

Parecer nº 28/95 - Marcos Juruena Villela Souto

BANERJ. Gestão terceirizada. Edital de concorrência pública.

I

A Secretaria de Estado de Planejamento encaminha para exame desta Procuradoria Geral edital de concorrência pública para seleção de empresa do setor financeiro que será indicada ao Banco Central para gestão terceirizada do BANERJ enquanto durar o regime de administração especial temporária disciplinado pelo Decreto-lei nº 2.321/87.

O edital dá seqüência ao convênio celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e o Banco Central do Brasil, já analisado por este órgão através do Parecer nº 24/95, exarado no Processo nº E-14/34717/95.

II

1. A análise da atividade financeira do Estado decorre de uma moderna concepção de administração pública, segundo a qual o Poder Público, ao invés de desempenhar, com seu próprio pessoal e estrutura, todas as atividades que lhe são transferidas pela coletividade, deve buscar, na sociedade, o parceiro particular que disponha dos meios adequados ao perfeito atendimento do interesse público, com meios privados, viabilizando tal atendimento através de mecanismos de fomento, do qual o empréstimo público é exemplo típico.

2. O fomento ingressa, assim, ao lado das demais "funções de administrar" com uma das tarefas que comporta execução descentralizada, dada a necessidade de autonomia e flexibilidade exigidas para o seu adequado desempenho. Busca-se, também por esta via, a realização da finalidade única do Estado, que é a de proporcionar bem-estar à coletividade através da busca do desenvolvimento econômico, planejado na forma do art. 174 da Lei Maior. Em se tratando de um Estado Federal, o planejamento deve ser perseguido a nível regional.

3. Se é certo que o objetivo do Estado moderno não é produzir lucro, mas sim viabilizar a sua existência, não é menos exato que, para alcançar seus objetivos, o Estado desenvolve intensa atividade financeira, valendo-se, então, da descentralização para instituições financeiras, que, por lei, passam a titularizar tal tarefa.

4. Ocorre que a disciplina da atividade financeira, por força do disposto no art. 192 da Constituição da República, submete-se a uma disciplina definida em lei complementar, de caráter nacional, tendo como objetivo promover o desenvolvimento equilibrado do país e a defesa dos interesses

da coletividade, onde se almeja, em especial, a proteção da poupança popular.

5. Daí surge o poder de polícia do sistema financeiro, a cargo do Banco Central, que pode ensejar em atos de fiscalização, de normas preventivas, até a instituição de atos de administração especial temporária e, por fim, a liquidação da instituição financeira.

6. Dentro dessa competência, o Banco Central do Brasil, já de longa data, vem acompanhando as operações dos bancos estaduais, sobre os quais têm pesado acusações de sucessivos Ministros da Fazenda e Presidentes da República de serem os grandes vilões do processo inflacionário, financiando obras faraônicas de governos estaduais que não dispõem de receitas suficientes para honrar seus projetos eleitorais ou emprestando recursos a um custo menor ou sem suficiente garantia aos "amigos" das campanhas eleitorais.

7. Foi dentro desse quadro, de imputação ao BANERJ da acusação de uma política de mal gerenciamento da instituição, que o Banco Central instituiu o regime de administração especial temporária, com base no art. 1º do Decreto-lei nº 2.321, de 25.02.87, pelo prazo de 12 meses, contados a partir de 30.12.94 podendo ser prorrogado por igual período, conforme autorizado pelo parágrafo primeiro do mesmo dispositivo.

8. Como a própria denominação já prescreve, a situação excepcional, em que os administradores da instituição são substituídos por um conselho diretor nomeado livremente pelo Banco Central, deve ser **temporária**, caminhando para a normalização da instituição ou para sua liquidação, havendo soluções alternativas como a transformação, fusão, cisão ou **transferência do controle acionário da instituição**, ou, ainda, a desapropriação das ações pela União Federal (art. 14 c/c 11 do Decreto-lei nº 2.321/87).

9. É claro que o único objetivo que deve ser evitado é a liquidação da instituição, posto que o instituto existe para corrigir os males encontrados, só encerrando as atividades se nenhuma outra solução puder ser empregada.

10. Com a aproximação do término do período de doze meses inicialmente previstos para a administração do BACEN e a publicação de balanço pouco favorável à devolução do Banco ao seu controlador, o quadro que se encontra exige solução mais arrojada, ainda não experimentada no direito brasileiro. Não se trata, como pode se imaginar à primeira vista, de um contorno político para o problema, mas sim, de privilegiar o princípio federativo (CF, art. 1º), viabilizando a descentralização de uma atividade inerente à função de administrar de um dos entes da Federação.

