

PARECERES ADMINISTRATIVOS

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Parecer Nº 02/96 - Diogo de Figueiredo Moreira Neto

*Gestão privada do Banco do Estado do Rio de Janeiro - BANERJ, negociada consensualmente com o Banco Central do Brasil, diante da situação emergencial configurada pelo patrimônio líquido negativo. Descaracterização temporária da gestão paraestatal e conseqüente inaplicabilidade das condicionantes jurídicas da gestão pública, por incompatíveis com os regimes legais que regem a privatização extraordinária e temporária da sua administração, especificamente, a condicionante licitatória da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Apreciação, **ad argumentandum**, das hipóteses de inexigibilidade e de dispensa por urgência.*

1. A consulta pede uma definição do **status** jurídico atual do BANERJ, para que se esclareça, em conseqüência, se o Banco Bozano Simonsen, pessoa jurídica de direito privado, executor da gestão em regime interventivo temporário naquela instituição financeira estadual, está adstrito a procedimentos licitatórios para contratar o fornecimento de bens e, sobretudo, a prestação de serviços terceirizados, indispensáveis ao próprio êxito da intervenção sanatória em curso.

2. A elaboração da resposta exige que, como método expositivo, sejam examinados ordenadamente os fatos e atos, estes normativos e concretos, que influíram para caracterizar a atual situação do BANERJ.

3. A manifestação inaugural deste processado, a fls. 03, um expediente dirigido pela Presidência Executiva do Banco Bozano Simonsen, gestor interventivo do BANERJ, ao Senhor Secretário de Estado Marco Aurélio Alencar, configura a insolvência desta instituição bancária estadual, evidenciada ao apurar-se em balanço a existência de um **patrimônio líquido negativo** de ordem de 1,3 bilhão de reais, evidenciando uma situação pré-falimentar ou, na melhor das hipóteses, pré-liquidatória.

4. Trata-se, portanto, de mera conseqüência de fato, o desaparecimento do capital e a perda total do valor das ações que o representam, sejam elas do Estado do Rio de Janeiro ou de particulares. Nas atuais circunstâncias, somente uma extraordinária recuperação financeira, em brevíssimo tempo, poderá evitar o desaparecimento da instituição e a infliência de gravíssimos prejuízos aos Erários federal, estadual e à economia popular.

5. Assim é que, confrontados com essa situação emergencial, o Banco Central do Brasil, titular da competência para a defesa das finanças públicas e credibilidade das instituições financeiras, e o Estado do Rio de Janeiro,

titular do controle acionário do BANERJ, passaram a considerar os respectivos cursos de ação legal.

6. No tocante ao Banco Central do Brasil, estavam dadas as condições para a decretação do **regime de administração especial temporária**, com fundamento no Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, que lhe autoriza a substituir a gestão ordinária, **mista**, do BANERJ, por uma gestão extraordinária e transitória, **privada**, executada ou por um Conselho Diretor de pessoas físicas (art. 3º, leg. cit.), ou por uma pessoa jurídica com especialização na área (art. 8º, leg. cit.), em ambas as hipóteses, de sua livre escolha.

7. No que se refere ao Estado do Rio de Janeiro, do mesmo modo estavam configuradas as condições para submeter o BANERJ ao Programa Estadual de Desestatização - PED, instituído pela Lei Estadual nº 2.470, de 29 de novembro de 1995, como solução para a defesa do Erário estadual (art. 1º, II, leg. cit.), bem como em benefício de suas atividades sociais inadiáveis, carentes de recursos públicos (art. 1º, IV, leg. cit.), através da **privatização** daquele Banco, mediante a alienação do seu controle acionário (art. 3º, § 1º, leg. cit.).

8. Observa-se, portanto, que ambas as instituições responsáveis - o Banco Central do Brasil e o Estado do Rio de Janeiro - tinham legítimo e imediato interesse em encontrar uma solução satisfatória para o saneamento financeiro do BANERJ: o Banco Central, para evitar vultosos desembolsos com uma eventual liquidação da entidade, e o Estado, para evitar catastróficos prejuízos à Fazenda.

9. Identificado esse **objetivo comum**, o Banco Central do Brasil e o Estado do Rio de Janeiro deram início a tratativas para harmonizar suas ações, daí resultando um **Convênio**, em que concertaram uma **cooperação** entre si e a previsão da expansão do ato firmado, com a admissão de um terceiro parceiro em colaboração, por processo de licitação, para atuar como gestor interventivo, na forma do art. 8º do Decreto-lei nº 2.321, de 25.02.1987, com o objetivo de sanear as finanças do BANERJ.

10. No convênio, portanto, o Banco Central do Brasil estava decidindo sobre o **modo de exercício da própria competência**, desistindo, **ipso facto**, do exercício de sua faculdade discricionária de escolher o gestor privado incumbido da intervenção, para aceitar a modalidade licitatória para a escolha do gestor (cláusula segunda) e o concurso financeiro para remunerá-lo (cláusula quarta), sugerida e oferecido pelo Banco do Estado do Rio de Janeiro.

11. Por óbvio, o êxito dessa gestão interventiva especial, assim acordada, tornava-se a única via para reduzir os prejuízos do Estado do Rio de Janeiro e, quiçá, até para proporcionar recursos para serem aplicados na forma do art. 2º da Lei nº 2.470, de 28.11.1995, decidindo-se, por

isso, que o processo de privatização do BANERJ seria programado em duas etapas:

- 1º - **Privatização da gestão**, em consenso com o Banco Central, conforme Convênio (fls. 37 e ss.) temporária, provisória e preparatória.
- 2º - **Privatização do controle acionário** pela alienação de ações de propriedade do Estado - privatização definitiva.

