seu artigo 29 e seguintes, o diploma legal estabelece o **procedimento de instrução para a tomada de decisão por autoridades administrativas.**

¹ Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

² Art. 1º Este Decreto regulamenta o art. 3º, caput e § 1º, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, destinado à apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, elaborados por pessoa física ou jurídica da iniciativa privada, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas já definidas como prioritárias no âmbito da administração pública federal.

³ Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

⁴ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.



12. É sabido que a utilização do método de integração do ordenamento jurídico denominado analogia só tem cabimento quando o operador do direito estiver diante de uma lacuna, o que não é o caso, já que há previsão legal acerca do procedimento administrativo. Por esse motivo, entendê-se que não há espaço para defesa de aplicação analógica **obrigatória** do Decreto n. 5.977, de 2006, conforme advogado pela PFE/Antaq.

13. A despeito disso, a preocupação exposta pela aquela unidade jurídica de observância aos princípios constitucionais é pertinente. Tanto o é que a própria Portaria SEP n. 38, de 14 de março de 2013, fez uso de diversos critérios constantes do Decreto n. 5.977, de 2006. Assim, percebe-se que a utilização dos preceitos previstos no referido decreto é de bom alvitre, apesar de não obrigatório.

14. Importante ressaltar, nesse momento, que o Acórdão n. 112/2012 proferido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União e noticiado pela PFE/Antaq, corrobora com o aqui exposto na medida em que recomendou – e, portanto, não determinou – a utilização dos parâmetros previstos no Decreto n. 5.977, de 2006. É bom lembrar que tal *decisum* foi pela improcedência da representação movida pelo Ministério Público Federal em face de autorização concedida nos mesmos moldes da que aqui se trata.

15. O fundamental é que a Administração Pública respeite as diretrizes principiológicas constantes da Carta da República no procedimento de decisão quanto ao ato autorizativo.

16. No caso em questão, o fato de a Portaria SEP n. 38, de 2013, realizar o chamamento em momento simultâneo ao deferimento da autorização concedida à Estruturadora Brasileira de Projetos S/A, **em princípio**, parece não violar, por si só, qualquer princípio constitucional.

17. Com efeito, não se verifica violação a princípio constitucional, na medida em que a autorização pode ser conferida a qualquer interessado que preencha os requisitos previstos na Portaria – ou seja não há exclusividade. Além disso, não existe nenhuma vinculação do ato autorizativo à aceitação dos estudos e posterior pagamento ou à posterior contratação da autorizada ou, até mesmo, à realização de certame licitatório.

18. Outro ponto que é importante destacar é que a Portaria SEP n. 38, de 2013, estabelece em seu artigo 1º, § 3º, limite para pagamento dos estudos aproveitados pelo vencedor de eventual certame licitatório. Com efeito, citado dispositivo estipula como limite o percentual de 0,37103% do valor total estimado de investimentos necessários à implementação de cada uma das concessões ou arrendamentos de instalações portuárias relacionadas no Anexo I da Portaria, e, ainda, submetido ao teto no valor de R\$ 63.800,000,00 (sessenta e três milhões e oitocentos mil reais)⁵.

19. Observa-se, assim, que o próprio ato normativo estabelece um freio a eventuais pretensões de remunerações vultosas por parte das empresas que apresentarem estudos⁶.

⁵ Art. 1º (...)

§ 3º O valor máximo para eventual ressarcimento pelo conjunto dos projetos e estudos de viabilidade técnica econômica, ambiental e operacional, levantamentos e investigações realizados não poderá ultrapassar 0,37103% do valor total estimado dos investimentos necessários à implementação de cada uma das concessões ou arrendamentos de instalações portuárias relacionadas no Anexo I e será limitado, ainda [sic] no total de R\$ 63.800,000,00 (sessenta e três milhões e oitocentos mil reais).

⁶ Convém ressaltar, no Acórdão n. 112/2012 do Plenário, o Tribunal de Contas da União tinha como principal preocupação o valor a ser pago à empresária autorizada a realizar os estudos. Como se vê, é um receio que já está afastado pela própria Portaria n. 38, de 2013.

20. No entanto, a análise que ora se faz tem por base unicamente os documentos constantes dos autos do presente processo, de forma que eventuais fatos não relatados não estão sendo apreciados ou referendados.

21. Ressalta-se, igualmente, que é recomendável à autoridade administrativa estabelecer normativo próprio disciplinando o procedimento para autorizar a feitura de estudos, a fim de evitar qualquer questionamento dos órgãos de controle.

III. CONCLUSÃO

22. Por força dos fundamentos expostos neste Parecer, e em atenção ao Memorando-Circular nº 061/2010/CGU/AGU, a solução da controvérsia submetida a este Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos está sintetizada abaixo:

a) não é obrigatória a utilização do procedimento previsto no Decreto n. 5.977, de 2006, para autorizar a realização de estudos, levantamentos, projetos, etc., nas concessões de portos organizados e arrendamentos de instalações portuárias;

b) a Administração Pública deve observar os preceitos constantes da Lei n. 9.784, de 1999, para expedir o ato autorizativo previsto no artigo 21 da Lei n. 8.987, de 1995 e pode – e é recomendável – utilizar os parâmetros contidos no Decreto n. 5.977, de 2006;

c) a Portaria SEP n. 38, de 2013, **em princípio**, parece não violar, por si só, qualquer princípio constitucional; e

d) recomenda-se a elaboração de norma disciplinando o procedimento para concessão da autorização de que trata o artigo 21 da Lei de Concessões.

23. À consideração superior.

Brasília, 7 de agosto de 2013.


DANIEL ROCHA DE FARIAS

Advogado da União

Diretor do Departamento de Coordenação
e Orientação de Órgãos Jurídicos - substituto