



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 0008337-09.2002.4.03.6104/SP

2002.61.04.008337-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA
 EMBARGANTE : Uniao Federal
 ADVOGADO : SP000019 LUIZ CARLOS DE FREITAS
 EMBARGANTE : Fazenda do Estado de Sao Paulo
 ADVOGADO : SP277777 EMANUEL FONSECA LIMA
 EMBARGADO(A) : Ministerio Publico Federal
 PROCURADOR : SP199545 CAROLINA LOURENCAO BRIGHENTI
 SINDICATO DOS TRABALHADORES ADMINISTRATIVOS EM
 CAPATAZIA NOS TERMINAIS PRIVATIVOS E RETROPORTUARIOS E NA
 PARTE RÉ : ADMINISTRACAO EM GERAL DOS SERVICOS PORTUARIOS DO
 ESTADO DE SAO PAULO SINDAPORT
 ADVOGADO : SP042501 ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE e outro(a)
 PARTE RÉ : Prefeitura Municipal de Santos SP
 ADVOGADO : SP089730 ANA LUCIA SANTAELLA MEGALE e outro(a)
 PARTE RÉ : Prefeitura Municipal de Cubatao SP
 ADVOGADO : SP126477 VICTOR AUGUSTO LOVECCHIO e outro(a)
 PARTE RÉ : Prefeitura Municipal de Guaruja SP
 ADVOGADO : SP104322 GUSTAVO COELHO DE ALMEIDA e outro(a)
 PARTE RÉ : Cia Docas do Estado de Sao Paulo CODESP
 ADVOGADO : SP183631 RODRIGO OCTAVIO FRANCO MORGERO
 : SP311219 MARTA ALVES DOS SANTOS

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REGIONALIZAÇÃO DO PORTO DE SANTOS. CONVÊNIO. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. EVIDENTE RISCO AO ERÁRIO. ASSUNÇÃO DE TODO O PASSIVO DA CODESP PELA UNIÃO. INCLUSIVE DE DÉBITOS DE TERCEIROS. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal para fins de obstar a assinatura do "*Convênio de delegação que entre si celebram a União, por intermédio do Ministério dos Transportes, com a interveniência da Companhia das Docas do Estado de São Paulo - CODESP, e o Estado de São Paulo, com a interveniência dos Municípios de Santos, Guarujá e Cubatão, para a administração e exploração das áreas e instalações do Porto Organizado de Santos*".

2. A Egrégia Quarta Turma, por maioria, deu provimento à apelação e julgou procedente a ação. O r. voto vencido considerou impeditiva a manifestação do Poder Judiciário sobre o tema, tendo em vista a impossibilidade de exame do mérito do ato administrativo, em observância ao princípio da separação dos poderes.

3. O cerne do problema a ser enfrentado pelos embargos infringentes decorre da necessidade de deliberar sobre a aplicação de dois princípios constitucionais fundamentais de igual importância e relevância, verdadeiros pilares do Estado Democrático de Direito: a separação dos poderes e da inafastabilidade da jurisdição.
4. Nesses casos, não cabe ao magistrado solucionar a questão no plano da validade, porque, sob esse ângulo, a opção pela prevalência de uma das regras pressupõe, expressa ou implicitamente, a invalidade da aplicação da outra. Na hipótese de choque entre princípios constitucionais não se apresentam suficientes à solução da lide nem o método subsuntivo, caracterizado pela identificação e aplicação da norma ao fato, nem tampouco a prevalência de uma das técnicas da hermenêutica. Há que se lançar mão da técnica da ponderação, conforme ensina o professor e Ministro Luís Roberto Barroso, mediante a análise do caso concreto a partir dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, com o fito de se superar o antagonismo instalado.
5. Como primeiro passo, cabe identificar as normas em oposição, que no presente caso envolvem os enunciados dos artigos 2º e 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. Os valores insertos nesses princípios têm relevância para a solução do presente recurso na medida em que a separação dos poderes é pressuposto da preservação do núcleo da função administrativa, representada pelo mérito do ato do Poder Executivo da União, e, de outra parte, a garantia fundamental da jurisdição não excepciona o exame da legalidade administrativa do convênio.
6. Verifica-se que foi observada pelo Poder Executivo federal a repartição das competências administrativa e legislativa conferidas à UNIÃO, respectivamente, na forma dos artigos 21, inciso XII, letra "f"; e 22, inciso X da Constituição da República. A já revogada Lei nº 8.630, de 25/02/1993, denominada Lei dos Portos, vigente à época dos fatos, foi editada pelo Congresso Nacional no exercício de sua competência legislativa. A competência administrativa, por sua vez, relacionada à exploração dos portos marítimos, com possibilidade de autorização, concessão e permissão, também deu ensejo à edição da Lei nº 9.277, de 10/05/1996, que autoriza a União *"a delegar aos municípios, estados da Federação e ao Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e portos federais"*. Atendendo, também, aos termos da Lei nº 9.074, de 07/07/1995, que prevê a necessidade de lei para as concessões de serviços públicos.
7. Assim, estão presentes os predicados de legalidade formal insertos nos procedimentos tendentes a regionalizar o Porto de Santos, pois o administrador da União alinhou-se ao texto da legislação emanada do Congresso Nacional para fins de impulsionar a delegação.
8. Nesse ponto de contato da aplicação do princípio da separação dos poderes e da legalidade formal, não se verifica mácula quanto à decisão de delegar a exploração do porto. É suficiente que se observe a redação do artigo 2º da Lei nº 9.277, 10/05/1996, para concluir que a delegação estribou-se em norma de lei, de modo que não cabe sobrepor a valoração do Poder Judiciário quanto aos critérios de conveniência e oportunidade do projeto, eis que o juízo discricionário foi concedido ao administrador, e exercido dentro da legalidade formal, não cabendo ao juiz imiscuir-se nessa seara.
9. Entretanto, quanto ao aspecto material, em face dos elementos trazidos pelo Ministério Público Federal, afigura-se irrefutável invocar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que determina ao Poder Judiciário adentrar ao exame do ato administrativo a fim de exercer controle de legalidade quanto ao seu conteúdo porque eivado de mácula. Essa apreciação judicial não fere o princípio da separação dos poderes. (Precedentes: C. STF; C. STJ e deste C. Tribunal)
10. O exame da Cláusula Quarta, item 1, inciso IV, letras "c", "d" e "e" demonstra, por si só, a dimensão do risco econômico e financeiro assumido pela concedente, no caso a UNIÃO, com relação a dívidas de procedência ignorada e, quiçá, de duvidosa legalidade. É inequívoco o risco de lesão, na medida em que a UNIÃO passaria a responder por todo o passivo de origem desconhecida da CODESP, que decorre inclusive de pendências com o INSS, relativas a obrigações tributárias de retenção de valores de contribuições sociais, na qualidade de tomadora de serviços.
11. Outra irregularidade está contida na mesma Cláusula Quarta, item 2, inciso II, letra "b", que refere a obrigação de a UNIÃO **"receber o máximo de 1.200 (um mil e duzentos) empregados da CODESP"**, sem menção à aprovação em concurso público, em flagrante descompasso com a Constituição Federal.
12. Nesse diapasão, e adentrando na terceira etapa da análise, afigura-se de rigor, observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a ensejar a preponderância, no caso concreto, da aplicação do princípio da inafastabilidade do Judiciário sobre o princípio da separação dos poderes, em face do conteúdo de cláusulas convenientes eivadas de ilegalidade e imoralidade, que preveem danos ao erário federal.
13. Assim, diante das irregularidades verificadas na minuta do convênio entabulado, que malferem os princípios da legalidade e da moralidade administrativa, é inarredável a manifestação do Poder