12. Em termos de técnica jurídica, pode-se caracterizar o Convênio celebrado entre o Banco Central do Brasil e o Estado do Rio de Janeiro, como um acordo de execução de intervenção, de competência do primeiro conveniente, para a privatização temporária da gestão do BANERJ, mediante a escolha do gestor privado por licitação, com o objetivo comum de recuperar a liquidez do patrimônio dessa instituição bancária estadual.

13. Uma vez realizada a licitação prevista, definiu-se o parceiro privado - o Banco Bozano Simonsen - que passou a **integrar a relação**, agora trilateral, como um colaborador privado somado ao mesmo objetivo. Recaracterizou-se, destarte, o pacto primitivo, passando de **Convênio** a um **Acordo de Programa** entre as três partes, disciplinando a atuação de cada uma para alcançar o objetivo comum de saneamento financeiro do BANERJ.

14. Essa figura, embora pouco referida na doutrina pátria, o **acordo de programa**, é uma modalidade de **ato administrativo complexo** que, além das formas mais conhecidas, do consórcio e do convênio, vem sendo cada vez mais utilizada, muito à semelhança com o que, já de há mais tempo, vem ocorrendo em países vanguardeiros no Direito Administrativo.

15. Por nímia cortesia, o ilustre Procurador Fábio Giusto Morolli, em **memorandum** dirigido ao Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Planejamento e Controle, encontrado a fls. 06 a 13 deste processado, esposou meu modesto entendimento sobre essa figura da moderna administração pública consensual - o **acordo de programa**. Fê-lo, a meu ver, apropriadamente e com aguda percepção jurídica das figuras em jogo, para sustentar suas conclusões, com as quais manifesto minha concordância.

16. É oportuno o momento para ampliar esses subsídios oferecidos sobre a administração consensual, fenômeno que vem adquirindo importância crescente, não só pela flexibilidade que imprimiu à gestão dos interesses públicos, como pela possibilidade de formalizar várias formas da parceria com a sociedade.

17. A ação do Estado enquanto administrador dos interesses públicos que a lei lhe cômete, se dá tanto pela via da **subordinação** como pela via da **coordenação**. Pela **subordinação**, tradicional e mais freqüente, o Estado impõe unilateralmente a sua vontade para a realização do interesse

público a seu cargo. Pela **coordenação**, que hoje se está multiplicando na prática administrativa, o Estado atua consensualmente, unindo sua vontade à de cooperadores e colaboradores na prossecução dos interesses públicos a ele cometidos.

18. A administração subordinativa é unilateral, hierárquica e linear, ao passo que a administração coordenativa é plurilateral, equiordinada e radial; **equiordinada**, porque "os centros de decisão dos entes dotados de autonomia se encontram em posição de equiparação um em relação aos demais" (ERNESTO STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milão, Ed. Giuffrè, 1992, p. 23, e **radial**, porque seus efeitos se irradiam em várias direções), tudo contribuindo para fazer daquela uma modalidade aberta e, desta, uma modalidade fechada de administração pública (v. n. **Curso de Direito Administrativo**, 10ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1992, p. 130).

19. A harmonização das ações do setor público com o setor privado acaba sendo inelutável imposição, de um lado, da própria **natureza policêntrica** da Administração Pública, e de outro, do surgimento das diversas modalidades de **entidades intermédias**, que se situam a meio caminho entre a sociedade e Estado, na busca da maior eficiência, ética e economicidade na satisfação não apenas dos interesses públicos, como dos coletivos e difusos.

20. A administração coordenativa não vem a ser, portanto, apenas aquela em que se logra a integração de esforços entre entidades públicas e privadas, mas, também, aquela em que apenas entidades públicas venham a estar envolvidas; no primeiro caso, tem-se uma relação de **colaboração**, no segundo, de **cooperação**. Em ambas as hipóteses, repise-se, o vínculo que as une é, igualmente, o de coordenação.

21. A doutrina, hoje mais que ontem, tem aceitado a distinção técnica entre o poder administrativo subordinativo, fundado na imperatividade, e o poder administrativo coordenativo, de natureza consensual, como um modo alternativo de expressão da discricionariedade (G. FALCONI, *Le Convenzioni Publicistiche*, Milão, 1994, p. 240, e F. P. PUGLIESE, "Il Procedimento amministrativo tra autorità e contrattazioni", *Riv. Trim. di Diritto*, 1971, pp. 1.469 e ss.).

22. A reversão da hipertrofia do Estado, processo em curso desde o final da Segunda Guerra Mundial, vem produzindo uma progressiva redução das atividades estatais fundadas na imponibilidade unilateral de soluções administrativas e um correlato avanço daquelas atividades que se lastreiam na consensualidade plurilateral, com soluções por isso mais legítimas e, certamente, mais aptas a contar com a adesão geral da sociedade.

23. Historicamente, porém, a administração pública consensual já foi praticada no período do Estado de Polícia, quando o emprego de institutos de direito privado para vincular Estado e administrados era plenamente

aceito. Não foi senão a partir do final do século passado que se iniciou um processo contínuo e acelerado de publicização das relações entre Estado e sociedade e de conseqüente **funcionalização** de atividade administrativa (MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milão, 1988, p. 177), tendência essa que prosseguiu durante vários decênios só vindo a se reverter muito recentemente.

24. Simplificadamente, pode-se distinguir quatro grandes grupos de institutos da atividade administrativa pública consensual:

- 1 - A atividade administrativa pública regida pelo direito (privado);
- 2 - A atividade administrativa pública do fomento público;
- 3 - A atividade administrativa pública contratual sob regime publicista; e
- 4 - A atividade administrativa pública desenvolvida por acordo publicístico.

25. Quanto à primeira modalidade, o desenvolvimento da dogmática própria do Direito Administrativo, que o tornou direito comum do Direito Público, reduziu de muito as possibilidades de opção pelo regime privatístico, registrando-se até posições doutrinárias radicais que negavam ao Estado a possibilidade de vincular-se por outro regime jurídico que não o que lhe é próprio.