11. O Convênio celebrado entre o BACEN e o Estado do Rio de Janeiro aposta numa solução de mercado - e, portanto, mais técnica - para o BANERJ. Se, por um lado, a devolução ao Estado do Rio de Janeiro pode representar um mau exemplo para casos futuros, em que se reconhece que

os bancos estaduais devem ter preocupações políticas, deixando as normas de segurança das operações em segundo plano, de outro sabe-se que o Banco Central tem natureza de autarquia e atribuições de poder de polícia (Lei nº 4.595, arts. 8º e 10, IX e X) não tendo, pois, vocação empresarial para gerir a instituição financeira para produzir os lucros compensadores dos problemas do passado. Seu papel é de fiscal das operações e propositura de um final (art. 11 do Decreto-lei nº 2.321/87).

12. Tentativas foram feitas para viabilizar capital de giro para a instituição, corrigindo distorções que levavam o BANERJ a ser proprietário de imóveis e de empresas. A Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro se pronunciou no sentido de que seria desnecessária a autorização legislativa para venda de ações que o BANERJ detinha em caráter majoritário adquiridas pela via de dação em pagamento de empréstimos não honrados, argumentando-se que tais empresas não integravam a Administração Pública nem haviam sido criadas por lei para desenvolver uma atividade pública, integrando, pois, o patrimônio disponível da instituição (Parecer nº 14/95-MJVS)*. Semelhante raciocínio poderia ser aplicado por dação em pagamento ou ação judicial em face de financiamentos não pagos; é que, na qualidade de **mercadorias** da sociedade de economia mista, comercializadas no exercício de sua atividade-fim, aplicar-se-ia o art. 17, II, e, da Lei nº 8.666/93, tanto mais que o BANERJ, ao financiar a aquisição de imóveis para a população, está desenvolvendo a política habitacional a que se refere o art. 17, I, f, da Lei de Licitações (Parecer nº 19/95-MJVS).

13. Essa agilização de operações, no entanto, não foi suficiente para reequilibrar as finanças do BANCO, que exige maior flexibilidade e autonomia para atuar com a celeridade que exige o mercado financeiro, incompatível com a rigidez dos controles inerentes à máquina pública, mormente num momento de controle adicional decorrente do regime de administração especial temporária.

14. A alternativa encontrada, de entregar a administração do BANERJ a uma instituição financeira é, sem dúvida, arrojada para o direito brasileiro, posto que não se almeja celebrar um simples contrato administrativo, onde a ingerência da Administração contratante é característica essencial da execução do pacto. Trata-se de optar pela Administração Concertada ou Consensual.

15. Poder-se-ia argumentar que não existe qualquer originalidade na tentativa de solução alvitada para o BANERJ; dar-se-ia mera escolha de um órgão executor do convênio firmado entre o BACEN e o Estado; só que tal interpretação não libertaria o executor das amarras do controle adminis-

* Publicado na Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 48, 1995, p. 239.

trativo. Igualmente, poder-se-ia argumentar que trata-se de mera escolha de um contratado para um mandato, ao qual seriam atribuídos os poderes do acionista controlador; seria esvaziado de conteúdo econômico tal contrato, posto que as funções operacionais mais importantes estão a cargo do conselho diretor nomeado pelo BACEN; caberia, ainda, sustentar que seria desnecessário contratar um particular, além de incabível tal contratação pelo Estado, posto que o BACEN já tem a faculdade de nomear um conselho diretor para administrar o Banco (art. 3º do Decreto-lei nº 2.321/87), o que não ultrapassaria a competência limitada do BACEN no exercício de uma função inerente ao poder de polícia (não sendo, pois, a função empresarial de que o Banco necessita para uma gestão técnica - e não política ou burocrática - de suas atividades).

16. O contrato que se busca, com a independência operacional de seu executor, é o chamado "contrato-programa", estudado na Europa dentro do campo dos contratos econômicos, por via dos quais a Administração estabelece um plano de ações e de resultados a atingir, comprometendo-se a assegurar liberdade e autonomia ao contratado para o desempenho de suas funções, ajustando-se lucros e riscos que devem ser assumidos na operação. Não se confunde, pois, com o conceito que a doutrina nacional tem ensaiado para os "contratos de gestão", cujo objetivo é resgatar a filosofia do controle finalístico das entidades da administração pública indireta e fundacional, cujas autonomias asseguradas por lei foram descaracterizadas pelo excessivo número de instrumentos de controle administrativo introduzidos pela administração direta (devendo ser alterada a denominação do item 3.4.VII do edital). No "contrato-programa" a liberdade é atribuída ao contrato, que torna-se, assim, parceiro da Administração na realização de um objetivo **comum**, nesse passo se distinguindo do contrato administrativo, onde os interesses são **opostos**.