Judiciário, até porque, as cláusulas que atraem despesas públicas, longe de congregarem apenas ações discricionárias, têm, ainda, natureza de ato vinculado, eis que ao prever medidas que geram gasto público, acabam por impactar diretamente as normas da lei orçamentária anual, da lei de diretrizes orçamentárias e do plano plurianual, o que não se compatibiliza com a discricionariedade.

14. Embargos infringentes da União Federal e do Estado de São Paulo improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes da União Federal e do Estado de São Paulo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de fevereiro de 2019.

LEILA PAIVA
Juíza Federal Convocada

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): LEILA PAIVA MORRISON:10143
 Nº de Série do Certificado: 11DE1803204B1559
 Data e Hora: 05/02/2019 17:54:48

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 0008337-09.2002.4.03.6104/SP

2002.61.04.008337-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA
 EMBARGANTE : Uniao Federal
 ADVOGADO : SP000019 LUIZ CARLOS DE FREITAS
 EMBARGANTE : Fazenda do Estado de Sao Paulo
 ADVOGADO : SP277777 EMANUEL FONSECA LIMA
 EMBARGADO(A) : Ministerio Publico Federal
 PROCURADOR : SP199545 CAROLINA LOURENCAO BRIGHENTI
 PARTE RÉ : SINDICATO DOS TRABALHADORES ADMINISTRATIVOS EM
 : CAPATAZIA NOS TERMINAIS PRIVATIVOS E RETROPORTUARIOS E NA
 : ADMINISTRACAO EM GERAL DOS SERVICOS PORTUARIOS DO
 : ESTADO DE SAO PAULO SINDAPORT
 ADVOGADO : SP042501 ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE e outro(a)
 PARTE RÉ : Prefeitura Municipal de Santos SP
 ADVOGADO : SP089730 ANA LUCIA SANTAELLA MEGALE e outro(a)
 PARTE RÉ : Prefeitura Municipal de Cubatao SP
 ADVOGADO : SP126477 VICTOR AUGUSTO LOVECCHIO e outro(a)
 PARTE RÉ : Prefeitura Municipal de Guaruja SP
 ADVOGADO : SP104322 GUSTAVO COELHO DE ALMEIDA e outro(a)
 PARTE RÉ : Cia Docas do Estado de Sao Paulo CODESP
 ADVOGADO : SP183631 RODRIGO OCTAVIO FRANCO MORGERO
 : SP311219 MARTA ALVES DOS SANTOS

RELATÓRIO**A JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LEILA PAIVA MORRISON (RELATORA):**

Trata-se de embargos infringentes interpostos pela UNIÃO e de embargos infringentes adesivos pelo ESTADO DE SÃO PAULO, em face do v. acórdão da Egrégia Quarta Turma deste Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, respectivamente, na forma dos artigos 530 e 500, II, do Código de Processo Civil (CPC) de 1973.

A presente ação civil pública foi interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em desfavor da UNIÃO, da COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (CODESP), do ESTADO DE SÃO PAULO e dos MUNICÍPIOS DE SANTOS/SP, CUBATÃO/SP e GUARUJÁ/SP, em 24/10/2002, com o fito de interromper o processo de regionalização do Porto de Santos, iniciado a partir da Lei nº 9.277, de 1996.

Foi concedida a tutela antecipada determinando que se abstivessem de assinar o instrumento e, no caso de já firmado, suspendendo os seus efeitos. (fls. 541/544). Interposto agravo de instrumento pela UNIÃO (fls. 643/663), foi indeferido o efeito ativo por esta E. Corte (fls. 692/692).

Ingressou na lide, como assistente litisconsorcial do Ministério Público Federal, o Sindicato dos Trabalhadores Administrativos em Capatazia, nos Terminais Privativos e Retroportuários e na Administração Em Geral dos Serviços Portuários do Estado de São Paulo (SINDAPORT) (fls. 564/570 e 919).

A r. sentença julgou improcedentes os pedidos (fls. 946/962), nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973, sem condenação do autor ao pagamento dos honorários advocatícios.

Apelou o Ministério Público Federal (fls. 975/1011).

