PARECERES

TRANSPORTE COLETIVO – REGIME JURÍDICO DAS PERMISSÕES – LIBERAÇÃO DE HORÁRIOS – PORTARIAS – ATO ADMINISTRATIVO

– O transporte coletivo de passageiros é serviço público, atividade de interesse geral que o estado desempenha de modo direto ou transfere a pessoas jurídicas, descentralizando-o.

– Permissão é o instituto jurídico mediante o qual o poder público investe o particular-permissionário num status, *que lhe assegura o direito de utilizar-se de um bem público ou de explorar serviço público, mediante o preenchimento de determinados requisitos.*

– O conceito de portaria evoluiu, alargou-se, sendo hoje o ato administrativo, geral ou especial, interno ou externo, que se impõe, coativamente ao funcionário público ou ao administrado.

PARECER

I

OS FATOS

1. Há cerca de dois anos, o Sr. Secretário de Estado dos Negócios dos Transportes do Estado de São Paulo vem autorizando, em caráter excepcional, a *liberação de horários* a todas as empresas permissionárias que exploram o *transporte coletivo de passageiros intermunicipal,* sempre que a demanda de lugares sofre sensível e extraordinária oscilação para mais.

2. As liberações têm ocorrido nos períodos de intensa demanda, a saber, nos fins de semana, em feriados e férias escolares, quando massa humana, cada vez maior, disputa lugares nos coletivos que se sucedem nos pontos de embarque.

3. O fato é público e notório e dá ensejo a manchetes, em todos os jornais, que relatam os episódios dramáticos da volta aos centros urbanos, cessado o período de lazer.

Para resolver tal situação, que se erige em problema público premente, embora extraordinário, é que as liberações de horário têm sido autorizadas.

Ocorrendo única e exclusivamente em função da demanda, cessa nos demais períodos, quando os serviços de transporte voltam, de modo automático, ao ritmo e regime normais.

4. Ao Departamento de Estradas de Rodagem (DER), autarquia estadual vinculada à Secretaria de Estado dos Negócios dos Transportes, cabe, privativamente, a *fixação* e a *modificação dos horários* das permissionárias, e até a *abertura*, "em leque", desses mesmos horários, em determinadas épocas e sob certas condições, como adiante demonstrará, o que tem sido feito mediante a edição de sucessivas *portarias*, autorizadas pela administração direta, e fundamentadas, por um lado, no interesse público, por outro lado, no cuidado de prevenir práticas contrárias ao interesse geral e de reprimir o abuso do poder econômico, pela eliminação da denominada *concorrência* ou *competição ruinosa*.

5. As portarias, expedidas pelo Superintendente do Departamento de Estradas de Rodagem, têm sido editadas com base em autorizações prolatadas pelo Senhor Secretário dos Transportes, em caráter excepcional, considerando-se o interesse público relevante, bem como o espírito e a letra da legislação aplicável à espécie.

II

A CONSULTA

6. Em virtude dos fatos expostos e das providências tomadas, o Departamento de Estradas de Rodagem (DER) do Estado de São Paulo solicita-nos Parecer Jurídico *ad cautelam* sobre o assunto, formulando, para tanto, as seguintes questões:

1.ª pergunta. Padeceriam de vícios as liberações de horários que, com autorização expressa do Senhor Secretário de Estado dos Negócios dos Transportes, o Departamento Estadual de Estradas de Rodagem (DER) têm editado, mediante portaria, em favor de todos os permissionários, na exploração de transportes coletivos intermunicipais de passageiros, indistintamente, sempre que a demanda de lugares sofre extraordinariamente oscilação para mais?

2.ª Pergunta. As portarias que têm sido expedidas configuram instrumentos próprios para a formalização do ato que concede liberação de horários, na forma e nas condições expostas no quesito anterior?

III

PARECER

Considerações gerais

7. A consulta que nos é formulada pela Superintendência do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo (DER) envolve importantes, complexos e modernos problemas ligados à articulação da administração direta com a administração indireta e desta com as empresas que se especializam na prestação de *serviços públicos* ou *de utilidade pública*.

8. Mais precisamente, a consulta gravita em torno de relevante problema concernente ao trânsito, numa de suas modalidades — a do transporte coletivo de passageiros de um município a outro — que assume proporções quase dramáticas em fins de semana, em dias santos e feriados e nas férias escolares, de meio e de fim de ano.

9. O *transporte coletivo de passageiros é serviço público*, ou seja, atividade de interesse geral que o estado desempenha de modo direto, com seu próprio pessoal, ou atividade que o estado, sobrecarregado de encargos, em verdadeiro colapso ou *surmenage*, transfere a pessoas jurídicas públicas ou privadas, descentralizando-o.

10. Desse modo, autarquizam-se ou paraestatalizam-se os serviços públicos, ou transferem-se atividades administrativas para pessoas privadas, concessionárias ou permissionárias.

11. *Descentralizar é retirar algo do centro* e transferi-lo para entidade distinta do centro, mas ao centro vinculada. Quando a administração direta brasileira — a União, os estados-membros, os municípios — asso-

berbada de atividades, cria *autarquias* — e isso começou a ocorrer há mais ou menos 40 anos — o processo descentralizante desenvolve-se em contínua progressão.

12. Antes, é claro, o Estado recorrera inúmeras vezes a concessionárias, em geral estrangeiras, que executavam custosas obras, investindo grandes capitais, para depois ressarcirem-se patrimonialmente com o recebimento de tarifas, pagas pelos usuários durante o longo prazo da prestação dos serviços públicos.

13. Quando o afluxo de pessoas para os grandes centros urbanos exigiu providências dos poderes públicos, no setor do transporte de grandes massas humanas, a administração direta se viu na contingência de criar e instituir pessoas jurídicas públicas especializadas, dentro de um dos setores, já diferenciado, da administração direta, o ministerial, no aparelhamento da União, o secretarial, no aparelhamento dos estados e no de alguns municípios. Surgiram assim, na década de 1940, as primeiras autarquias.

14. Em 26 de dezembro de 1946, o Decreto-lei n.º 16.546 erigiu em pessoa jurídica o Departamento de Estradas de Rodagem (DER) paulista, com autonomia administrativa e financeira, subordinado diretamente à Secretaria de Estado dos Negócios dos Transportes, que por ora nos interessa, e a Secretaria de Obras, a cada uma das quais ficaram afetos os respectivos assuntos especializados. Entre as numerosas atividades — todas ligadas ao trânsito estadual — incluídas na esfera de competência do DER, adquiriram especial relevo os serviços intermunicipais de transporte coletivo de passageiros, que a entidade criada pode autorizar e deve fiscalizar (art. 2.º, *d*, do Decreto-lei n.º 16.546).

15. A seqüência da legislação constitucional e legal daquela época até hoje é harmônica e coerente, legitimando a criação, jurisdição e atribuições do DER. Passa-se da Constituição Federal à estadual, desta ao decreto, deste à portaria.

"Compete à União legislar sobre tráfego interestadual" (Constituição Federal de 1946. art. 5.º XV, *j*).

"A competência federal para legislar sobre as matérias do art. 5.º, n.º XV, letras *b, c, d, f, h, j, l, o* e *r*, não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar" (Constituição Federal de 1946, art. 6.º).

"Será reprimida toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas, individuais ou sociais de qualquer natureza, que tenham por fim dominar o mercado, eliminar a concorrência ou majorar arbitrariamente os lucros" (Constituição do Estado de São Paulo de 1947, art. 115).

"Compete à União legislar sobre tráfego e trânsito nas vias terrestres" (Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, art. 8.º, XVII, *n*).

"A competência da União não exclui a dos estados para legislar supletivamente sobre as matérias das alíneas *c, d, e, n, q*, e *v* do ítem XVI, respeitada a lei federal" (Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, art. 8.º, parágrafo único).

"O Estado de São Paulo, parte integrante da Federação Brasileira, exerce, em seu território, todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhe sejam vedados pela Constituição da República" (Constituição do Estado de São Paulo de 1969, art. 1.º).