26. Já a atividade de Fomento Público, regida pelo Direito Administrativo, se vem tornando cada vez mais importante nos Estados contemporâneos, em razão até mesmo do direcionamento não-coercitivo que oferece à sociedade, devendo ser considerada uma rica alternativa a ser explorada de administração pública consensual, com notável alcance pedagógico e integrador.

27. Quanto à atividade administrativa pública realizada através de contratos, também de natureza pública, observa-se do mesmo modo sua grande expansão nas últimas décadas, notadamente com a reintrodução do instituto das concessões de serviços públicos, precedidas ou não de obras públicas, bem como de várias outras formas contratuais de gestão privada do interesse público hoje existentes.

28. Finalmente, a atividade administrativa pública submetida a **acordo de direito público**, vem se apresentando como a grande modalidade em ascensão. Dá-se nela uma coordenação integrativa de vontades, constitutiva de ato **administrativo complexo**, sendo exemplos tradicionais os **consórcios** e os **convênios** e, mais recentemente, os **acordos de programa** administrativos, sobre os quais se discorre.

29. Para bem definir os **acordos de programa** é necessário, porém, retornar à clássica distinção, hoje tão prejudicada por uma série de equívocos **doutrinários** e por uma legislação pouco afeita à boa técnica, entre **contratos** e **acordos administrativos**.

Contratos e acordos são ambas espécies consensuais do gênero **pacto**. A distinção entre os dois tipos de pacto se aperfeiçoou ao fim do século XIX, na doutrina alemã (K. BINDING, *Die Grundung des norddeutscher BunBies, in Festgabe für B. Windscheid*, Leipzig, 1889, pp. 67 e ss.; G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Friburg, 1892, pp. 193 e ss.; H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, pp. 45 e ss.; G. A. WALD, "Die Vereinbarung als Rechtsfigur des öffentlichen Rechte", in *Archiv des öffentlichen Rechts*, Volume 29, 1928, pp. 161 e ss.).

30. As diferenças lógicas situam-se principalmente na **estrutura** e na **função**; de um lado, do **contrato (Vertrag)** e, de outro, do **acordo (Vereinbarung)**.

31. A distinção **estrutural** se refere ao **conteúdo da vontade expressa pelas partes**: no contrato, cada parte pretende um resultado diverso, ao passo que no acordo, todas querem o mesmo resultado.

32. A distinção **funcional** diz respeito ao **interesse a ser satisfeito**: no **contrato**, as partes contrapõem os respectivos interesses e os compõem através de concessões recíprocas, mas, no **acordo**, as partes coincidem num interesse comum, unindo-se para satisfazê-lo.

33. Não por outra razão, o **acordo (Vereinbarung)** recebe também a denominação de **ato união** ou **ato complexo**, nomenclatura esta que prefiro e tenho adotado pelas razões que passo a expor.

34. O Direito Público, em seu ramo administrativo, absorveu ambas as categorias, o contrato e o acordo; a princípio, como historicamente se tem repetido, mantendo suas características privadas, mas, logo depois, desenvolvendo as respectivas variantes publicísticas, produzindo os institutos do **contrato administrativo** e do **ato administrativo complexo**, tal como hoje os temos; ambas modalidades, reitera-se, de administração pública consensual. Em n/ **Curso de Direito Administrativo (op. cit.)**, desde 1970, temos tratado destacadamente essas duas categorias de manifestação de vontade do Estado enquanto administrador (atualmente, 10ª ed., 1992, pp. 129 e ss.).

35. Observe-se que o **contrato administrativo**, além das duas distinções clássicas apresentadas, destaca ou apresenta outras nítidas diferenças em relação ao **ato administrativo complexo** (acordo): o contrato tem sentido **finalístico**, voltado a atender direta e concretamente um interesse público específico cometido ao Estado, enquanto que o **ato administrativo complexo** tem sentido **instrumental**, destinando-se a organizar a atuação das entidades acordantes em regime de cooperação ou de colaboração. (A **cooperação** se dá entre entes públicos e a **colaboração** entre entes públicos e privados.)

Em suma: no contrato administrativo, o Estado realmente **exerce uma função pública** que lhe é própria, valendo-se de prestações de terceiros,

e no **ato administrativo complexo**, o Estado apenas dispõe como irá exercê-la em conjunto com outras entidades.

36. Outra distinção relevante diz respeito à **patrimonialidade**, que é um interesse presente nos contratos mas geralmente ausente nos acordos. Finalmente, sempre é útil lembrar-se que o contrato resulta do exercício de um direito subjetivo do contratante de criar obrigações recíprocas, ao passo que o acordo resulta do exercício do poder jurídico das entidades públicas de decidir como atuar no desempenho de seus poderes funcionais.

37. Deve-se remarcar, por isso, mais uma vez, como de resto venho fazendo desde a edição de meu **Curso**, em 1970, a superioridade técnica da expressão **ato administrativo complexo**, para identificar os consórcios, os convênios e, agora, essa importante figura dos acordos de programa.

38. A doutrina brasileira de Direito Administrativo, talvez um pouco por apego à vertente gaulesa, não registrou maior avanço metodológico no que toca aos **acordos administrativos**. Com honrosas exceções, o tratamento dos convênios e consórcios administrativos continua sendo insatisfatório, o que tem sempre causado dúvidas e perplexidade aos aplicadores do Direito Administrativo.