Apresentaram contrarrazões de apelação a CODESP (fls. 1041/1043), o Município de SANTOS/SP (fls.1045/1048); Município de CUBATÃO/SP (fls. 1050/1059); o Estado de SÃO PAULO (fls. 1068/1072); Município do GUARUJÁ (fls. 1074/1080) e a UNIÃO (fls. 1084/1087).

Recurso adesivo do Município de CUBATÃO/SP (fls. 1061/1066).

A i. Procuradoria Regional da República apresentou o r. parecer (fls. 1098/1111).

Na sessão da Egrégia Quarta Turma ocorrida em 25/04/2013, o senhor Relator, Excelentíssimo Juiz Federal convocado LEONEL FERREIRA, apresentou o seu r. voto no sentido de negar provimento ao

apelo do Ministério Público Federal, sendo que o julgamento foi suspenso por pedido de vista (fls. 1129/1135).

Prosseguindo-se, foi apresentado o r. voto-vista pelo Excelentíssimo Juiz Federal convocado PAULO SARNO dando provimento ao recurso do Ministério Público Federal, para julgar procedente a ação civil pública, com quem votou o Excelentíssimo Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (fls. 1162/1168).

Assim, decidiu a Egrégia Quarta Turma, por maioria, conhecer do recurso adesivo interposto pelo Município de Cubatão para, à unanimidade, negar-lhe provimento, e, por maioria, dar provimento à apelação do Ministério Público Federal, nos termos do r. voto condutor prolatado pelo Exmo. Juiz Federal convocado PAULO SARNO, que lavrou o v. acórdão cuja ementa recebeu a seguinte redação (fls. 1162/1168):

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINUTA DE CONVÊNIO SOBRE A REGIONALIZAÇÃO DO PORTO DE SANTOS. AMEAÇA DE LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE TRANSPARÊNCIA ACERCA DA EXTENSÃO E PERFIL DOS DÉBITOS DA CODESP. ILEGALIDADE.

Qualquer ato administrativo está sujeito ao controle da legalidade, vale dizer, submetido ao crivo do Poder Judiciário.

Em consonância com o disposto no art. 3º, caput, da Lei nº 7.347/85, a ação civil pública pode ter como objeto cumprimento de obrigação de não fazer, razão pela qual o pedido formulado nesta demanda, no sentido de impedir a celebração do convênio, guarda assento na legislação de regência, a permitir o exame quanto ao mérito da controvérsia.

A assunção do passivo da CODESP pela União, "in casu", contraria os princípios albergados pela dicção do art. 37 da Carta Política, especialmente legalidade e moralidade administrativa.

Não há nos autos detalhamento do passivo da CODESP, o que revela que a minuta do convênio foi construída no plano da atecnia.

Consoante documentos apresentados, há notícia de que a CODESP parcelou débitos previdenciários contraídos por empreiteiras que prestaram serviços no Porto de Santos, com lesão ao Patrimônio Público.

Dada a ausência de transparência acerca da extensão e perfil dos débitos da CODESP, a absorção do passivo pela União, se acolhidos os termos do Convênio, é ilegal.

Além disso, a minuta do convênio é genérica e omissa, haja vista que nada estabelece sobre: a) a questão ambiental no processo de regionalização; b) o destino da CODESP e c) as eventuais melhorias e investimentos que advirão deste processo.

Tal como posta, verificada a ofensa, dentre outros, aos princípios da legalidade e moralidade administrativa, a minuta entabulada, de forma evidente, não se presta para o processo de regionalização do Porto.

Não prospera o recurso interposto pelo Município de Cubatão, que guarda legitimidade para compor o polo passivo desta demanda, haja vista que é parte no Convênio ora impugnado.

Recurso adesivo do Município de Cubatão conhecido, mas improvido.

Apelação do Ministério Público Federal provida para julgar procedente o pedido formulado nesta ação civil pública.

(Julgado em 13/03/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2014)

A UNIÃO interpôs embargos infringentes (fls. 1202/1207), pedindo a prevalência do r. voto vencido, da lavra do Excelentíssimo Juiz Federal convocado LEONEL FERREIRA, aduzindo em suas razões que: **a)** a autonomia das entidades federativas pressupõe a repartição de competências legislativas; **b)** como coube à UNIÃO dispor sobre questões de predominância do interesse geral, recebeu competência administrativa e legislativa, respectivamente, na forma dos artigos 21, XII, e, 22, X, da Constituição Federal; **c)** a Lei nº 8.630, de 25/02/1993, a Lei dos Portos, e a Lei nº 9.277, de 10/05/1996, que autoriza a delegação da exploração dos portos, obedecem ao princípio da predominância do interesse, e

não dependiam da edição de lei complementar, prescindível no caso; **d)** o Poder Executivo implementou os diplomas legais de acordo com o seu entendimento, que deve ser respeitado porque respaldado no voto popular; **e)** defende, por isso, a impossibilidade de o Poder Judiciário ingressar no mérito do ato administrativo, especialmente no que toca à assunção do passivo da CODESP pela UNIÃO, pois seria um juízo de valor sobre a conveniência e a oportunidade, que dizem respeito à gestão propriamente dita; **f)** trata-se de política pública administrativa, sendo que em diversos países, inclusive no nosso, coube ao ente central absorver dívidas de outros componentes do todo; **g)** em face da ausência de assinatura do convênio, não há que se falar no princípio da moralidade administrativa, pois não existe ato concreto, circunstância que retira do Poder Judiciário a possibilidade de interferência na Administração.

O ESTADO DE SÃO PAULO opôs embargos infringentes adesivos (fls. 1215/1218) para, da mesma forma, pleitear a prevalência do r. voto vencido, afirmando em suas razões que: **a)** o pleito do Ministério Público Federal esbarra no princípio da separação dos poderes, eis que representa controle indevido sobre a discricionariedade da iniciativa; **b)** a discussão sobre a urgência e a assunção dos passivos pela UNIÃO não pode ser aferida por tratar-se de mérito administrativo; **c)** deve ser privilegiada a eficiência da prestação do serviço; **d)** não cabe ao magistrado substituir o administrador em seu juízo de conveniência.