"Compete aos estados, ao Distrito Federal e aos territórios, especialmente:

I — regulamentar o uso de suas estradas e respectivas faixas de domínio, considerado o disposto no art. 46;

II — *conceder, autorizar ou permitir a exploração de serviços de transporte coletivo para linhas intermunicipais*, desde que não transponham os limites do respectivo território;

III — implantar sinalização nas suas estradas;

IV — aplicar penalidade e arrecadar multas decorrentes de infrações de trânsito, exceto quanto às verificadas nas estradas federais;

V — registrar veículos;

VI — habilitar condutores;

VIII — *exercer a polícia de trânsito*, ressalvado o disposto no artigo 35, VII." (Regulamento do Código Nacional de Trânsito, aprovado pelo Decreto n.º 62.127, de 16 de janeiro de 1968, art. 36) .

"A exploração dos transportes rodoviários, considerados serviços de utilidade pública de livre iniciativa, terá por finalidade servir o público e proporcionar condições que assegurem o desenvolvimento da região, prevenindo a formação de monopólio, inflação de tráfego, concorrência ruinosa e outras práticas contrárias ao interesse geral" (Normas e diretrizes para os serviços de transportes coletivos intermunicipais de passageiros no Estado de São Paulo, art. 2.º, aprovadas pelo Decreto n.º 36.780, de 17 de junho de 1960) .

"Os horários cuja fixação é privativa do DER só entrarão em vigor após a publicação" (Normas e diretrizes, art. 12) .

"Os horários serão fixados em função das demandas de transportes, objetivando o interesse público e a segurança do tráfego, obedecido o disposto no artigo 5.º" (Normas e diretrizes, art. 12, § 1.º) .

"Havendo mais de um interessado os novos horários, no mesmo itinerário, distribuir-se-ão em proporção aos de cada permissionário" (Normas e diretrizes, art. 12, § 2.º) .

"A fixação e a modificação de horários é privativa do DER" (Instruções complementares às Normas e diretrizes, art. 33) .

"Os horários serão fixados em função da demanda de transportes, objetivando o interesse público e a segurança do tráfego" (Instruções complementares às Normas e diretrizes, art. 34) .

"Havendo mais de um interessado no mesmo itinerário, o aumento de horários distribuir-se-á em proporção aos de cada permissionário" (Instruções complementares às Normas e diretrizes, art. 35) .

O DER não indenizará o permissionário em qualquer dos casos em que lhe seja imposta a *perda da permissão* ou *modificações da permissão* no seu regime" (Instruções complementares às normas e diretrizes, art. 69) .

"Os atos e portarias expedidos pelos presidentes das autarquias estaduais e municipais só entrarão em vigor após tornados do conhecimento público, de preferência mediante publicação em órgão oficial, onde houver" (Constituição do Estado de São Paulo de 1969, art. 65) .

16. A leitura meditada destes dispositivos, que se encadeiam uns nos outros de maneira lógica, perfeita, revela, de imediato, a absoluta correção jurídica do DER ao liberar horários, nos casos e nos modos pelos quais o vem fazendo, como iremos demonstrar com apoio no direito positivo pátrio.

Em sentido inverso ao que foi referido, no início deste parágrafo, remontar-se agora da portaria ao decreto, deste às normas constitucionais.

17. O Regulamento do Departamento de Estradas de Rodagem (DER), aprovado pelo Decreto n.º 52.637, de 3 de fevereiro de 1971, descreve ponto por ponto a estrutura básica do DER, diretamente subordinado a seu Superintendente, e assinala que as divisões regionais exercerão atribuições no âmbito das respectivas áreas geográficas, cabendo assim, à Seção de Transporte Coletivo, do Serviço de Administração, "informar e propor soluções para pedidos de implantação de linhas novas, modificações de horário e de itinerários, transferência de permissão e seccionamento de preços", bem

como "opinar sobre pedidos de prolongamento de permissões, cancelamento de permissões e horários, paralisação de linha e horários, reconsideração de despacho, implantação de horários novos, efetivos e facultativos" (art. 25, XIX, *a* e *b* do Regulamento).

As empresas permissionárias

18. A exploração dos transportes rodoviários, considerados serviços de utilidade pública, de livre iniciativa, têm por finalidade servir o público, dependendo, para concretizar-se, de autorização do DER e da Secretaria de Estado dos Negócios dos Transportes, ou seja, de ato que, na técnica do direito público, é conhecido por *ato complexo*. Obtida, assim, a dupla autorização, fundada em decreto do executivo, a empresa permissionária, comprovada a necessidade de transportes, passa a prestar os relevantes serviços mencionados.

Fixação dos horários

19. Cabe, em caráter privativo, ao DER, a fixação dos horários, em função direta das demandas de transportes, objetivando o interesse público e a segurança do tráfego, sendo que, havendo mais de um interessado, os novos horários, no mesmo itinerário, serão distribuídos em proporção aos de cada permissionário. Horário é tema que se insere no capítulo do regime. Do regime das permissões.

Ora, está na esfera discricionária do DER fixar e alterar as condições do regime da permissão, podendo, para tanto, aquela autarquia aumentar, diminuir e modificar horários, ressalvados, é claro, os casos de conexão com os de vias férreas.

Liberação dos horários

20. Mediante portarias, editadas *ad hoc*, em períodos de intensa e excepcional demanda, o Superintendente do Departamento de Estradas de Rodagem (DER) vem liberando, indistintamente, sem discriminação, os horários às permissionárias que exploram os serviços intermunicipais de transporte coletivo de passageiros, sempre devidamente autorizado pelo Secretário de Estado, titular da pasta à qual aquela autarquia estadual se acha vinculada.

21. É legítima tal prática? Pode o Superintendente do DER liberar, mediante portaria, os horários às permissionárias, tal como vem ocorrendo? Ou tal prática, em qualquer de seus aspectos, formal ou material, é eivada de algum vício que desautorize semelhante proceder?

A resposta a tais perguntas depende de algumas considerações preliminares, concernentes às conexões entre a administração direta, no caso, a Secretaria dos Negócios dos Transportes, e a administração indireta, na hipótese, o Departamento de Estradas de Rodagem. Por fim, a articulação entre o Departamento de Estradas de Rodagem e as permissionárias.

22. Por meio de um ato administrativo complexo, que entendemos como "todo ato administrativo que só se concretiza pela manifestação da vontade, concomitante ou sucessiva, de mais de um órgão do estado, quer singular, quer coletivo" (nosso *Tratado de direito administrativo*. 1966. vol. II, p. 92-3), uma empresa, pessoa jurídica de direito privado, pode receber, em São Paulo, permissão para a exploração de serviços coletivos de transportes intermunicipais, por prazo certo, fixando-se o regime jurídico da outorga, de acordo com a lei, regulamentos, normas, diretrizes, instruções complementares.

Passando a funcionar, a permissionária prestará os serviços de transportes dentro de determinados horários, fixados em função da demanda, objetivando o interesse público e a segurança do tráfego. Isso ocorre nos períodos normais, nos dias úteis, quando o afluxo de usuários é previsível, inclusive estatisticamente. A permissão tem por embasamento legal um decreto do poder executivo, editado precisamente com essa finalidade.

23. Desse modo, a providência, fundada em interesse público relevante, qual seja, o de realizar o transporte coletivo intermunicipal, só pode ser uma — a de liberar os horários. Tal providência tem provado bem. Impôs regularidade no atendimento, impediu o caos, salvo a moralidade pública.

Evitando o colapso dos meios de transporte, e o tumulto, que leva a um número incontável de práticas ilegais, acobertadas pela clandestinidade, o titular da Secretaria dos Negócios dos Transportes, de acordo com o espírito e letra da legislação em vigor, tem deferido sucessivas autorizações ao DER, sempre que, em períodos anômalos, a demanda aumenta de maneira desproporcional aos lugares dos coletivos.

24. A prática tem demonstrado que a providência legal conjunta, tomada pela administração direta e pela autarquia, solucionou o problema dos transportes intermunicipais coletivos em períodos de demanda excepcional, liberando os horários. Isso, repetimos, é problema concernente a regime, mas é problema que o Superintendente do DER tem o poder-dever de solucionar, porque se localiza na esfera de sua competência: "poder", porque há diploma que o autoriza; "dever", porque, se não o fizer, permite que o transporte de passageiros, serviço público relevante, entre em colapso.

"Fixar" primeiro, e manter sem alteração, nos períodos normais, *sic rebus siantibus;* "modificar" depois, em função da demanda, ou seja, *sic rebus non stantibus,* nas ocasiões anômalas.