17. É por essa razão que DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, em tese a ser apresentada ao XXI Congresso Nacional de Procuradores de Estado, propõe o afastamento dos contratos-programas da vala comum dos contratos administrativos, eis que aqueles constituem a maneira mais eficiente e legítima de administração pública no atendimento de suas atividades-fim, ao passo que estes destinam-se às atividades-meio.

18. No caso em exame ao contrato não podem ser aplicados dispositivos da Lei nº 8.666/93, que impediriam, por exemplo, que após a fase de habilitação, ou, o que é mais grave, após o julgamento, o BACEN, que não é parte no contrato, rejeitasse o contratado. Aliás, nesse passo, quem vai pagar pela despesa do contrato é o BANERJ, mas quem licita é o Estado e quem aprova o contratado é o BACEN. Por outro lado, não cabe aplicar o contrato-programa com o particular sem esquecer a situação de administração especial temporária; pelo convênio, o BACEN flexibiliza seu poder de nomear, livremente, um conselho diretor enquanto o Estado se compromete a selecionar alguém que se submeta ao acompanhamento do

BACEN, posto que não terminou, e pode ser prorrogado, o regime especial imposto ao banco.

19. Vale esclarecer que o contrato tem duplo objeto; o primeiro, transferir a administração do banco; o segundo, prestar serviços de assessoria para a sua privatização, o que encontra amparo no art. 14, b, do Decreto-lei nº 2.321/87. Também não se encontra óbice no artigo 365 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe que "O Banco do Estado do Rio de Janeiro S.A. é considerado patrimônio do povo do Estado do Rio de Janeiro não podendo suas ações ordinárias nominativas, representativas do controle acionário, ser alienadas a qualquer título, a pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, nem negociadas, expropriadas ou penhoradas". Isto porque as empresas públicas e sociedades de economia mista são criadas por lei (CF, art. 37, XIX) que caracteriza o exercício do poder hierárquico do administrador público em estruturar a administração, da qual tem a competência **privativa** de direção superior (CF, art. 84, II), tendo, pois, a iniciativa privativa das leis que criam tais entidades (CF, art. 61, § 1º, II, e), não sendo demais esclarecer que trata-se de ato formalmente legislativo, mas materialmente administrativo. Exigindo a Constituição da República a participação conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo para inserir uma entidade no âmbito da Administração, não pode ser admitido que o Poder Legislativo estadual suprima o poder **privativo** do Chefe do Poder Executivo de decidir sobre a conveniência em criar ou manter uma técnica de descentralização administrativa. Vale lembrar, ainda, que não são poucos os entendimentos que sustentam a desnecessidade de lei autorizando a extinção de empresas públicas e de economia mista: é que nesses casos a lei, autorizando a criação da entidade, a submete ao regime do direito societário, passando à competência da assembléia geral decidir sobre suas atividades e encerramento (o que afastaria a tese de que se a lei criou, só a lei pode extinguir ou autorizar a mudança de controle acionário).

20. Ao ser incluída a assessoria para privatização no objeto do contrato, não pode ser afastada a competência constitucional da Procuradoria Geral do Estado no exercício privativo das funções de consultoria jurídica do Estado, razão pela qual os documentos técnicos de natureza jurídica, bem como as minutas de documentação jurídica que sejam elaboradas pela equipe contratada não podem deixar de serem apreciadas pelo órgão central do Sistema Jurídico Estadual (item 3.4, VI e IX do Edital); tem-se, aqui, bem presente a distinção entre **assistência jurídica**, que pode ser delegada, e **consultoria jurídica**, terceira perna do tripé **planejamento/execução/controle** da função administrativa, privativa de servidores concursados para provimento de cargo efetivo (CF, art. 132).

21. O que é fundamental para a validade da contratação é que o procedimento licitatório se pautar pela observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade, por via dos quais se atinge a exigência do julgamento objetivo, destacando-se do julgamento, que

envolve exame de **propostas**, a fase de habilitação, onde se aprecia questões relativas à **qualificação pessoal** do licitante, onde se prova a sua capacidade jurídica, regularidade fiscal, capacidade financeira e capacidade técnica, conforme critérios traçados discricionariamente pela entidade promotora da licitação.