Decorrido o prazo para contrarrazões, foram admitidos (fl. 1271) os recursos interpostos pela UNIÃO e pelo ESTADO DE SÃO PAULO, por meio da r. decisão da Excelentíssima Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, bem assim distribuído o feito ao gabinete da Excelentíssima Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA.

Aberta vista ao Ministério Público Federal (fl. 1276) foi apresentada a contraminuta (fls.1279/1283).

É o relatório.

LEILA PAIVA
Juíza Federal Convocada

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): LEILA PAIVA MORRISON:10143
Nº de Série do Certificado: 11DE1803204B1559
Data e Hora: 05/02/2019 17:54:37

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 0008337-09.2002.4.03.6104/SP
2002.61.04.008337-6/SP

RELATORA : Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA
EMBARGANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : SP000019 LUIZ CARLOS DE FREITAS
EMBARGANTE : Fazenda do Estado de Sao Paulo

ADVOGADO : SP277777 EMANUEL FONSECA LIMA
EMBARGADO(A) : Ministerio Publico Federal
PROCURADOR : SP199545 CAROLINA LOURENCAO BRIGHENTI
PARTE RÉ : SINDICATO DOS TRABALHADORES ADMINISTRATIVOS EM
CAPATAZIA NOS TERMINAIS PRIVATIVOS E RETROPORTUARIOS E NA
ADMINISTRACAO EM GERAL DOS SERVICOS PORTUARIOS DO
ESTADO DE SAO PAULO SINDAPORT
ADVOGADO : SP042501 ERALDO AURELIO RODRIGUES FRANZESE e outro(a)
PARTE RÉ : Prefeitura Municipal de Santos SP
ADVOGADO : SP089730 ANA LUCIA SANTAELLA MEGALE e outro(a)
PARTE RÉ : Prefeitura Municipal de Cubatao SP
ADVOGADO : SP126477 VICTOR AUGUSTO LOVECCHIO e outro(a)
PARTE RÉ : Prefeitura Municipal de Guarujá SP
ADVOGADO : SP104322 GUSTAVO COELHO DE ALMEIDA e outro(a)
PARTE RÉ : Cia Docas do Estado de Sao Paulo CODESP
ADVOGADO : SP183631 RODRIGO OCTAVIO FRANCO MORGERO
: SP311219 MARTA ALVES DOS SANTOS

VOTO

A JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LEILA PAIVA MORRISON (RELATORA):

Trata-se de embargos infringentes opostos pela UNIÃO FEDERAL e pelo ESTADO DE SÃO PAULO objetivando a reforma do v. acórdão da Egrégia Quarta Turma desta C. Corte (fl. fls. 1162/1168), em ação proposta pelo Ministério Público Federal para fins de obstar a assinatura do "*Convênio de delegação que entre si celebram a União, por intermédio do Ministério dos Transportes, com a interveniência da Companhia das Docas do Estado de São Paulo - CODESP, e o Estado de São Paulo, com a interveniência dos Municípios de Santos, Guarujá e Cubatão, para a administração e exploração das áreas e instalações do Porto Organizado de Santos*", nos termos previstos pela minuta que veio às fls. 58/66.

Registre-se que foram observados os requisitos legais para interposição do recurso sob a égide do CPC de 1.973.

De início, é mister esclarecer que o objeto destes embargos infringentes consiste, basicamente, na aferição sobre a dicotomia da aplicação do **princípio da separação de poderes**, enaltecido no voto vencido, e do **controle judicial do mérito do ato administrativo**, privilegiado no voto condutor.

Na inicial consta que a pretensão do Ministério Público Federal consiste em interromper o processo de regionalização do Porto de Santos, especificamente no que toca à assinatura de convênio, nos exatos termos da minuta que veio às fls. 58/66, ressaltando-se que: (i) está a buscar a preservação e a defesa da ordem jurídica e do patrimônio público; (ii) são inconstitucionais as normas que amparam o processo de regionalização, que descumpriram os artigos 21 e 22 da Constituição federal; (iii) a previsão no convênio de ato de cessão de 1.200 empregados da CODESP para a criação da nova empresa fere o artigo 37, inciso II, do Texto Magno, que impõe a necessidade de concurso público para investidura em cargo público; (iv) a assunção de dívidas da CODESP pela UNIÃO contraria os princípios da

moralidade, impessoalidade e eficiência previstos no artigo 37 do texto constitucional, eis que os débitos decorrem de má e ímproba gestão dos negócios afetos ao Porto de Santos pelos representantes legais dessa sociedade de economia mista; (v) os valores atualizados desses débitos, na ocasião, seriam da ordem de R\$ 730 milhões, e decorrem, inclusive, de pendências discutidas em sede judicial; (vi) e, além disso, também não tem amparo a UNIÃO assumir a dívida da CODESP com relação ao INSS, que consistem em débitos de particulares.

Na r. **sentença** o MM Juízo *a quo* rejeitou as preliminares, assim como a apreciação da questão de fundo relativa à regionalização do Porto de Santos, por considerar tratar-se de matéria de mérito administrativo, cuja oportunidade e conveniência de sua implementação estariam adstritas à competência da Administração. Ademais, consignou que as supostas irregularidades praticadas por administradores da CODESP estariam sendo apuradas em processos específicos, que não guardavam pertinência à matéria dos autos. Além disso, quanto à assunção da dívida da CODESP pela UNIÃO, anotou que não existiam elementos indicativos da ocorrência de seu efetivo pagamento, o qual, no entanto, estaria submetido à Lei de Responsabilidade Fiscal.