"Em função de " é "causa determinante" da alteração do regime, mas é alteração prevista — permitida — no texto legal que antecede a liberação.

"As modificações da permissão no seu regime", quando se alteram os horários, para mais, abrindo-os, liberando-os, não traz prejuízo a quem quer que seja. E se trauxesse?

Haveria, no caso, lesão a interesses, não a direitos do permissionário, porque as Instruções complementares às Normas e diretrizes preceituam que "o DER não indenizará o permissionário em qualquer dos casos em que lhe seja imposta a perda da permissão ou modificações da permissão no seu regime" (Instruções complementares às Normas e diretrizes, art. 69).

Em suma, modificações da permissão no seu regime não ferem direitos e, pois, não empenham a responsabilidade da autarquia.

Que é a liberação de horários senão modificação no regime da permissão? Mas que tipo de modificação? Modificação *prevista* e *permitida.* Logo, a portaria, formalmente perfeita, é também materialmente inatacável, por albergar conteúdo jurídico amparado por texto legal expresso anterior.

Valor jurídico da portaria

25. O DER tem autorizado a liberação de horários, nas hipóteses configuradas, com autorização da autoridade competente.

Como a referida abertura tem sido outorgada por meio de portaria, cabe mostrar a situação toda especial que esta medida do poder executivo ocupa na hierarquia dos atos administrativos brasileiros. o que nos leva a visualizar, a respeito, duas colocações antagônicas — a primeira, antiga e superada, que, *stricto sensu,* considerava a portaria como simples ato interno, dirigido a agentes subalternos, baixando do ápice para a base da pirâmide administrativa, a segunda, vigente hoje, que entende a portaria, em sentido amplo, *lato sensus,* como a providência que, expedida, irradia da repartição, transpõe-lhe os umbrais e projeta seus efeitos sobre os administrados não funcionários (concessionários, permissionários, público em geral), particulares que se subtraem à hierarquia administrativa.

26. Como se sabe, abaixo da lei, que é a *declaração solene da norma jurídica,*

feita pelo poder competente, disposição geral e impessoal, temos o ato administrativo, que pode ser quer especial, enquadrando situação subjetiva, individual, quer geral, dirigindo-se a grande número de administrados. Espécie de ato administrativo especial é a nomeação; modalidade de ato administrativo geral é o regulamento.

Pela portaria, consubstanciando uma nomeação, por exemplo, alguém não funcionário pode enquadrar-se no funcionalismo.

Outras vezes, a portaria é dirigida a determinada classe pré-qualificada de pessoas físicas ou de pessoas jurídicas de direito privado, como no caso presente, em que a portaria se dirige a permissionárias categorizadas para exploração de serviços de transportes coletivos intermunicipais.

27. O ato administrativo, quer geral, quer especial, não tem vida autônoma. Ao contrário, sempre se alicerça em lei anterior, que o ampara. Qualquer disposição jurídica, aliás, contrária à lei, se quebra contra o *rochedo de bronze* da lei. E é isto que constitui a superioridade da lei (Fleiner, Fritz. *Les principes généraux du droit administratif allemand*. 1933. p. 48).

28. Entre os atos administrativos, ora de caráter geral, ora de caráter especial, distingue-se a portaria, que, a princípio, de aplicação na órbita interna das repartições, dirigindo-se aos funcionários, impunha-lhes determinadas obrigações ou alterava-lhes o regime jurídico, para mais ou para menos, conforme a hipótese configurada. Nos dias de hoje, a portaria insere-se entre os atos administrativos de maior prestígio, equiparando-se, em inúmeras hipóteses, quanto ao valor, ao decreto.

Conotações da portaria clássica

29. No tempo do Império, "as fórmulas que as autoridades públicas empregam quando se dirigem a empregados subalternos recebem o nome de portarias ou ordens. Também se fazem por meio de portarias as criações de alguns lugares, como agências de correio, etc., e as nomeações de algus desses empregados subalternos" (Ribas, Antônio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. 1866. p. 214-5).

30. A Primeira República consagra o mesmo entendimento da portaria, como se depreende da lição dos autores, repetindo o Conselheiro Ribas (cf. Viveiros de Castro. *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*. 3.ª ed., 1914. p. 546).

Porto Carreiro ressalta que as portarias "são resoluções ministeriais semelhantes aos decretos executivos, com a diferença de não serem assinadas pelo Presidente da República por serem os respectivos assuntos da exclusiva competência dos ministros" (*Lições de direito administrativo*. 1918. p. 154-5).

Para o mesmo autor, os decretos executivos têm por objeto: a) pôr em execução uma disposição legal; b) estabelecer medidas gerais para cumprimento da lei; c) providenciar sobre matéria de ordem funcional; d) resolver sobre interesses da administração; e) decidir sobre algum interesse de ordem privada, que se prenda ao da Administração; f) criar, modificar, limitar uma situação jurídica; g) organizar, reformar ou extinguir serviços públicos dentro da competência do poder executivo" (Porto Carreiro. *Lições de direito administrativo*. 1918. p. 142-3).

Matos de Vasconcelos define as portarias como "atos por meio dos quais os funcionários superiores se dirigem aos inferiores, determinando-lhes o cumprimento de normas de serviço, etc. Constituíam, por outro lado, meio hábil para a nomeação de certos funcionários, advertência, suspensão, demissão" (*Direito administrativo*. 1937. vol. II, p. 407).

31. Autores de nossos dias ainda entendem as portarias como "determinações baixadas por chefe de serviço ou de estabele-

cimento, e cujo conteúdo pode variar, referindo-se a atividades, ou a providências relativas aos funcionários e, por vezes, ao próprio público. Pelas portarias também se fazem nomeações e demissões de funcionários de menor categoria" (Masagão, Mario. *Curso de direito administrativo*. 4.ª ed., 1968. p. 147).

"Portarias são atos administrativos internos, pelos quais o chefe do executivo (ou do legislativo e do judiciário, em funções administrativas), ou os chefes de órgãos, repartições ou serviços, expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados, ou nomeiam servidores para funções e cargos secundários. As portarias, como os demais atos administrativos internos, não atingem nem obrigam aos particulares, pela manifesta razão de que os cidadãos não estão sujeitos ao poder hierárquico da administração pública" (Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2.ª ed., 1966. p. 192).

Bandeira de Mello ressalta que a portaria é "usada para baixar instruções sobre andamento dos serviços ou para transmitir determinações aos cidados em geral ou a particulares diretamente interessados, conforme o assunto em foco, dando-lhes conhecimento do procedimento a seguir em casos especificados, nos termos da lei. Publicam-se na porta da repartição, ou na repartição do governo, bem como em órgão de divulgação dos atos oficiais" (*Princípios gerais de direito administrativo*. 1969. vol. I, p. 484).

32. Tais conceituações da doutrina chegaram aos tribunais, a ponto de a mais alta Corte de justiça do país ter decidido que "as circulares, instruções e portarias não se incluem entre as fontes do direito administrativo; falecem-lhes as características de lei, pois apenas se dirigem aos funcionários administrativos, traçando-lhes diretrizes, ministrando-lhes esclarecimentos e orientações" (STF, em *RDA* 7/120).

Do mesmo modo, em outras ocasiões, ficou decidido que "entre as fontes do direito administrativo não se encontram as portarias ministeriais, de simples instruções a seus subordinados e incapazes de revogar a lei " (STF, em *RF* 107/65); que "as circulares e portarias das autoridades superiores a seus subordinados não obrigam a particulares" (STF, em *RF* 107/277); que "as portarias são ordens internas de serviço e prescindem da publicidade dada para as leis e atos de maior hierarquia no direito administrativo" (STF, em *RF* 112/202-203).

Moderno conceito da portaria

33. Os conceitos formulados, construídos pela doutrina e apoiados de maneira unânime pela jurisprudência, não fazem o menor sentido no direito administrativo de nossos dias, quando a portaria se inscreve entre os atos administrativos mais prestigiados do mundo jurídico.

34. A verdade é que o "raio de ação das portarias é variado, porque, ao mesmo tempo em que produzem efeitos dentro das repartições, regulando o funcionamento dos serviços dirigindo-se, pois, neste caso, aos funcionários, também *ultrapassam aqueles limites, impondo normas de conduta ao público*" (nosso *Tratado de direito administrativo*. 1966. vol. II, p. 136), em geral.