39. Até quanto à nomenclatura, prevalece ainda o entendimento de que "**ato complexo**" designa **apenas** os atos administrativos de **complexidade interna** ou seja, em que concorrem **vários órgãos do mesmo ente**. (A acepção restrita encontra-se acolhida e divulgada na pena ilustre de HELY LOPES MEIRELLES, como se lê em seu **Direito Administrativo Brasileiro**, 14 ed., São Paulo, Ed. RT, 1988, pp. 147 e 148), e, por isso, seriam apenas **atos unilaterais**.

40. Em que pese a autoridade dessa vertente, parece-me que fica mais adequada, mais ampla e mais rica a expressão se a ela se agrega a idéia de **complexidade externa**, em que se admite a concorrência de **várias entidades** para a produção do mesmo ato - atos bi ou multilaterais do gênero **pacto** (v. UGO BORSI, *L'atto amministrativo complesso*, Turim, 1903, pp. 203 e ss.).

41. Não é de se estranhar, portanto, que sem um seguro enquadramento doutrinário, os institutos do consórcio e do convênio não tenham se aperfeiçoado e acabem confundidos freqüentemente com os contratos administrativos, não obstante serem tão distintos. A confusão, propositada ou não, chegou a tal ponto que recente Lei Federal, a pretexto de exercer a competência constitucional para baixar **normas gerais sobre contratação para administração pública** (art. 22, XXVII, CF), estendeu-se aberrantemente aos convênios administrativos. (A referência é à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que, ao dispor sobre convênio, a pretexto de baixar normas gerais sobre a "contratação administrativa", invadiu a competência constitucional de auto-administração reservada às entidades políticas, por força do art. 18, da Constituição Federal.)

42. O ato administrativo complexo, como **expressão da disposição do poder público sobre a sua própria função**, não pode ser limitado nem condicionado senão por um inequívoco comando constitucional, no caso, **inexistente**.

Recolha-se, no particular, a advertência de E. STICCHI DAMIANI: "seria seguramente equivocada a afirmação de que o poder assim exercitado, que é poder administrativo funcionalizado, seja reconduzível à esfera da autonomia negocial" (E. STICCHI DAMIANI, **Attività amministrativa consensuale e accordi di programma**, Milão, Giuffrè Editore, 1992, pp. 110 e 111). Reduzir o convênio (ou, o consórcio ou o acordo de programa) à contratualidade, é interferir obliquamente sobre o poder administrativo de cada entidade política de melhor decidir qual o modo sob o qual prefere atuar em prossecução dos interesses públicos: se imperativa ou consensualmente; trata-se, portanto, de uma inconstitucionalidade que agride profundamente o princípio federativo.

43. Dois tipos de ato administrativo complexo - o consórcio e o convênio - têm sido, com todos os percalços e defeitos, largamente utilizados na prática da administração pública no Brasil.

A falta de adequado enquadramento doutrinário tem, não obstante, em muito concorrido para um emprego ainda restrito e insatisfatório, estimulando confusões, como aquela antes apontada, da legislação federal.

44. Restam a examinar os **acordos de programa**, com vistas ao enquadramento do negócio realizado. Os acordos de programa se inserem na categoria dos acordos administrativos, ao lado dos convênios e dos consórcios, já tradicionalmente conhecidos e cultivados no Brasil. A doutrina européia deles tem-se ocupado com crescente interesse e freqüência, merecendo atenção do estudioso brasileiro pela grande flexibilidade que proporcionam à atividade administrativa pública a par de sua maior eficácia e transparência.

45. Evita-se, com seu uso adequado, a utilização equivocada de expedientes indefinidos, como os "protocolos de intenções" ou as "cartas de intenções", que se têm multiplicado ultimamente, e, sobretudo, se dá mais perfeito enquadramento a negócios aparentemente desconexos, sublinhando-lhes o concurso material subjacente de objetos administrativos.

46. Os acordos de programa podem ser conceituados como **manifestações solidárias de vontade de várias entidades, sendo ao menos uma entidade administrativa pública, que têm por objeto comum constituir uma relação jurídica de cooperação ou de colaboração, visando a coordenar a atuação das partes, no exercício de suas respectivas atividades, para a realização de objetivo compartilhado**.

47. Trata-se, principalmente, de um instrumento jusadministrativo de **programação organizativa** (v. G. PASTOR, "L'amministrazione per accordi nella recente pröggetazione legislativa", in **Il procedimento amministrativo para reforma legislativa e transformazioni dell'amministra-**

zione, Atti del Convegno Messina Taormina, Milão, 25 a 26 de fevereiro de 1988, 1990, p. 87, apud E. S. DAMIANI, op. at., p. 118).

Deve-se ter em mente o alerta do sempre preciso M. S. GIANNINI, de que **atos de programação** não devem ser confundidos com **atos programáticos**. Os atos de programação, aos quais pertencem os acordos de programa, se destinam a ordenar condutas futuras das entidades coligadas, durante certo lapso de tempo, para atingir resultados comuns; os atos programáticos são proposições normativas, atemporais, que contêm diretrizes de conduta vinculativas (M. S. GIANNINI, **Diritto pubblico dell'economia**, Bolonha, 1986, p. 296).

48. A Administração Pública pode empregar o acordo de programa para disciplinar, em consenso com cooperadores ou colaboradores, uma atuação conjunta eficaz, econômica e transparente. Apresenta-se, assim, como um instrumento adequado para a concertação de empreendimentos de grande vulto em que se recomende de modo particular a metodologia da administração por objetivo; em suma: **é uma administração por objetivo, consensualmente programada, do interesse público**.