A apreciação do mérito restringiu-se, assim, ao exame das alegações do autor quanto à inconstitucionalidade e ilegalidade da delegação administrativa na forma da Lei nº 8.630, de 25/02/1993, bem assim da Lei nº 9.277, de 10/05/1996, as quais foram rechaçadas, com supedâneo no princípio da predominância do interesse, afastando-se, inclusive, a necessidade de edição de lei complementar sobre o assunto.

Os autos subiram a esta E. Corte Regional para exame da apelação do Ministério Público Federal, sendo distribuídos à Egrégia Quarta Turma.

No r. voto que restou vencido, o eminente Juiz Federal convocado consignou que não se trata de reconhecer, na esfera processual, a ausência de interesse de agir do Ministério Público Federal, pois a ação tem supedâneo no artigo 3º da Lei 7.347, de 1985, anotando a possibilidade de aferição da legalidade ou da constitucionalidade do ato administrativo à luz do direito material.

Todavia sublinhou que essa análise depende da especificação das eventuais máculas, o que não teria se verificado no caso concreto, porque o autor ingressou com a lide antes da assinatura do convênio de regionalização do porto, trazendo ao exame do Judiciário as matérias que ainda estariam no âmbito da escolha do legislador e do administrador público.

Nessa senda, avança o r. voto vencido, enfatizando que o açodamento referido pelo *Parquet* federal poderia representar urgência para o administrador, eis que consiste em juízo de valor de conveniência administrativa. Além disso, a apreciação do âmago do direito delineado nas cláusulas do pacto não assinado desbordaria da aferição do Poder Judiciário, eis que falta ao ato a alegada lesividade. Ademais, o caráter impeditivo decorrente do princípio constitucional da separação dos poderes, estaria a obstar a análise do âmago do direito discutido, consistente em múltiplos fundamentos de política pública administrativa nacional.

Em sentido oposto, o r. voto condutor destacou a possibilidade de controle da legalidade em relação a quaisquer atos administrativos, viabilizando-se, portanto, o crivo do poder judiciário, uma vez que a

ação civil pública proposta repousa sobre o disposto nos artigos 1º, inciso IV, e 3º da Lei nº 7.347, de 1985, prevalecendo a proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo.

Assim, com espeque na lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, foram avaliadas as cláusulas do convênio mais significativas para a solução da controvérsia.

Pois bem.

Da detida análise dos profícuos votos articulados, afigura-se, com o devido respeito, que a tese que reflete o posicionamento a merecer acolhimento foi respaldada pelo r. voto condutor do v. acórdão.

Antes, porém, há que se fazer referência ao princípio do *tempus regit actum*, eis que serão consideradas as normas vigentes na época dos fatos. Evidentemente, após decorridos dezesseis anos o cenário modificou-se, cabendo registrar, apenas quanto ao quadro normativo atual, que a Lei de Portos, que aqui será referida, a Lei nº8.630, de 25/02/1993, foi revogada pela Lei nº 12.815, de 05/06/2013. Além disso, também é digna de nota a inclusão, pela Emenda Constitucional nº 95, de 15/12/2016, do denominado Novo Regime Fiscal, na forma dos artigos 106 e 114 incluídos ao ADCT, que afeta a execução das políticas públicas a cargo da UNIÃO, limitando as despesas primárias dos orçamentos fiscal e da seguridade social.

Retomando, o cerne do problema a ser enfrentado pelos embargos infringentes decorre da necessidade de deliberar sobre a aplicação de dois princípios constitucionais fundamentais de igual importância e relevância, verdadeiros pilares do Estado Democrático de Direito: a separação dos poderes e da inafastabilidade da jurisdição.

Nesse casos não cabe ao magistrado solucionar a questão no plano da validade, porque, sob esse ângulo, a opção pela prevalência de uma das regras pressupõe, expressa ou implicitamente, a invalidade da aplicação da outra. Na hipótese de choque entre princípios constitucionais, isso não é possível, pois não se apresentam suficientes à solução da lide nem o método subsuntivo, caracterizado pela identificação e aplicação da norma ao fato, nem tampouco a prevalência de uma das técnicas da hermenêutica.

Sobre o assunto, ensina o professor e eminente Ministro Luís Roberto Barroso que: "A Constituição, por ser um documento dialético, abriga valores contrapostos que, por vezes, entram em tensão entre si, quando não colidem frontalmente. (...) Naturalmente, como os dois lados têm normas constitucionais a seu favor, não é possível resolver esse problema mediante subsunção dos fatos à norma aplicável, pois mais de uma postula a incidência sobre a hipótese. Diante disso, a solução terá de ser construída argumentativamente mediante ponderação, isto é, a valoração de elementos do caso concreto com vistas à produção da solução que melhor atende ao caso concreto. As duas soluções possíveis vão disputar a escolha do intérprete". (Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., p. 348)

Assim, o julgamento dos presentes embargos infringentes acaba caracterizando o que a doutrina convencionou chamar de "caso difícil", na medida em que é de rigor solucionar um conflito

principlológico, o qual foi instalado entre os dois respeitáveis votos. Assim, longe de se falar em discricionariedade do Poder Judiciário para escolher uma dos princípios aplicáveis, é de rigor buscar criteriosamente qual o valor constitucional deve ser prestigiado.

Para tanto, ainda com amparo na lição do e. Ministro Barroso, há que se lançar mão da técnica da ponderação (idem. p. 373/374), mediante a análise do caso concreto a partir dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, com o fito de se superar o antagonismo instalado.

Vale citar sobre o assunto, a lição do eminente professor e Desembargador Federal DAVID DINIZ DANTAS, desta C. Corte Regional, que ressalta sobre o assunto que: "*com a ideia de proporcionalidade procura-se desenvolver (não solucionar definitivamente) o conflito de princípios por meio de uma "solução de compromisso" por meio da qual um deles será privilegiado no caso concreto, mas sempre procurando minimizar os efeitos ofensivos ao princípio 'perdedor'. Este em todo caso deve ter seu 'núcleo essencial' respeitado*". (Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo: Teoria e Casos Práticos. São Paulo: WVC Madras Editora, 2004. p. 266, destacamos).