Mostramos há alguns anos que a portaria pode ser geral e especial. "Na órbita interna da própria administração, dirigindo-se a funcionários menos categorizados, a portaria ou é geral, inclinando-se para uma classe toda do pessoal, ou é especial, reportando-se a um só funcionário. Baixa das autoridades mais graduadas para as mais subalternas da escala administrativa. O inverso não se verifica. É sempre *coativa*" (nosso *Tratado de direito administrativo*. 1966. vol. II, p. 137).

Por fim, na mesma obra e página, frisávamos: "Na órbita exterior, dirigindo-se ao público, reúne a portaria traços de generalidade e coatividade, mas não de novida-

de. Portaria não inova, não cria, não extingue direitos, não modifica, por si, qualquer impositivo da ordem jurídica em vigor. Não dispõe *contra legem*, mas atua *secundum legem*. Interpreta o texto legal com fins executivos, desce a minúcias não explicitadas em lei. Pela portaria, por exemplo, disciplina-se o trânsito, indicando as mãos, os estacionamentos, desviando-se os movimentos de pedestres e veículos, em casos de festas, comícios, incêndios. Também pela portaria fixam-se preços a gêneros alimentícios, impõe-se um teto para serviços particulares prestados ao público" (nosso *Tratado de direito administrativo* 1966 vol. II, p. 137).

Expliquemo-nos bem. É claro que a portaria absoluta, isolada, não pode criar, nem inovar na ordem jurídica. Nem o decreto. Nem mesmo o decreto-lei, a não ser nos três casos excepcionais permitidos pela Emenda n.º 1, de 1969, art. 55.

Entretanto, portaria apoiada em lei ou em decreto pode — e deve — descer a minúncias que o texto básico não previu, mas que exigem tomada de posição imediata do poder público, diante de eventos inesperados, ditados pelas circunstâncias.

Precisamente aí é que reside a sensibilidade do administrador, informado pela conveniência e oportunidade, sem, no entanto, afastar-se da legalidade, barreira que o limita. A lei traça os limites. O regulamento veiculado por decreto, disciplina assuntos mais específicos, acenados, mas não enfrentados pelo legislador. O mesmo ocorre com a portaria.

Se lei (ou decreto) traça o regime global de um instituto, a portaria é um dos atos administrativos de que se serve o administrador para dosar cada conotação daquele todo, na gradação plástica exigida pela imprevisibilidade da vida.

Não pode a portaria, jamais, delinear regime jurídico originário para disciplinar o instituto da permissão. Pode, porém, traçado este, flexioná-lo em qualquer dos pontos, desde que em harmonia com a configuração global, na letra e no espírito.

Proceder de modo diverso seria petrificar o direito em normas estanques, divorciando-o da realidade palpitante da vida.

35. Como se vê, o conceito de portaria evoluiu, alargou-se, sendo hoje o ato administrativo, geral ou especial, interno ou externo, que se impõe coativamente ao funcionário público ou ao administrado, *secundum legem*, interpretando o texto legal ou regulamento, com fins executivos, descendo a hipóteses não explicitadas no diploma anterior.

Portaria geral é a que se dirige a toda uma classe de funcionários ou a toda uma classe de administrados.

Portaria especial é a que enquadra uma situação jurídica individual.

Portaria interna é a que baixa da autoridade colocada em grau mais alto na hierarqua administrativa para os agentes públicos inferiores.

Portaria externa é a expedida quer ao público, em geral, quer a uma determinada classe da coletividade diferenciada, como a permissionários ou concessionários.

A portaria externa caracteriza-se pelo traço de verticalidade, a portaria interna distingue-se pelo traço de horizontalidade. Por isso se diz que a primeira "é baixada", a segunda "é expedida". Ambas, porém, se revestem do traço da coatividade.

Natureza da portaria expedida pelo DER

36. As sucessivas portarias que o Departamento de Estradas de Rodagem vem expedindo se enquadram entre as portarias externas, porque ultrapassaram o âmbito interno e se dirigem a empresas permissionárias que exploram serviços de transporte coletivo de passageiros de um município a outro município, dentro do Estado de São Paulo, ou seja, o transporte coletivo rodoviário internacional.

Trata-se, pois, de ato administrativo formal, porque editado pelo poder que, por excelência, é especializado em editá-los. É motivado, porque explicita os motivos em que se apoiou o agente para editá-lo.

Em todo ato administrativo, o fim deve ser público. Do contrário, ocorre o desvio de poder, que possibilita a anulação do ato. Neste caso, a portaria liberatória preenche a finalidade pública, que o administrador teve em mira.

Além do fim, a portaria que estamos examinando é motivada, revela o motivo que impediu a autoridade a expedi-la. Neste caso, a demanda excessiva, em certos períodos, foi a causa determinante da providência tomada.

Portaria motivada, fundada no interesse público e apoiada em causa real propulsora — eis a configuração global e genérica que abrange a portaria prolatada, modelo de que se serviu o administrador todas as vezes que procedeu às liberações de horários.

37. Como todo ato administrativo, a portaria expedida pelo DER deve reunir pressupostos, elementos, ou requisitos, de forma e fundo, que, se preenchidos, a tornam intangível, perfeita, válida, eficaz, gerando efeitos assim que publicada. Esses elementos são — agente, objeto, forma, motivo e fim.

Essa a configuração, anatomia ou estrutura que a portaria deve assumir para entrar validamente no mundo jurídico e produzir os efeitos que a autoridade prolatora lhe fixou.

Cada um desses elementos deve ser caracterizado por um traço positivo, expresso por um atributo. Assim, agente capaz; objeto certo, possível; forma adequada; motivo existente, real; fim público.

38. A portaria expedida pelo DER ou não reunirá tais requisitos e, nesse caso, deverá ser posta de lado, por imprestável, ineficiente, ineficaz, imperfeita, ou reunirá todos esses elementos, o que lhe permitirá entrar para o mundo jurídico, inatacavelmente. Com efeito, encontram-se, na portaria editada pelo Superintendente do DER, todos os elementos constitutivos do ato administrativo, elementos esses íntegros, inatacáveis, a saber:

a) *agente capaz* — o Superintendente do DER, legalmente investido no cargo;

b) *objeto lícito* — disciplinação do transporte coletivo intermunicipal;

c) *forma perfeita* — ato administrativo adequado para a expressão da vontade da administração, sem defeito formal algum, quanto à redação, à publicação, etc.

d) *motivo ou causa* — demanda popular de lugares (em veículos de transporte coletivo) maior do que os existentes;

e) *fim* ou *finalidade* — a prestação do próprio serviço, de interesse público, mediante a ação das empresas permissionárias credenciadas;

f) *mérito* — oportunidade e conveniência da medida, isto é, por um lado, o momento, a hora, o dia, a demanda, a razoabilidade, por outro lado, o conseqüente aumento das viagens, efeito da liberação. Oportunidade, por ocorrer no momento exato; conveniente por solucionar o problema (parte positiva), evitando toda parte negativa, a saber, o câmbio negro das passagens, a lesão ao erário, a sobrecarga dos veículos, o nervosismo dos motoristas. A liberação é oportuna e conveniente, assim, porque coloca ponto final em todo e qualquer tipo de clandestinidade emergente de situações anômalas que conspiram contra a moralidade que deve cercar a administração, prestigiando-a sempre.

Considerada, pois, em si e por si, de maneira absoluta, a portaria editada pelo Superintendente do DER é incriticável, sob o aspecto estrutural e sob o aspecto do conteúdo. Atende aos requisitos formais e materiais.

Isso não basta, entretanto, para assegurar-lhe eficácia no mundo jurídico.

É necessário repetir mais uma vez que a referida portaria tem embasamento jurídico, seu suporte legal.

Como ato administrativo que é, a portaria valerá na medida em que estabelece uma ponte entre a lei e o administrado, entre o decreto-lei e o administrado, entre o decreto e o administrado.

Poder-se-á dizer da portaria o que se diz a respeito do regulamento, quando comparado com a lei regulamentada. Vale na medida em que não conflita com o diploma legal anterior a que se liga.