22. Não cabe, pois, considerar-se a **experiência** da empresa e o seu **curriculum vitae** como fatores de **proposta**, posto que integram critérios de **habilitação** (i.e., ter uma experiência mínima - na gestão de empresas privatizadas ou em assessoria a processos de privatização, ou emitir títulos e notas representativos de obrigações, bem como outras formas de atuação no mercado financeiro - é condição para apresentar proposta) - Parte III, item I - Proposta Técnica, item 5. Da Capacidade Técnica. O item 6 trata da Proposta Técnica de Trabalho, sem esclarecer o critério objetivo de pontuação, que também não é vislumbrado no item 11.11, II, ao cuidar do julgamento (em especial itens b a f), (este último sequer mencionando um limite máximo de preço a ser pago pelos serviços contratados, cujo pagamento caberá ao BANERJ - item 14.1 - sem que haja nos autos prova de previsão e autorização de despesa pelo órgão competente da empresa; o preço máximo - item 7 - influencia, ainda, o limite de patrimônio líquido que pode ser exigido do licitante - item 8.2).

III

Em suma, a contratação de uma empresa do setor financeiro para gerir o BANERJ no período de administração especial temporária não viola o disposto no Decreto-lei nº 2.321/87, sendo uma alternativa válida de contornar uma administração burocrática ou política da entidade com vistas à preservação da sua continuidade, ainda que seu controle acionário possa ser transferido a terceiros; o que se visa é a preservação de uma instituição por meio da qual o Estado desempenha a sua política de fomento público ao desenvolvimento regional. O Estado moderno não deve ser, necessariamente, o executor das atividades administrativas e o prestador direto de serviços públicos, mas, **obrigatoriamente**, o viabilizador de tais atividades e serviços.

O processo não contém vícios, posto que se destina a executar convênio já aprovado, mas deve ser instruído com comprovação da manifestação do órgão competente do BANERJ quanto às possibilidades financeiras de realizar a despesa, o que exige a fixação de um limite para a contratação; esta, por sua vez, deve ser pautada em critérios objetivos de aferição das propostas técnicas, que não podem ser confundidas com critérios de habilitação demonstrativos de capacitação técnica.

É o parecer, s.m.j.

Atenciosamente,

Marcos Juruena Villela Souto
Procurador do Estado

VISTO

De acordo. Oportunidade, modernidade e alto discernimento técnico distinguem o Parecer de Marcos Juruena Villela Souto, ao enquadrar o negócio licitado como uma operação de terceirização de gestão, acordada entre partes como uma tríplex relação intersubjetiva. 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 atividades administrativas para atuarem. Assim caracterizado, com criatividade, um acordo de programa, só se aplicam "no que couber" os dispositivos da Lei nº 8.666/93, como explicitamente o diz o seu art. 116.

É o parecer.

Ao Gabinete.

Em 09 de outubro de 1995.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa

VISTO

APROVO o Parecer nº 28/95-MJVS, do insigne Procurador do Estado, DR. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (fls. 68/74), acolhido pelo douto Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa, DR. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (fls. 75).

Além de analisar os aspectos de constitucionalidade e legalidade que envolvem a licitação em apreço, o ilustre Parecerista aponta as diretrizes a serem observadas no procedimento licitatório, ressaltando a imprescindibilidade da fixação de critérios objetivos de julgamento.

Também destaca ser necessária a manifestação do órgão competente do BANERJ quanto às possibilidades financeiras de efetuar as despesas que resultarão do contrato celebrado.

Essas observações e as que resultaram da reunião realizada com eminentes Procuradores desta Casa, como consta a fls. 76, serviram para a elaboração de nova minuta que, todavia, em face da premência de tempo para o lançamento do edital, não pôde ser objeto de exame, mormente tendo a última versão do texto chegado no final da tarde de sexta-feira, programada sua divulgação para segunda-feira.

As coordenadas indicadas no Parecer ora aprovado e as questões suscitadas na aludida reunião terão servido para a elaboração de um edital afinado com os princípios da licitação, em especial o da ampla competição, da impessoalidade e do julgamento objetivo.

Em 20 de outubro de 1995.

Luiz Carlos Guimarães Castro
Subprocurador-Geral do Estado

Proc. nº E-14/35.720/95