Pois bem.

Como primeiro passo, para a precisa identificação das normas em oposição, transcrevo os enunciados dos artigos 2º e 5º, inciso XXXV, da Constituição da República:

"Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 5º (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Com efeito, os valores contidos nos princípios transcritos têm relevância para a solução do presente recurso na medida em que a separação dos poderes é pressuposto da preservação do núcleo da função administrativa, representada pelo mérito do ato do Poder Executivo da UNIÃO, e, de outra parte, a garantia fundamental da jurisdição não excepciona o exame da legalidade administrativa do convênio.

Uma vez identificadas as normas constitucionais aplicáveis que se encontram em colisão, a segunda etapa consiste no exame dos fatos e a interação deles com os elementos e valores contidos nesses princípios.

Vejam.

A toda evidência, o **princípio da separação dos poderes** assegura a divisão de funções destinadas a cada esfera de atuação do poder político no Estado Democrático de Direito. Esse truísmo tem, de fato, direcionado a evolução do tratamento dispensado aos portos nas últimas décadas, sendo que as providências tendentes à regionalização do Porto de Santos guardam pertinência à esfera de atuação formal da Administração federal.

Nesse diapasão, verifica-se que foi observada pelo Poder Executivo federal a repartição das competências administrativa e legislativa conferidas à UNIÃO, respectivamente, na forma dos artigos 21, inciso XII, letra "f"; e 22, inciso X da Constituição da República. A já revogada Lei nº 8.630, de 25/02/1993, denominada Lei dos Portos, vigente à época dos fatos, foi editada pelo Congresso Nacional no exercício de sua competência legislativa para disciplinar especificamente os portos (art. 22, X), no sentido de estabelecer novos parâmetros à movimentação portuária no País.

Além disso, no exercício de sua competência administrativa relacionada à exploração dos portos marítimos, a UNIÃO entendeu necessária a edição de lei para exercer as faculdades, concedidas pela Constituição Federal, quanto à possibilidade de autorização, concessão e permissão da exploração dos portos, fazendo-o por meio do exercício de sua competência legislativa, que resultou na Lei nº 9.277, de 10/05/1996, que autoriza a União "*a delegar aos municípios, estados da Federação e ao Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e portos federais*", prevendo em seu artigo 2º, *in verbis*:

Art. 2º Fica a União igualmente autorizada, nos termos desta Lei, a delegar a exploração de portos sob sua responsabilidade ou sob a responsabilidade das empresas por ela direta ou indiretamente controladas. (Regulamento).

Nesse diapasão, foi cumprida, inclusive, a polemizada necessidade de autorização legislativa para concessões, estabelecida pela regra do artigo 2º da Lei nº 9074, de 07/07/1995, que determinou que: "**Art. 2º** É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei no 8.987, de 1995". De sorte que foi superada, desde o início, uma provável discussão quanto à efetividade do princípio da separação dos poderes decorrente de intromissão do Legislativo em matéria de competência do Executivo.

Veja-se, portanto, que estão presentes os predicados de **legalidade formal** insertos nos procedimentos tendentes a regionalizar o Porto de Santos, pois o administrador da União alinhou-se ao texto da legislação emanada do Congresso Nacional para fins de impulsionar a delegação do porto.

Nesse ponto de contato da aplicação do princípio da separação dos poderes e da legalidade formal, não se verifica mácula quanto à decisão de delegar a exploração do porto. É suficiente que se observe a redação do artigo 2º da Lei nº 9.277, 10/05/1996, para concluir que a delegação estribou-se em norma de lei, de modo que não cabe sobrepor a valoração do Poder Judiciário quanto aos critérios de conveniência e oportunidade do projeto, eis que o juízo discricionário foi concedido ao administrador, e exercido dentro da legalidade formal, não cabendo ao juiz imiscuir-se nessa seara. Portanto, no aspecto formal, não há que se cogitar da necessidade de controle.

Entretanto, quanto ao aspecto material, em face dos elementos trazidos pelo Ministério Público Federal, afigura-se irrefutável invocar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que determina ao Poder Judiciário adentrar ao exame do ato administrativo a fim de exercer controle de legalidade quanto ao seu conteúdo porque eivado de mácula. Essa apreciação judicial não fere o princípio da separação dos poderes.

Esse é o entendimento pacificado pelo Colendo Supremo Tribunal Regional Federal, conforme as seguintes ementas, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ACÓRDÃO RECORRIDO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TEMA 339 DA REPERCUSSÃO GERAL). INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. EXAME DA LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. NECESSIDADE REEXAME DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos. II - No julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Tema 339), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, reconheceu-se a repercussão geral e reafirmou-se a jurisprudência no sentido de que a exigência do art. 93, IX, da Constituição não impõe seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador indique de forma clara as razões de seu convencimento, tal como ocorreu. III - Não há que falar em violação do art. 97 da CF, tampouco em aplicação da Súmula Vinculante 10, uma vez que o Tribunal a quo não declarou a inconstitucionalidade de norma nem afastou sua aplicabilidade com apoio em fundamentos extraídos da Constituição. Precedentes. IV - O exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não viola o princípio da separação de poderes. V - É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica rever a interpretação de normas infraconstitucionais locais que fundamentam a decisão a quo. Incidência da Súmula 280 desta Corte. Precedentes. VI - Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 1134141 AgR, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, j. 24/08/2018, Processo Eletrônico, publ. 31-08-2018)

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. OFENSA CONSTITUCIONAL REFLEXA. APRECIACÃO DE ATO ADMINISTRATIVO CONSIDERADO ILEGAL OU ABUSIVO PELO PODER JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF FIXADA NA ADI 657/RS - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 35 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 1. O STF, no julgamento do ARE 748.371-RG/MT (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 660), rejeitou a repercussão geral da violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada ou aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, quando se mostrar imprescindível o exame de normas de natureza infraconstitucional. 2. Segundo a jurisprudência consolidada da CORTE, não viola o princípio da separação de Poderes a apreciação pelo Poder Judiciário de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo. 3. O entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência desta CORTE que, no julgamento da ADI 657/RS, assentou a constitucionalidade do art. 35 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul 4. Agravo interno a que se nega provimento. Não se aplica o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem.