Regulamento e lei

39. De fato, não se confunde o regulamento com a lei, não podendo aquele ultrapassar os limites a esta conferidos. Se o regulamento se afasta da lei, é inconstitucional (Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1946*. 2.ª ed. 1953. vol. II, p. 413).

Jamais podendo ser exercido *contra legem*, desenvolve-se, isso sim, de acordo com os princípios legais, dentro da lei (Prates da Fonseca, Tito. *Lições de direito administrativo*. 1943. p. 57), porque a norma jurídica o limita e o condiciona (Alessio. *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*. 4.ª ed., 1949. vol. I, p. 124).

40. Entre o lei e o regulamento existe diferença de forma, que não se reflete sobre o conteúdo, mas pode refletir-se sobre a diversa eficácia jurídica dos dois atos. Ambos os atos criam normas, mas um se coloca em relação de subordinação relativamente ao outro (Alessio. *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*. 4.ª ed., 1949. vol. I, p. 124).

Portaria e suporte legal

41. O valor atual da portaria ainda não foi ressaltado de maneira clara e completa pelos autores.

Deixando-se de lado a lei, cuja força atuante é singular e à parte, temos os atos administrativos, que, numa escala de valores, se colocam abaixo da lei. Ato administrativo em oposição à lei *não vale*.

Entre os atos administrativos, o regulamento, ato geral, veiculado por decreto, só tem valor na medida em que complementa a lei, descendo a aspectos específicos não cogitados no diploma legal.

Na mesma linha de raciocínio, a portaria vale na medida em que, apoiando-se em texto anterior, lei decreto-lei (hipótese da Emenda Constitucional n.º 1, art. 55, I, II e III) ou decreto, desce a hipóteses mais explicitadas do que as de seu suporte anterior básico.

Suporte legal da portaria do DER

42. O DER tem expedido portarias cujo objetivo preciso é a liberação de horários, em favor de todos os permissionários que exploram serviços de transporte coletivo intermunicipal de passageiros.

Em si e por si, de modo absoluto, tais portarias são, como demonstramos, intangíveis, porque preenchem todos os requisitos formais que a integram, como ato administrativo que é.

Trata-se de condição, mas de condição necessária, não suficiente ainda, para poder ser classificada como perfeita e idônea para concretizar os efeitos que tem em mira, ao ser editada.

Demonstremos que a citada portaria tem base legal, ou seja, que serve de conexão entre diploma legítimo anterior e a situação dos administrados que procura resolver.

Ora, o suporte legal para a expedição das portarias reside, primeiro, no Decreto n.º 36.780, de 17 de junho de 1960, cujo título III fixa o regime da permissão.

Regime é "modo de proceder", "processo", "regra", conjunto de medidas tomadas para que algo, ao ser criado, se conserve, se perpetue. Há um regime estático e um regime dinâmico.

No caso especial que estamos examinando, o regime incide sobre veículos, qualidade e quantidade, percursos e horários. Ao ser fixado, é estático. Ao flexionar-se a determinadas situações, dinamiza-se.

Quem fixa os horários a que ficarão sujeitos? Assim que publicados.

Logo, o Decreto n.º 36.780, de 17 de junho de 1960, ao descentralizar os serviços de transportes coletivos intermunicipais, delegou competência ao DER para a fixação de horários, não arbitrariamente, mas vinculando-os a uma condição, sua causa determinante: a demanda de transportes, com a finalidade de atender ao interesse público e à segurança do tráfego (art. 12, § 1.º).

As Instruções complementares às Normas relativas aos serviços de transportes coletivos intermunicipais de passageiros, que o próprio decreto previu em seu artigo 25, ampliaram os poderes conferidos ao DER, dando-lhe a faculdade discricionária não só de fixar, como a de alterar as condições do regime da permissão (art. 16).

Vale a pena transcrever esse art. 16, na íntegra: "O DER a seu critério fixará e alterará as condições do regime da permissão (art. 16).

Alterar é, no caso, aumentar, diminuir ou modificar. São três as hipóteses possíveis.

A seu critério significa, em linguagem técnica, que o DER tem o poder discricionário de fixar e alterar os horários, consultando, para isso, apenas a oportunidade e a conveniência da medida.

Isto é o que se chama de mérito do ato administrativo, inconfundível com o mérito processual, que se contrapõe à preliminar. Em direito administrativo, mérito é expresso pelo binômio oportunidade + conveniência.

Pois, bem, no campo do mérito o Superintendente do DER é o único juiz, quando, "a seu critério", ou seja, discricionariamente, consultando apenas a oportunidade e a conveniência da fixação e alteração dos horários, delineia o regime da permissão.

Se a fixação ou alteração do horário trouxer prejuízos a um permissionário, o dano causado lesa apenas interesses, não direitos, o que lhe veda bater às portas do judiciário para a correção da medida.

Ferindo interesses só resta ao permissionário prejudicado uma via — a via administrativa — com os respectivos pedidos de reexame, seguidos dos recursos hierárquicos próprios, até a exaustão dentro do âmbito da entidade descentralizada, ou impróprios, extravasando a entidade e chegando ao hierarca da administração direta.

"Distingue-se direito de interesse, como espécie do gênero. Todo direito é interesse, mas nem todo interesse é direito. Só é direito o interesse protegido pela norma jurídica. Ora, o dano, que a ação administrativa cause aos indivíduos, tanto lhes pode ferir um direito, como um simples interesse. Quando fere um interesse, não é possível ao seu titular invocar a proteção da lei, pois não tem ação quem não tem direito. Só lhe resta pedir, à autoridade administrativa, que o restaure do dano sofrido, ou conceda a vantagem solicitada. Isto em nome da eqüidade, ou sob outro qualquer pretexto" (Masagão, Mario. *Em face da Constituição Federal não existe, no Brasil, o contencioso administrativo*. 1927. p. 13).

Desse modo, é interdito ao poder judiciário penetrar no mérito do ato administrativo, examinando o pedido eventual de permissionária que atacasse o critério seguido pelo administrador ao editar portaria liberatória dos horários.

43. Em conclusão, as condições do regime da permissão inscrevem-se na área discricionária do DER, sendo privativas dessa autarquia estadual, mediante formalização em ato administrativo compatível com tal finalidade, em função direta dos motivos que o próprio decreto assinala.

A formalização, no caso, foi a portaria.

Não só as Normas e diretrizes (art. 12 e § 1.º), como também as Instruções complementares (art. 33 e 34), introduzidas por decreto do chefe do executivo estadual (Decreto n.º 36.780, de 17 de junho de 1960), legitimam toda e qualquer providência do DER no tocante a horários.

As Normas e diretrizes, complementadas pelas Instruções, ambas introduzidas por decreto, fixaram o regime jurídico das permissões outorgadas a empresas privadas para a exploração de serviços de transportes coletivos de passageiros de um município a outro, dentro do Estado de São Paulo.

Quais, porém, as notas tipificadoras desse regime jurídico?

Regime Jurídico da permissão

44. Delinear o regime jurídico de um instituto é dar-lhe todas as conotações, integrando-o no sistema a que pertence e estabelecer-lhe um a um os pontos máximos e mínimos, de modo a configurar, de maneira científica, o lugar geométrico que ocupa e o alcance preciso de suas respectivas implicações, corolário das fixações iniciais assentadas, ponto de partida para as respectivas implicações ulteriores (cf. nossos livros e artigos: *Empresa pública*. 1973. p. 199-200; *Direito administrativo comparado*. 1972. p. 30; *Tratado de direito administrativo*. 1970. vol. VII, p. 50; *Dos bens públicos no direito brasileiro*. 1969. p. 300, nota 1; *Revista de Direito Administrativo*, 1967, vol. 90, p. 459, e *Revista Forense*, 1968, vol. 221, p. 29).

45. Em síntese, o regime jurídico da permissão, nas duas modalidades em que se desdobra, a permissão para uso privativo de bem público e a permissão para exploração de serviço público, é caracterizado pelo conceito genérico do instituto, pela determinação de sua natureza jurídica, aliás, expressa na própria definição, bem como pelos traços universais, sempre presentes nessa *figura iuris*, e pelos traços especiais que esse modelo, sem desnaturar-se, assume em cada caso.

Dito em outras palavras, o regime jurídico da permissão é tipificado por traços universais e por traços acidentais, sendo estes últimos decorrência daqueles, como todo acidente que surge no ser, sem desvirtuar-lhe a essência.