49. O instituto do acordo de programa não é, por outro lado, estranho ao sistema jurídico brasileiro. Muito pelo contrário. Desde logo, a Constituição de 1988 consagra o princípio maior da **autonomia** dos entes da federação (arts. 1º e 18), considerada em seu duplo aspecto: político e administrativo. Vale dizer que cada entidade política organiza sua administração pública como lhe aprouver, não tendo que observar quaisquer regras subordinantes que não os princípios e preceitos constitucionais que excepcionam especialmente essa autonomia. Exceções dessa natureza são, por isso, em **numerus clausus** e devem ser interpretadas restritamente, em atenção ao princípio maior, que é o federativo. São exemplos, a contratação administrativa, as licitações, os princípios da administração pública, o regime de servidores, a administração financeiro-orçamentária e outros. (São, por consequência, excepcionais, os arts. 22, XXVII, 37, 39, 70 etc. da Constituição.) Ora, se nada existe que estabeleça uma disciplina constitucional para os atos administrativos complexos ou, mais especificamente, para os acordos de programa, pode-se concluir com segurança que o instituto **pode ser adotado e legislado por qualquer das unidades políticas da Federação**.

50. Por se tratar, o acordo de programa, de uma alternativa consensual do próprio exercício do poder público, o que lhe dá **expressão organizativa**, os **aspectos financeiros** não lhe são relevantes (os eventuais aspectos emergentes de natureza financeiro-orçamentária sujeitam-se à competência da União a nível de normas gerais - art. 24, I, CF). União, Estados, Distrito Federal e Municípios podem, portanto, legislar sobre os acordos de programa, segundo suas respectivas diretrizes políticas e suas necessidades, enriquecendo, com isso, a ordem jurídica, pela diversificação de soluções que possam oferecer de administração pública consensual e, sobretudo, contribuindo para uma desejável maior integração dos setores

públicos e privados na solução dos problemas, com fundamento na autonomia assegurada pelo art. 18, da Constituição Federal.

51. Não há dúvida, por conseqüência, de que os acordos de programa podem ser adotados **sem submissão aos condicionantes do art. 22, XXVII, da Constituição**, por não se tratarem de "contratos para a administração", embora, sempre que houver previsão de desembolso de recursos públicos, devam observar normas de gestão financeiro-orçamentária, a teor do art. 24, I, da Constituição Federal, inserindo-se sua prática na competência regular de gestão dos Chefes de Poder Executivo, como se prescreve no art. 84, II, da Constituição Federal.

52. De resto, o instituto, fruto de contínuo aperfeiçoamento do Direito Administrativo, hoje difundido na Europa pós-Maastricht, mostra-se de grande utilidade para instrumentar uma gestão pública, ágil e criativa, tal como se pretende inaugurar no Estado do Rio de Janeiro no atual governo. É que a moderna administração pública vem passando por uma crise de transformação que acompanha as próprias mudanças do Estado contemporâneo. Isso ainda é mais evidente em nosso País, em que há consenso geral sobre a necessidade de varrer antigos vícios e de reformá-la com vistas a melhor servir às crescentes demandas de uma sociedade pluralista e consciente.

53. Entre várias propostas do que se convencionou de denominar de reengenharia do Estado contemporâneo e da Administração Pública, deve-se destacar a necessidade de adotar novas metodologias administrativas que possibilitem uma gestão mais rápida, econômica e transparente, como é o caso, por exemplo, da administração por objetivos.

54. Tornou-se necessário criar condições organizativas e funcionais para que o Estado recupere um mínimo aceitável de eficácia, notadamente no campo da administração pública, e principalmente naquelas atividades em que sua atuação, por lhe ser própria, é insubstituível e idelegável.

55. Por outro lado, deve-se estimular a **participação da sociedade**, em tudo o que seja possível, para a boa realização dos cometimentos do Estado; isso não significa a recessão do **princípio da autoridade** mas o seu temperamento com o **princípio da participação**, introduzindo ou estimulando as modalidades consensuais de emprego do poder administrativo público.

56. O sistema puramente baseado no unilateralismo da ação do Estado, denominado **sistema fechado**, já atingiu seu limite neste século nas grandes autocracias e ditaduras que estabeleceram o mega-Estado; ele é eticamente censurável, porque reduz ou tolhe a participação legítima, e é funcionalmente inadequado, porque torna a administração lerda, cara e ineficaz.

57. O **acordo de programa** surge como um instituto que reflete perfeitamente os novos rumos em busca de um **sistema aberto**, por multiplicar as oportunidades de atuação consensual cooperativa entre

entidades administrativas e entidades privadas de toda a natureza, no campo econômico ou no social, tal como já estão correntemente praticando vários países europeus e a própria Comunidade Européia. (Não por outra razão, o acordo de programa está instituído pelas normas comunitárias - Reg. CEE nº 1.787/84 -, visando à coordenação de ações dos Estados-membros interessados em vários tipos de empreendimentos públicos de grande magnitude.)

58. Em abono dessas observações, vale mencionar a abundante produção italiana de primeira linha, indicando o crescente emprego dos procedimentos negociados de administração pública, como, de MITI, **Introduzione allo studio delle convenzioni amministrative**, Nápoles, 1984; de FALCON, **Le convenzioni pubblicistiche**, Milão, 1984; de FERRARA, **Gli accordi tra il privati e la pubblica amministrazione**, Milão, 1985; de GIANNINI, **Il pubblico potere**, Bolonha, 1985; de BERTI, **Il principio contrattuale nell'attività amministrativa**, Milão, 1988; de MASUCCI, **Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali**, Nápoles, 1988; de G. BERTI, "Dalla unilateralità alla consensualità nell'azione amministrativa", in **L'accordo nell'azione amministrativa, Atti convegno Fornez**, Roma, 1988; de B. CARAVITA, "Gli accordi di programma", in **AziendaItalia**, 1990; de G. P. CARTEL, "Gli accordi di programma del diritto di programma e procedimento amministrativo", in **Il diritto dell'economia**, Milano, 1990; de M. L. TORCHIA, "Accordi di programma e ricerca scientifica", in **Política del diritto** 2, 1991; de TOMEI, **Attività amministrativa consensuale e accordi di programma**, Milão, 1992, e já em obra sistemática recém-editada, de LUIGI GALATERIA e MASSIMO STIPO, **Manuale di Diritto Amministrativo**, Turim, 1995.