(ARE 1098444 AgR, Relator **Ministro ALEXANDRE DE MORAES**, Primeira Turma, j. 04/04/2018, Processo Eletrônico publ. 17-04-2018)

Noutro giro, vale ressaltar a manifestação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que afastou a alegação de impossibilidade jurídica do pedido (ausência de interesse de agir) deduzido pelo Ministério Público Federal, não vislumbrando a alegada ofensa ao princípio da separação de poderes. Eis a ementa, *in verbis*:

AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA CONTRA A MUNICIPALIDADE. CONJUNTO HABITACIONAL IMPLANTADO ÀS MARGENS DE CURSO D'ÁGUA. DEGRADAÇÃO DE BACIA FLUVIAL E DE AUSÊNCIA DE SISTEMA DE REDE

COLETORA DE ESGOTO SANITÁRIO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRETENSÃO AUTORAL QUE VISA CONFORMAR POLÍTICA PÚBLICA COM A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRECEDENTES DO STF. ART. 267, VI, DO CPC. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO.

1. A promoção da ação civil pública, com o objetivo de conformar a implantação de políticas públicas com a proteção do meio ambiente, encontra previsão no próprio texto constitucional (art. 129, II e III, da CF), por isso se revelando, na espécie, inadequada a aplicação do art. 267, VI, do CPC, sob o argumento da ausência de possibilidade jurídica do pedido.

2. Como explica HUGO NIGRO MAZZILLI, "A ação civil pública ainda se presta para que o Ministério Público possa questionar políticas públicas, quando do exercício de suas funções no zelo para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição" (A defesa dos interesses difusos em juízo. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 141).

3. Em caso assemelhado ao presente, a Primeira Turma do STJ decidiu que "O Ministério Público detém legitimidade ativa para o ajuizamento de ação civil pública que objetiva a implementação de políticas públicas ou de repercussão social, como o saneamento básico ou a prestação de serviços públicos" (AgRg no AREsp 50.151/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 16/10/2013), ao passo que sua Segunda Turma, também em tema análogo, assentou que "A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário" (REsp 1.041.197/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 16/09/2009). Nesse mesmo rumo, a Excelsa Corte assentou que "Mostra-se consentâneo com a ordem jurídica vir o Ministério Público a ajuizar ação civil pública visando ao tratamento de esgoto a ser jogado em rio. Nesse caso, não cabe cogitar da impossibilidade jurídica do pedido e da extinção do processo sem julgamento do mérito." (RE 254.764/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 18/2/2011).

4. Da mesma sorte, em se cuidando de ação civil pública direcionada contra a Administração Pública, objetivando a implementação de políticas públicas, o STF tem entendimento consolidado no sentido de ser lícito ao Poder Judiciário "determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes" (AI 739.151 AgR, Rel.ª Ministra ROSA WEBER, DJe 11/06/2014 e AI 708.667 AgR, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe 10/04/2012), cuja compreensão, não há negar, afasta, no presente caso, o argumento relativo à impossibilidade jurídica dos pedidos formulados pelo Parquet autor.

4. Recurso especial do Ministério Público catarinense provido.

(REsp 1150392/SC, Rel. **Ministro SÉRGIO KUKINA**, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016)

ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO ADMINISTRATIVO EMANADO DE AGENTE POLÍTICO - PREFEITO - LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - COMPETÊNCIA.

É cabível o controle, pelo judiciário, do ato administrativo emanado de agente político.

É unânime a doutrina ao apontar o juiz de primeiro grau como competente para processar e julgar os agentes políticos, mesmo os que têm foro especial por prerrogativa de função. Contudo, há previsão constitucional expressa relativamente aos prefeitos, que devem ser julgados, enquanto administradores, pelo Tribunal de Justiça.

Manutenção do afastamento do Prefeito, ordenada por juiz de primeiro grau, porque chancelado o ato pelo Tribunal.

Recurso especial improvido.

(REsp 167.547/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/04/2005, DJ 22/03/2006, p. 151)

Da mesma forma, esta Egrégia Corte Regional manifestou-se sobre o assunto, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. TERMO DE COMPROMISSO DE ESTÁGIO. RECUSA DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO EM ASSINAR. CUMPRIMENTO MÍNIMO DE CRÉDITOS. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO.

MITIGAÇÃO DA AUTONOMIA DIDÁTICO-CIENTÍFICA DAS UNIVERSIDADES. NÃO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A realização de estágio não obrigatório também é uma forma de aprendizagem, e compete aos próprios alunos decidirem se realizarão ou não essa modalidade opcional de estágio, prevista no artigo 2º, § 2º da Lei nº 11.788/2008, moldando sua carreira de acordo com suas próprias preferências e objetivos pessoais.

2. A autonomia universitária, disciplinada nos artigos 207 da Constituição Federal e 53 da Lei nº 9.394/1996, não pode impedir a livre escolha dos discentes na execução das atividades que entendam mais convenientes para o seu aprendizado.

3. Destarte, não é consentâneo com o princípio da razoabilidade e com o direito constitucional à educação o ato administrativo que condiciona a participação em programa de estágio não obrigatório ao cumprimento mínimo de créditos pelo aluno, mormente considerando que a lei de regência do estágio não impõe qualquer requisito nesse sentido.

4. Descabida a alegada violação ao preceito contido no artigo 2º da Constituição Federal, tendo em vista o entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal no sentido de que "o exame pelo Poder Judiciário de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes" (ARE 813742 AgR/SP, RE 429903/RJ, RE 654170 AgR/MA, ARE 652387 AgR/RS).