46. O conceito do instituto da permissão é dado pela doutrina do direito administrativo, em geral concorde, nos diferentes países.

Permissão é o instituto jurídico, mediante o qual o poder público investe o particular-permissionário num *status*, que lhe assegura o direito de utilizar-se de um bem público ou de explorar serviço público, mediante o preenchimento de determinados requisitos.

"A permissão ou licença, palavras que correspondem à figura da autorização, em sentido técnico, é o ato administrativo que remove um obstáculo para o exercício de uma atividade por si mesma compreendida na esfera jurídica individual" (Zanobini. *Corso di diritto amministrativo*. 2.ª ed, 1945. vol. IV, p. 27).

Considerada *in genere*, a permissão é ato administrativo unilateral, discricionário, que supõe, quase sempre, um pedido do particular, mas este pedido não se integra, como elemento jurídico, no ato administrativo editado, do qual constitui simples antecedente (cf. nosso artigo Regime jurídico das permissões de uso no Brasil. *RDA* 101/29).

47. Há dois tipos de permissões, a denominada permissão simples e a chamada permissão qualificada, definindo-se esta última como todo ato administrativo unilateral, discricionário, editado pelo poder executivo, mediante licitação, oneroso, com prazo final assinalado, revogável mediante indenização (cf. nosso artigo Regime ju-

rídico das permissões de uso no Brasil *RDA* 101/42-43).

Nos dois casos, porém, a natureza jurídica da permissão é a de: a) ato administrativo; b) unilateral; (c) discricionário; d) oneroso ou gratuito; e) outorgado *intuitu personae;* f) revogável com ou sem indenização.

As diferenças na natureza jurídica é que possibilitam a subdivisão da permissão em simples e qualificada.

A permissão para a exploração de serviço público intermunicipal coletivo é uma permissão qualificada, o que a aproxima da concessão, que é um contrato de direito público. Não se confundem, entretanto, as permissões e as concessões.

Aliás, as figuras da autorização, da permissão e da concessão, confusas no direito brasileiro, só nos últimos tempos se estremaram, diferenciando-se.

Tratando de estabelecer a natureza jurídica da permissão, Miguel Reale ressalta que "é difícil, sem dúvida, traçar um limite rígido entre autorização e permisão", mostrando a seguir que, sob certo prisma, se poderia considerar a permissão como uma espécie de autorização e que, no direito pátrio, já se esboça um instituto especial, que compartilha da autorização, como ato permissivo que é, dependente da apreciação discricionária dos fatos por parte da autoridade administrativa e, ao mesmo tempo, participa da objetividade e garantia do *status* da concessão, uma vez que o permissionário passa a usufruir de um regime jurídico próprio, por prazo determinado. "Poder-se-ia dizer", conclui Miguel Reale. "que a permissão se constitui como se fora autorização e é exercida como se fora concessão, o que explica que os nossos legisladores ora empreguem um vocábulo, ora outro, ou os dois, indiferentemente, demonstrando a falta de clara determinação conceitual" (*Direito administrativo*. 1969. p. 154-5).

No artigo Regime jurídico das permissões de uso no Brasil (cf. *RDA* 101/24 a 43), que sintetiza extenso Parecer que elaboramos para a Prefeitura de São Paulo, definimos a autorização, a permissão e a concessão, assinalando os traços característicos de cada uma dessas figuras, ao mesmo tempo que, pela primeira vez, no Brasil, estruturamos a permissão qualificada ou permissão com prazo fixo que alguns juristas, desligados da realidade brasileira, tacham de absurda, sem a menor razão.

48. Pois bem, a permissão para a exploração de serviços de transportes coletivos intermunicipais, no Estado de São Paulo, veiculada por Decreto do poder executivo n.º 36.780, de 17 de junho de 1960, é dada pelo prazo de cinco anos (art. 10, § 1.º).

Entre outros traços constitutivos do regime jurídico da permissão, além do prazo mencionado, reside o concernente aos horários.

Aprovando as Normas e diretrizes, o decreto é de uma precisão matemática neste ponto, ao determinar que os horários são fixados privativamente pelo DER, entrando em vigor após a publicação (art. 12). Esse o regime estático do horário.

Há, por outro lado, a possibilidade da alteração do horário. Esse o regime dinâmico do horário.

Fixados em função da demanda, alterar-se-ão os horários, é claro, quando a demanda aumenta e diminui.

Três hipóteses evidentes são consideradas — a demanda permanece a mesma e não há alteração; a demanda diminui e os horários sofrerão uma retração; a demanda aumenta e os horários sofrerão aumento, liberando-se para possibilitar o atendimento.

Com grande acuidade o decreto anteviu o aumento da demanda, ao dispor: "O DER baixará no prazo de 60 dias as Instruções complementares às presentes Normas, bem como regulará o transporte coletivo inter-

municipal de passageiros que as atuais disposições não provêem" (art. 25).

Pois bem, o artigo 16 das Instruções complementares preceituou que "o DER a seu critério fixará e alterará as condições do regime da permissão".

Nem se diga, *ad argumentandum*, que, na hipótese da consulta, se deveria cogitar do rito processual previsto no artigo 12, § 2.º das Normas e diretrizes ("Havendo mais de um interessado, os novos horários, no mesmo itinerário, distribuir-se-ão em proporção aos de cada permissionário"), reafirmado no art. 35 das Instruções, assim como a audiência da Comissão de Tráfego.

Na realidade, a hipótese é extra-rito, excepcional, motivada pela demanda pública e notória em certos e determinados períodos.

Forma jurídica da liberação de horários

49. O DER escolheu a portaria para formalizar as liberações de horários.

Teria adotado a fórmula jurídica adequada? Ou a portaria, mesmo abrigando conteúdo legítimo, seria inadequada e, pois, inoperante, ineficaz, para levar às permissionárias a vontade da administração?

Quanto ao conteúdo, pois não se questionará, porque as condições do regime da permissão, fixadas pelo decreto, são genéricas, admitindo-se uma faixa flexível de decisões. Nesta área é que entra o poder discricionário do DER.

O DER pode não só especificar tipos e quantidades de veículos, como também auscultar as demais exigências compatíveis com o percurso a ser servido (art. 11), podendo ainda, a seu critério, alterar outras condições, típicas do regime (art. 16 das Instruções), quer por provocação do permissionário (art. 16, § 1.º, das Instruções), quer espontaneamente, ao consultar o interesse público, consubstanciado em concreto, por exemplo, no aumento das demandas, observada a segurança do tráfego.

Funciona ainda, no âmbito de DER, a Comisão de Tráfego, órgão subordinado ao Diretor Geral, que é ouvido quando ocorrem modificações no regime jurídico das permissões (art. 21, II das Normas e diretrizes e art. 58 e 59, II das Instruções complementares).

Contudo, não é a hipótese das liberações de horários de que cogita a presente consulta.

Com efeito, as mencionadas liberações são feitas numa demanda de caráter excepcional, cuja comprovação é pública e notória, independendo, assim, do rito processual a que se reporta a legislação, para casos específicos.

Da mesma forma, não há que cogitar-se do atendimento do inciso V, do art. 16 das Instruções complementares e do art. 35 das mesmas normas.

Da Constituição Federal à Constituição estadual; desta ao decreto; deste às Normas e às Instruções — eis a articulação jurídica que fixou a competência do DER.

50. Por que a portaria? Teria sido feliz a escolha?

Na realidade, o DER observou a prática federal, traduzida no prestígio que a União tem dispensado a este tipo de ato administrativo.

Assim, na área federal, "o Ministro da Fazenda, em decisão fundamentada, poderá determinar a prisão administrativa, por prazo não superior a 90 dias, do contribuinte que deixar de recolher aos cofres da Fazenda Pública o valor dos tributos de que é simples detentor" (art. 3.º do Decreto-lei n.º 1.104, de 30 de abril de 1970).

O ato administrativo que, empregado pelo Ministro da Fazenda, vem formalizando e veiculando as referidas prisões, tem sido a portaria.

Não, entretanto, portaria autônoma ou absoluta, mas vinculada a decreto-lei anterior, que lhe embasa tal procedimento jurídico.