Acrescente-se, saltando de península, pela significação do atualíssimo autor espanhol, JUAN ALFONSO SANTAMARIA PASTOR, nas letras jurídicas ibéricas, a lição encontrada nos seus recentíssimos **Principios de Derecho Administrativo**, Madri, 1994:

"El segundo factor de cambio, ajeno por completo a la dinámica constitucional, consiste en lo que podría denominarse la **huída de la Administración del Derecho administrativo hacia el Derecho privado**. El fenómeno ofrece aspectos realmente paradójicos: históricamente, el Derecho administrativo se construyó en una línea de búsqueda (a veces, injustificada) de factores de diferenciación respecto del Derecho privado (esto es, del Derecho civil, mercantil y laboral); más aún, la consolidación de esta rama jurídica y la intervención generalizada del Estado en la economía condujeron a un verdadero fenómeno de 'publicación' del Derecho privado. Sin embargo, el propio intervencionismo económico puso de relieve que buena parte de las nuevas funciones asumidas por la Administración no podían gestionarse adecuadamente con los instrumentos clásicos del Derecho

administrativo: de ahí que se acudiera a formas y técnicas de Derecho privado para la organización y gestión de esta tareas económicas y empresariales (así se inició la creación de las empresas públicas, constituidas en forma de sociedad mercantil y regidas en su funcionamiento por el mismo Derecho privado al que se someten las restantes sociedades).

El empleo por parte de la Administración de técnicas y fórmulas del Derecho privado no se ha detenido ahí, sin embargo. La rigidez de no pocas normas del Derecho administrativo, la aspiración de una actuación eficaz de algunos servicios públicos, el afán de eludir controles enojosos que entorpecen la gestión y, por qué no decirlo, una cierta moda neocapitalista y posmoderna, inspirada en el modelo de las Administraciones anglosajonas, está llevando a una 'privatización' sistemática de no pocos sectores de la acción pública ..." (pp. 41 e 42).

59. Para rematar, recolha-se ainda a lição dos mencionados sistematizadores italianos LUIGI GALATERIA e MASSIMO STIPO, que põem em extraordinária evidência as características do instituto:

"All **genus** degli accordi organizzativi vanno ricondotti, infine, gli **accordi programma** (v., ad es., l'art. 7 della l. 1º marzo 1986, n. 64; l'art. 4 della l. 28 agosto 1989, n. 305; l'art. 27 della l. 8 giugno 1990, n. 142). Questi sono da ritenere moduli paritetici che si caratterizzano per intervenire tra parti necessariamente pubbliche e con oggetto necessariamente pubblico.

L'accordo di programma, che è preordinato al raggiungimento di obiettivi articolati e complessi, permette l'attivazione di un procedimento per il coordinamento e l'integrazione dell'attività di più soggetti operanti a diversi livelli istituzionali." (op. cit. pp. 380 e 381).

60. Ora, integrada, no caso aqui em exame, a tríplice relação do **acordo de programa**, destinado à recuperação financeira do BANERJ, o que se deu, como se expôs, com a seleção licitada do Banco Bozano Simonsen, é **indubitável que se cumpriu a primeira etapa de privatização programada - a privatização temporária da gestão**, fase que deve anteceder a privatização definitiva, com a alienação da propriedade do controle acionário pelo Estado do Rio de Janeiro.

61. Isso posto, é necessário identificar, nesta etapa, as conseqüências jurídicas dos atos praticados pelos acordantes públicos - o Banco Central do Brasil e o Estado do Rio de Janeiro - com fulcro, respectivamente, no Decreto-lei nº 2.321, de 25.02.1987, e na Lei Estadual nº 2.470, de 28.11.1995.

62. No que concerne ao primeiro Diploma, o gestor privado - Banco Bozano Simonsen - foi investido em "plenos poderes de gestão" da entidade, a teor do prescrito no art. 3º, do Decreto-lei referido.

63. No que diz respeito ao segundo Diploma, o Estado, que poderia por lei transferir a **propriedade** de suas ações, representativas do controle acionário, limitou-se, nessa primeira fase da privatização, a transferir apenas a titularidade da **gestão**, conforme o autorizado no art. 4º, I, da referida Lei estadual.

64. Ao passar do regime de administração **mista**, ordinário e característico das sociedades de economia mista, para o regime de administração **privada**, extraordinário e temporário, **apropriado às entidades financeiras sob intervenção**, perdeu o BANERJ, **também temporariamente**, suas características paraestatais.

65. Com efeito, mais do que o **capital misto**, a doutrina mais autorizada aponta, como distintivo das sociedades de economia mista, a sua **gestão mista**, como se lê no ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES:

"O que define a sociedade de economia mista é a **participação ativa** do Poder Público na vida e realização da empresa. Não importa seja o Estado sócio majoritário ou minoritário: o que importa é que se reserve, por lei ou convenção, o **poder de atuar** nos negócios sociais." (Direito Administrativo Brasileiro, 14ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1989, p. 325, destaque do autor.)

66. Na verdade, não subsistem nenhuma das características da paraestatalidade: nem o **capital misto**, nem a **administração mista** nem a **atividade delegada** ou de relevante interesse coletivo. O **capital**, por ser negativo o patrimônio líquido, já não mais existia mesmo antes da intervenção; a **administração**, por ter sido transferida a uma entidade privada, "com plenos poderes de gestão" (art. 3º, do Decreto-lei nº 2.321, de 25.02.87), passou a ser plenamente privada, e, quanto à última característica, de natureza finalística, não há nem delegação nem tampouco atividade de relevante interesse coletivo (cf. definição do art. 173, **caput**, CF).