5. Agravo desprovido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI n.º 0019790-86.2016.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/11/2017)

Destarte, o exame do convênio não viola o princípio da separação dos poderes, pois o teor de suas cláusulas não resiste ao crivo da **legalidade material**, eis que a minuta contém indicação de inequívoca violação aos princípios constitucionais administrativos da legalidade, publicidade e moralidade previstos no artigo 37 do Texto Magno, o que atrai sobre si a apreciação do Poder Judiciário, na medida em que os fundamentos invocados pelo *Parquet* dizem respeito à possibilidade de lesão ao erário.

Há que se frisar, desde logo e com a máxima vênia, que a aferição realizada pelo r. voto condutor admitiu a análise judicial da minuta do convênio em função do teor de suas cláusulas, consideradas prejudiciais ao interesse público. É suficiente que se observe que a enumeração de diversas irregularidades pelo Ministério Público Federal justifica, por si só, a atuação do Poder Judiciário, na medida em que desafia o paradigma do exercício da função judicial, qual seja: a ocorrência de lesão, e, também, a ameaça de sua ocorrência.

No caso dos autos a referência à assunção da dívida da CODESP pela UNIÃO, trouxe à baila as questões relacionadas à proteção dos recursos orçamentários da pessoa jurídica de direito público. Insista-se que não se cuida de aferir a oportunidade do projeto de regionalização do Porto de Santos, nem tampouco de disputar com o administrador a prevalência da análise econômica quanto à conveniência da transferência dos débitos. Trata-se, isto sim, de zelar pelas contas públicas, na medida em que o passivo da CODESP, cujo repasse foi cogitado, não tem respaldo em qualquer estudo prévio de viabilidade orçamentária.

O exame da Cláusula Quarta, item 1, inciso IV, letras "c", "d" e "e" demonstra, por si só, a dimensão do risco econômico e financeiro assumido pela concedente, no caso a UNIÃO, com relação a dívidas de procedência ignorada e, quiçá, de duvidosa legalidade. Veja-se a redação da minuta:

"Cláusula Quarta - das Obrigações
Constituem obrigações da DELEGANTE: (...)

c) responder por eventual déficit atuarial de sua responsabilidade exclusivamente à parte patronal existente junto ao PORTUS, instituto de Seguridade Social na data da eficácia deste CONVÊNIO;

- d) Responder por todos os passivos tributários, comerciais, civis, trabalhistas, previdenciários e autoriais, sejam os já contabilizados, sejam aqueles cujos fatos geradores antecedam à data de eficácia do CONVÊNIO;**
- e) Responder pelas obrigações decorrentes de contenciosos trabalhistas, cujos fatos geradores antecedam a data de eficácia deste CONVÊNIO;"**

É inequívoco o risco de lesão, na medida em que a UNIÃO passaria a responder por todo o passivo de origem desconhecida da CODESP, que decorre inclusive de pendências com o INSS, relativas a obrigações tributárias de retenção de valores de contribuições sociais, na qualidade de tomadora de serviços

Outra irregularidade está contida na mesma Cláusula Quarta, item 2, inciso II, letra "b", que refere a obrigação de a UNIÃO "**receber o máximo de 1.200 (um mil e duzentos) empregados da CODESP**", sem menção à aprovação em concurso público, em flagrante descompasso com a Constituição Federal.

Ademais, é indiscutível que a abrangência das atribuições do Ministério Público Federal concede-lhe aparato suficiente para manifestar-se, com autoridade, inclusive na condição de fiscal da lei, no que toca às circunstâncias nas quais se verificou a tramitação da minuta, bastando citar, a título de exemplo, as investigações relacionadas a possíveis irregularidades civis, administrativas e criminais.

Frise-se que a Administração não pode apartar-se da obediência aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição da República.

Não é demais salientar que, de outra parte, a discricionariedade administrativa é exercida em face de conceitos indeterminados, os quais têm por característica primordial a vagueza e a ambiguidade. Dessa forma, em razão da intangível indeterminação conceitual, aliada à necessidade de aferição das conjunturas da vida, o legislador conferiu ao administrador a possibilidade de avaliação da melhor forma de fazer cumprir a lei. Por essa razão, o ato administrativo discricionário tem lugar frente àquelas situações que congregam uma multiplicidade de significados e objetos. Esses casos requerem a avaliação do administrador no sentido de preencher o conceito indeterminado, afastando o seu caráter vago e ambíguo, em conformidade estrita ao interesse público e à ordem jurídica nacional.

Nesse diapasão, e adentrando na terceira etapa da análise, afigura-se de rigor, observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a ensejar a preponderância, no caso concreto, da aplicação do princípio da inafastabilidade do Judiciário sobre o princípio da separação dos poderes, em face do conteúdo de cláusulas conveniais eivadas de ilegalidade e imoralidade, que preveem danos ao erário federal.

Assim, diante das irregularidades verificadas na minuta do convênio entabulado, que malferem os princípios da legalidade e da moralidade administrativa, é inarredável a manifestação do Poder Judiciário, até porque, as cláusulas que atraem despesas públicas, longe de congregarem apenas ações discricionárias, têm, ainda, natureza de ato vinculado, eis que ao prever medidas que geram gasto público, acabam por impactar diretamente as normas da lei orçamentária anual, da lei de diretrizes orçamentárias e do plano plurianual, o que não se compatibiliza com a discricionariedade.

Diante do exposto, observando-se o princípio *tempus regit actum*, não merece provimento o recurso, eis que deve prevalecer o v. acórdão nos termos do r. voto condutor.

Posto isso, **nego provimento** aos embargos infringentes da União Federal e do Estado de São Paulo.

É o voto.

LEILA PAIVA
Juíza Federal Convocada

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): LEILA PAIVA MORRISON:10143

Nº de Série do Certificado: 11DE1803204B1559

Data e Hora: 05/02/2019 17:54:45