Do mesmo modo, o Instituto Brasileiro do Café (IBC) fez amplo uso de portarias, como se depreende do processo PR n.º 1.045/66 (cf. *RDA* 102/398). Discutida, em juízo, a portaria n.º 1.129, "cujos efeitos estavam suspensos porque posta em xeque sua legalidade", "o poder judiciário dirimiu a controvérsia em favor do ato da autarquia". E concluiu: "Logo não se há de exigir desta, continue com os efeitos dele, sustados, obrigando-a a admiti-los, apenas em relação aos que foram partes no *mandamus*. O IBC nunca os quis interrompidos. A tanto foi compelido por ordem superior. Agora, ao revigorar seu ato impugnado, o faz com o aval do poder judiciário, não se lhe podendo recusar a decisão administrativa de conferir ao mesmo a plenitude de seus efeitos, como sempre o desejou. Por conseguinte, a legitimidade dos atos da entidade autárquica se tornou irrecusável na esfera administrativa, em virtude da decisão judicial a respeito, dadas as circunstâncias e condições especiais verificadas, na espécie, sobretudo porque a manifestação do judiciário veio ao encontro da vontade da autarquia e ratificou a legalidade de seu ato" (Almeida Ramos, Romeu de. Consultor-Geral da República, resumindo o conteúdo da decisão).

"Assim sendo, válido o enquadramento resultante da Portaria n.º 1.129/65, tantas vezes referida, indiscutível se torna o *status* de Procurador que a mesma conferiu aos servidores por ela abrangidos" (idem, ibidem. *RDA* 102/401).

Igualmente, o Ministro da Fazenda, no uso de suas atribuições e tendo em vista o disposto no art. 10, inciso II, do Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (RIPI), aprovado pelo Decreto n.º 61.514, de 12 de outubro de 1967, declarou, por portaria, "isentos do Imposto sobre Produtos Industrializados os produtos vendidos, por estabelecimentos industriais e pelos que lhes são equiparados, diretamente a pessoa domiciliada no exterior em trânsito no país, mediante pagamento em cheques de viagem" (cf. *RDA* 104/353-354).

Ainda na esfera da União, o Chefe do Serviço de Censura de Diversões Públicas do Departamento de Polícia Federal, no uso das atribuições que lhe são conferidas por vários decretos, expediu portaria proibindo, em todo território nacional, a exibição de determinada película cinematográfica, consultando, para isso, tão somente, a oportunidade e a conveniência, ou seja, fazendo uso de seu poder discricionário, por entender que o mencionado filme tinha por finalidade "incentivar a prática de crimes e atentar contra a moral e os bons costuces" (cf. *RDA* 105/319-320).

51. Não cabe, nesta altura, discutir se, nos casos mencionados, a portaria foi legítima ou não. Parece-nos, a um primeiro exame, que sim.

Estamos demonstrando, tão-somente, o alto prestígio que se está atribuindo à portaria, na esfera federal, bem como frisando que esse ato administrativo ultrapassa o limiar interno das repartições e atinge o público.

Não abrange, como antigamente, apenas os funcionários. Estende-se aos particulares, às pessoas físicas e jurídicas. Entre estas últimas, às permissionárias de serviços públicos.

52. Portaria não pode, por si só, autonomamente, isoladamente, fixar todo um regime jurídico, mas pode, sem dúvida alguma, incidir sobre cada uma das conotações tipificadoras de um regime jurídico, já delineado por diploma categorizado anterior, alterando-lhes o rito, em seus pontos acidentais. Alteração quantitativa, não qualitativa, modificação na parte aleatória do instituto, não na essência, o que seria desvirtuamento, afastamento, divergência, de base.

"Portaria não inova, não cria, não extingue direitos, não modifica, por si, qualquer

impositivo da ordem jurídica em vigor. Não dispõe *contra legem,* mas atua *secundum legem.* Interpreta o texto legal com fins executivos, desce a minúcias não explicitadas em lei" (cf. nosso *Tratado de direito administrativo.* 1966. vol. II, p. 137).

Assim como o regulamento não pode ultrapassar os limites estabelecidos na lei, mas desenvolve-se de acordo com os princípios gerais *secundum legem,* assim também a portaria não pode inovar regime jurídico delineado por decreto que a ampara.

Traçando um paralelo entre regulamento e lei, de um lado, e decreto e portaria, de outro lado, diríamos que tanto o regulamento como a portaria são "instrumentos do poder público destinados a facilitar a aplicação de medida legal anterior, fundamento destes".

Se o regulamento dinamiza a lei, a portaria é o ato administrativo dinamizador do decreto; os limites legais do regulamento são os dispositivos do texto regulamentado; os limites legais da portaria encontram-se no decreto por esta dinamizado.

Forma e essência da portaria

53. Existiria relação entre a figura jurídica (autorização, permissão, concessão) e o ato administrativo que a formaliza, introduzindo-a no mundo do direito?

A matéria e a forma, evidentemente, apresentam compatibilidades ou correlações, o que, entretanto, não é regra rígida.

No mundo do direito, quase sempre, a *forma dat esse rei,* ou seja, a *forma dá o ser à coisa.* Em outras palavras, a forma aplica-se de modo perfeito ao conteúdo que pretende introduzir no cenário jurídico.

Inúmeros atos administrativos são veículos apropriados para formalizar situações no mundo jurídico. *A contrario sensu,* existe também incompatibilidade entre ato administrativo e instituto jurídico.

No direito brasileiro, por exemplo, jamais uma desapropriação pode ser declarada por portaria, nem uma concessão pode ser outorgada por simples despacho ou por mero aviso.

Percebe-se, desse modo, que existe certa compatibilidade entre forma e substância do ato administrativo. Algumas vezes, a lei é expressa, outras vezes é omissa. Na segunda hipótese, cabe à doutrina demonstrar dentro do sistema qual o mais idôneo ato administrativo capaz de traduzir dada situação. No caso presente, nem o decreto, nem as Normas e diretrizes, nem as Instruções complementares apontam nominalmente a portaria como instrumento idôneo para a liberação dos horários. Nem apontam qualquer outro ato administrativo.

Entretanto, estudo global e sistemático de nosso sistema jurídico, nos três aparelhamentos, federal, estadual e municipal, legitima a portaria como ato administrativo adequado, para traduzir modificação de um ou de outro ponto do regime jurídico da permissão, desde que não se desnature a essência do instituto, cujo regime jurídico está fixado no decreto.

Em outras palavras, e usando linguagem filosófica, aristotélico-tomista, diríamos que a portaria pode incidir apenas sobre acidentes, nunca sobre a essência da entidade, no caso a permissão.

Portaria, instrumento legítimo para a liberação

54. O DER de São Paulo vem outorgando, com autorização do Senhor Secretário de Estado, liberação de horários a todas as empresas permissionárias que exploram o transporte coletivo de passageiros intermunicipal.

A portaria tem sido o veículo escolhido para formalizar tais liberações. Do estudo que fizemos, chegamos à conclusão de que esse procedimento foi acertado, porque existe a mais absoluta compatibilidade entre forma e essência da medida.

Portaria não pode inovar. Pois bem: esta portaria não inovou. Flexionou um traço já fixado para uma situação, adaptando-o a outra situação. Adaptar é matizar, não desnaturar. Demanda normal é resolvida pela fixação. Demanda anormal implica a alteração na fixação inicial.

Por outro lado, a liberação não tem gerado a denominada concorrência ruinosa, pois os fatos, públicos, notórios e reiterados, revelam que, nos períodos anômalos de grande afluência, as demandas dos usuários são muito superiores aos lugares normalmente oferecidos. A edição das portarias têm incentivado a concordância salutar.

Percebe-se, pela análise feita, que as liberações realizadas por portarias não ferem o direito de nenhuma permissionária. Se houvesse lesão a direitos, mesmo que se tratasse de um decreto, seria possível submetê-lo ao exame do poder judiciário.

Não se trata, pois, do problema de saber se a portaria é o ato administrativo adequado para isso. Trata-se de indagar se a portaria é legal ou ilegal, se sua edição fere ou não fere direitos dos permissionários. No caso presente, a portaria seria inquinada de ilegal se, contrariando o decreto, introduzisse situação tal que discriminasse este ou aquele permissionário, favorecendo-o ou prejudicando-o.