67. Assim, por se ter tornado, ainda que temporariamente, uma entidade submetida, integralmente, à gestão privada, o BANERJ não está mais jungido às restrições e condicionantes administrativas próprias da gestão pública, aplicáveis também à **gestão mista**. Na verdade, essas restrições e condicionantes constitucionais que se impõem às paraestatais, maciçamente no Capítulo VIII, do Título III, da Carta Magna, constituem-se em **exceções**, tanto ao princípio da reserva da atividade econômica ao setor privado e da prelação da gestão privada (art. 173, CF), quanto ao princípio da autonomia administrativa dos entes políticos para organizarem sua própria administração, direta e relativamente a seu pessoal, bens e serviços (arts. 1º e 18, **caput**, CF). A submissão ao processo licitatório para aquisição de bens e serviços de que necessitam é, portanto, **excepcional para as pessoas jurídicas de direito privado**, aplicável apenas quando elas se revistam das características de empresa pública, sociedade de economia

mista ou de fundação instituída pelo Poder Público, e enquanto mantenham esse **status**. Desaparecidos permanentemente ou temporariamente os pressupostos da paraestatalidade, não tem mais razão de ser a exigência da prática de licitações, processó incompatível com a gestão empresarial privada.

68. Em suma, por dois motivos não mais se aplicam ao BANERJ, enquanto perdurar a gestão privada temporária interventiva, as condicionantes licitatórias incidentes sobre as sociedades de economia mista: **primo**, porque a intervenção retirou-lhe o que HELY denominou de "participação ativa" do Poder Público estadual; e, **secundo**, porque a Constituição de 1988, no inciso XXI do art. 37, admitiu expressamente as **ressalvas legislativas** à obrigatoriedade de licitar, o que se estende, por suposto, à **privatização temporária da administração prevista nos arts. 3º e 8º, do Decreto-lei nº 2.321, de 25.02.1987.**

69. Mesmo apreciado sob outro ângulo, como o fez o brilhante Procurador MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, ilustre Assistente desta Procuradoria Administrativa, no Parecer 28/95 - MJVS, exarado no Processo E-14/35720/95, que é a perspectiva da **finalidade pública**, tampouco subsistem dúvidas quanto à in incidência do princípio licitatório na hipótese em exame. Naquele processo, ao apreciar o Edital de Licitação que deflagrou a escolha do atual gestor privado do BANERJ, o cuidadoso parecerista advertia que aquela licitação, para escolher o gestor, era a relevante para atender ao comando principiológico, pois por ela se dispunha sobre a **atividade-fim**, não, porém, as demais, que pudessem vir a ser feitas para o desempenho das **atividades-meio**, como seriam a contratação de bens e serviços.

70. Por óbvio, enfim, **se a finalidade era privatizar a gestão, não teria o menor sentido obrigar o gestor privado, de quem se espera celeridade e eficiência administrativa para salvar o BANERJ, às peias e amarras próprias da gestão pública ...**

Essa contradição, por si só, já bastaria para justificar o afastamento das licitações no desempenho das atividades-meio do BANERJ sob intervenção.

71. Nessa linha, irrepreensivelmente lógica, remata o seu raciocínio o Procurador MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, desta feita, remetendo-se à **exclusão prevista pela própria Lei nº 8.666, de 21.06.1993:**

"Com efeito, o que se tem é uma licitação em que se programa o desempenho de **atividade-fim**, para a qual concorrem, com diferentes subsídios e esforços, entes públicos e privados, **com o mesmo objetivo**. Não se trata de uma licitação ordinária e corriqueira, em que se visa à contratação do mero desempenho de uma **atividade-meio**, como o são as contratações de bens e serviços de que necessitam as entidades administrativas para atuarem. Assim

caracterizado, com criatividade, um **ajuste de programa**, só se aplicam 'no que couber' os dispositivos da Lei nº 8.666/93, como explicitamente o diz o seu art. 116."

72. Observe-se, com efeito, que o art. 116 da referida Lei manda aplicá-la "no que couber: aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres", ou seja, **quando esses pactos contiverem obrigações contratuais**, pois só assim a lei federal poderia alcançá-los, já que somente "a contratação para a administração pública", se sujeita às normas gerais editadas pela União, com fundamento no art. 22, XXVII, da Constituição, e não as demais figuras jurídicas do gênero pacto.

73. Mas é possível seguir adiante e descobrir **na própria Lei nº 8.666, de 21.06.1993, o embasamento para afastar-se o processo licitatório** nas entidades sob administração privada temporária de caráter interventivo.

Se, ainda argumentando, os processos licitatórios fossem juridicamente inevitáveis, ainda assim, nas circunstâncias especialíssimas e extraordinárias, em que se promove a extenuante tentativa de recuperação financeira do BANERJ, **eles não seriam exigíveis**, por aplicação da exceção genérica do art. 25, daquela mesma Lei.

74. Realmente, distintamente do que ocorre com os casos de dispensabilidade, a **inexigibilidade** não tem limitações casuísticas, pois a tríplice enumeração dos incisos I, II e III do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é tida como meramente exemplificativa. Assim é que o intérprete, para definir-se pela exigibilidade ou inexigibilidade, deve ater-se ao conceito genérico de "inviabilidade de competição".

75. A inviabilidade jurídica de abrir-se a competição decorre da incompatibilidade entre o processo licitatório, necessariamente burocrático e demorado, e a **finalidade legal** da intervenção praticada no BANERJ.

76. Para sustentar essa conclusão, vale transcrever alguns excertos da lavra de SERGIO FERRAZ e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, em obra monográfica, sem favor, das mais bem elaboradas sobre o tema (**Dispensa e Inexigibilidade de Licitação**, São Paulo, Malheiros Editora, 1994):

"Há **inexigibilidade** quando ocorre, em caso concreto, circunstância especial, de fato ou de direito, reconhecida em lei, a qual, porque **inviabilizadora de competição**, afasta a licitação" (op. cit., p. 34, destaque dos autores).

A hipótese do BANERJ, sob intervenção de **definição legal**, se enquadra no conceito acima oferecido.

E prosseguem os autores quanto à admissibilidade da inexigibilidade conotada ao **interesse público:**

"Na inexigibilidade, a licitação em princípio não pode ser realizada, eis que a própria lei elevou certas circunstâncias à categoria de presunções consistentes em hipóteses nas quais se considera, a priori, que a contratação direta é a via mais adequada à realização do interesse público" (op. cit., p. 36, destaque dos autores).

E, finalmente, mas não menos importante, por que se prende à definição do interesse público capaz de afastar a licitação, a preconização do **tratamento sistemático** das hipóteses para configurar os casos de inexigibilidade, não apenas em relação à Lei nº 8.666/93, mas a **todo o sistema jurídico**:

"Esse concatenamento lógico, essa dependência em que se encontra uma norma da outra, é responsável pelo sistema jurídico. Demais disso, toda interpretação só poderia ser feita a lume dos princípios informadores do próprio sistema jurídico: ...'o direito a aplicar forma, em todas as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito **todo o ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível**' (op. cit., p. 37, destaque dos autores, inclusive na citação, entre aspas, de HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, vol. 2, p. 288).

77. Não é necessário grande acuidade analítica para identificar-se a **inexigibilidade**, no caso em estudo, da intervenção no BANERJ, decorrente do **concurso material de objetivos administrativos** equacionado pelo acordo de programa capitaneado pelos dois entes públicos **que estão aplicando a lei**: o Banco Central do Brasil e o Estado do Rio de Janeiro, com o parceiro privado, o Banco Bozano Simonsen.

78. A distinção entre **concurso formal de objetivos administrativos** e **concurso material de objetivos administrativos** é relevante para lastrear a conclusão a que se chegou quanto à inexigibilidade de licitação. No **concurso formal**, existe a **conveniência** da Administração em consolidar, num único ato ou contrato, o atendimento de vários objetivos conexos. No **concurso material**, existe **imprescindibilidade** de vincularem-se-os, para satisfação simultânea: há um complexo de interesses administrativos a serem atendidos, impedindo desvinculação e o tratamento em separado dos interesses em concurso.

79. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, em sua difundida monografia **Licitações e Contratos Administrativos** (Ed. Esplanada, 1993, p. 97), ao examinar precisamente as "situações não enumeradas em lei em que ocorre a inexigibilidade da licitação, dá como exemplo de concurso material de objetivos administrativos o ocorrido com o contrato de reequipamento da CONERJ, em que se autorizou a contratação direta com o estaleiro EMAQ - Engenharia de Máquinas S.A., aproveitando linha de crédito do BNDES que só seria liberada para evitar a quebra desse

estaleiro. O reconhecimento da inexigibilidade justificado no Parecer 40/88-DFMN, no processo E-14/34814/88, e sufragado pelo visto do Procurador-Geral do Estado, **definiu o precedente de inexigibilidade**, no caso concreto da existência de concurso material de objetivos administrativos a serem atendidos simultaneamente, tornando-se aplicável, também, por conseguinte, à corrente hipótese do BANERJ.

80. Por derradeiro, e também à guisa de argumento de reforço, mesmo que se mantivesse a **inafastabilidade** da incidência da Lei nº 8.666/93, e do mesmo modo, a ocorrência de uma hipótese de **exigibilidade**, ainda assim, seria o caso de **dispensabilidade** de qualquer licitação referente às atividades-meio de gestão do BANERJ em razão da **urgência** requerida pela intervenção, sujeita, que está, a prazo restritíssimo, com fundamento no art. 24, IV, da mencionada Lei.

81. A respeito, a exposição encontrada na peça deste processado é incisiva e irretorquível:

"A integridade da plenitude dos poderes necessários à gestão do BANERJ conflita frontalmente com a aplicação do formalismo, dos prazos de chamamento de candidatos, da disciplina de formalização, execução e rescisão dos contratos e com a aplicação das sanções administrativas inseridas na norma legal de licitações. A associação daquelas normas licitatórias com a imprescindível agilidade que o mercado financeiro requer dos administradores de uma instituição do ramo, já por si **tornaria inexigível o cumprimento da tarefa do gestor do BANERJ**, quanto mais considerando-se que a tal tarefa soma-se o preparo para sua privatização. E note-se, tudo em prazo próximo a um ano!" (fls. 04, n/destaque).

Em resumo e conclusão: na situação do BANERJ, descabe a aplicação do Estatuto de Licitação à sua atual gestão temporária privatizada. Mas, ainda que coubesse, a licitação seria inexigível porque seria incompatível com a finalidade legal da intervenção. Por fim, mesmo que fosse exigível, seria dispensável, pela evidente razão de urgência nos procedimentos necessários à salvação financeira da instituição.

82. Como remate oportuno, recolha-se a vetusta mas sempre atual lição de JULIANO no Digesto: "**commodissimum est, quo res da qua agitur, magis valeat quam pereat**" (L. 34, 5., frag. 12) "dê-se preferência à inteligência dos textos que viabiliza o seu objeto, ao invés da que os reduza à inutilidade".

É o parecer, smj.

Atenciosamente,

Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa

VISTO

Aprovo o Parecer nº 02/96-DFMN, exarado pelo douto Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa, Procurador DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO.

Ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Planejamento e Controle.

Em 22 de janeiro de 1996.

Raul Cid Loureiro
Procurador-Geral do Estado

Proc. nº E-05/0044/96