O leading-case na matéria

55. Há muitos anos, no Rio Grande do Norte, uma empresa de transportes coletivos, que conduzia passageiros de Natal para várias cidades interioranas e vice-versa, sofreu restrição prejudicial, que incidiu sobre horários de viagens de seus ônibus.

Impetrada segurança, a requerente solicitou autorização à Inspetoria de Trânsito para fazer trafegar, diariamente, mais um carro. O pedido nada continha de nocivo ao interesse público, pois as horas indicadas não coincidiam com as de outros veículos seus ou com as de outras empresas concorrentes. O pedido foi indeferido sem nenhum motivo plausível. Provocado a pronunciar-se no caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, acolhendo as razões do Desembargador Seabra Fagundes, deferiu a segurança, para que o impetrante pudesse fazer trafegar seu ônibus no horário solicitado, sem prejuízo, é claro, do exercício, pela Inspetoria, das atribuições genéricas que lhe confere a lei na disciplinação impessoal das condições de trânsito (cf. *RDA* 14/52-82).

56. Analisando a sentença, na época, Victor Nunes Leal concluía que "o acórdão que motiva os presentes comentários concluiu, por circunstâncias e provas inequívocas, que, sem nenhuma razão de utilidade pública, a autoridade policial pretendia beneficiar uma empresa de transportes em detrimento de sua concorrente, com sacrifício para os passageiros. Não se tratava, pois, de uso do poder discricionário — como ocorreria, por exemplo, se apenas se discutisse a conveniência de ser estabelecida nova linha de ônibus ou certo horário de viagens, sem que isso implicasse no evidente prejuízo de um concorrente em favor de outro; tratava-se de ação arbitrária, violadora do princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei e que equivalia a transformar a administração pública em instrumento de concorrência desleal. Não estava em jogo o simples acerto ou desacerto da medida: a opção administrativa contrariava princípios jurídicos pacificamente aceitos, com a manifesta intenção de favorecer um dos contendores numa luta comercial. Impunha-se, portanto, a declaração de ilegalidade do ato" (cf. *RDA* 14/81-82).

57. Victor Nunes Leal salienta, com toda precisão, a ocorrência de concorrência desleal, de verdadeira luta comercial entre dois contendores, transformando-se a administração em instrumento para favorecer um dos contendores.

No Rio Grande do Norte, a negação do horário foi discriminatória. Negou-se à permissionária *B* para favorecer a permissionária *A*. No nosso caso, se a portaria fosse discriminatória, liberando horários especiais para permissionária *B* e negando-os para sua concorrente *A*, estaria editando ato nulo, eivado do vício conhecido como desvio de poder, hipótese do caso apontado no Rio Grande do Norte (cf. nosso livro *Do desvio de poder*. 1964. p. 117), ou seja, "a autoridade administrativa usou de sua competência para exercer o poder que lhe foi posto nas mãos, não para perseguir o fim previsto, mas para atingir fim diverso daquele que a lei lhe conferira" (cf. *Do desvio de poder*. 1964. p. 27).

58. A portaria do DER, entretanto, não discriminou, não individualizou, não particularizou os horários.

De acordo com os textos anteriores em que se apoiou, procedeu à alteração, à modificação, mas no sentido de liberação geral e impessoal, que feriu, ou poderá ferir interesse, jamais direitos das permissionárias que se sentirem prejudicadas.

Portaria que, eventualmente, fira interesses é inatacável pela via judicial, não obstante possa sê-lo na via administrativa, mediante interposição dos competentes recursos hierárquicos.

59. Medidas como as que têm sido tomadas pelo DER para a liberação de horários, indistintamente, são legítimas:

(a) quanto à forma, porque a portaria é, dentre os atos administrativos, o que mais se coaduna com este tipo especial de providência — a alteração quantitativa num traço apenas do regime jurídico;

(b) quanto aos requisitos, porque:

1.º foram expedidas por agente capaz, o Superintendente do DER, em matéria de sua estrita competência;

2.º incidiram sobre objeto lícito, certo, possível — horários — constitutivos do regime fixado por decreto anterior, consubstanciado nas Normas e nas Instruções, credenciadas pelo diploma anterior, seu suporte legal;

3.º colimaram fins públicos, gerais e impessoais, não discriminando, não favorecendo quem quer que seja, e, pois, não configurando o desvio de poder;

4.º atenderam a motivos reais, existentes e comprovados — aumento da demanda de lugares — causa determinante da providência administrativa;

5.º atenderam ao mérito, ou seja, L oportunidade e à conveniência, elementos axiológicos ou valorativos, que norteiam o administrador, ao fazer uso de seu poder de discrição — poder discricionário — resumindo na expressão autorizadora "a seu critério";

(c) quanto ao conteúdo, matéria ou substância, propriamente dita — a liberação indiscriminada de horários — que:

1.º não está ocasionando a concorrência, denominada, pelos autores, de ruinosa, desleal;

2.º está, ao contrário, propiciando a denominada concorrência salutar, porque as empresas procuram aperfeiçoar seus serviços, o que redunda no benefício dos usuários;

3.º está prevenindo práticas ilegais, contrárias ao interesse geral.

60. Por todos estes motivos de fato e de direito, tantas vezes aqui repetidos, examinados e analisados, diante da realidade sempre palpitante e cheia de surpresas e diante da lei, ora rígida, ora plástica, somos de parecer que a administração, em períodos normais, usará o regime usual dos horários, adstrito ao rito rígido pré-estabelecido, mas, em períodos anômalos, de exceção, pode e deve proceder extra-rito, em função, sem dúvida da demanda de lugares, adaptando, flexionando, alterando, a seu critério, discricionariamente (jamais arbitrariamente), as conotações do regime — no caso, os horários — para enfrentar quadros inusitados,

que desafiam as soluções inoperantes do regime rígido, ineficazes para atendê-los.

Autorizado por quem de direito, agente público da administração direta, o agente público da administração indireta, examinando um a um os atos administrativos existentes no direito brasileiro, escolheu a portaria, formalizando com esta modalidade de ato seu proceder.

Portaria divorciada de texto anterior? Não. Portaria que inovou? Não. Portaria que alterou uma conotação de regime? Sim, mas alteração prevista em texto lídimo anterior.

Logo, é a portaria o ato administrativo idôneo para que o Superintendente do DER, autorizado pelo Secretário dos Negócios dos Transportes, proceda à liberação de horários, de maneira geral e impessoal, em períodos anômalos, como vem fazendo.

IV

A CONSULTA

AS PERGUNTAS E AS RESPOSTAS

Pergunta:

Padeceriam de vícios as liberações de horários que, com autorização expressa do Senhor Secretário dos Negócios dos Transportes, o Departamento Estadual de Estradas de Rodagem (DER) têm editado, mediante portaria, em favor de todos os permissionários, na exploração de transportes coletivos intermunicipais de passageiros, indistintamente, sempre que a demanda de lugares sofre extraordinariamente oscilação para mais?

Resposta:

De maneira alguma. Não padecem de nenhum vício, nem de forma, nem de fundo. As referidas liberações de horários, outorgadas por portaria, ato administrativo mais compatível com este tipo de providência, são inatacáveis. Formalizando autorizações, cujas vigências, de caráter excepcional, cessam cessadas suas causas determinantes — aumento da demanda — as portarias incidem sobre, apenas "condição do regime". Autorizações para modificações de horários, em períodos anômalos, não alteram "o regime normal da permissão", o que é uma coisa; matizam, graduam, flexionam, ajustam, porém, quantitativamente, "um ponto do regime", o que é outra coisa. Alterar regime é introduzir alteração qualitativa, que depende de rito pré-fixado; alteração de condição é a flexão de um ou outro ponto de um regime rígido, a circunstâncias de momento, a critério da sensibilidade do administrador.

Pergunta:

As portarias que tem sido expedidas configuram instrumentos próprios para a formalização do ato que concede liberação de horários, na forma e nas condições expostas no quesito anterior?

Resposta:

Na forma e nas condições expostas no quesito anterior, as portarias, expedidas pelo Superintendente do DER, são o instrumento próprio, adequado, idôneo, legítimo, para a formalização do ato que concede liberação de horários.

Este o nosso parecer.

São Paulo, 18 de setembro de 1973. *J. Cretella Júnior* Professor de direito administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.