

**Parecer conjunto nº 01/2001 – Lauro da Gama e Souza Júnior e João  
Manoel de Almeida Velloso**

*Ementa: Alienação, pelo ERJ, de participação minoritária de 32% no capital da Peugeot-Citroën do Brasil S/A – Ativo composto de ações cujo valor foi integralizado à razão de 23.3%, restando 76.7% a integralizar – Hipótese não submetida à disciplina da Lei 2.470/95, que instituiu o Programa Estadual de Desestatização (PED) – Submissão das partes às disposições livremente avençadas no Acordo de Acionistas – Renegociação de suas cláusulas para viabilizar a alienação pretendida – Inserção de disposição contratual transitória viabilizando a transação – Submissão da minuta de modificação do Acordo de Acionistas à Assembléia Legislativa – Venda mediante prévia avaliação por consultoria especializada e licitação pública – Possibilidade de venda direta caso sejam declaradas desertas as licitações previstas no Acordo de Acionistas.*

**CONSULTA**

A Secretaria de Estado de Planejamento, Desenvolvimento Econômico e Turismo, por meio da ilustre chefia de sua Assessoria Jurídica, consulta a Procuradoria-Geral do Estado sobre a possibilidade e o modo de alienação de participação minoritária detida pelo Estado do Rio de Janeiro (“ERJ”) na Peugeot-Citroën do Brasil S/A (“Peugeot-Citroën S/A”), em que figuram, como demais acionistas, a Automobiles Peugeot (“Peugeot”) e a Automobiles Citroën (“Citroën”).

Ressaltando a complexidade da matéria, menciona que a Lei 2.470/95, que instituiu o Programa Estadual de Desestatização (“PED”), subordinou às suas normas as alienações de participações minoritárias detidas pelo ERJ, admitindo a adoção de procedimento simplificado nestas hipóteses.

A consulta revela, ainda, a natureza especial do empreendimento, que teve na sua origem o desejo do Executivo de atrair novos investimentos produtivos para o Estado.

Indica que, nesse contexto, foram celebrados em 04.10.97 quatro instrumentos básicos, posteriormente ratificados pela Assembléia Legislativa do ERJ, por meio da Lei 2.822, de 07 de novembro de 1997:<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Publicada no DOERJ de 10.11.97.

- Acordo-Programa celebrado entre o ERJ, Peugeot, Citroën e Peugeot-Citroën S/A (“Acordo-Programa”);
- Convênio Financeiro entre o ERJ, Peugeot, Citroën e Peugeot-Citroën S/A, com a interveniência do Banco do Brasil (“Convênio Financeiro”);
- Convênio de Infra-Estrutura entre ERJ, Peugeot, Citroën, Peugeot-Citroën S/A e Outros (“Convênio de Infra-Estrutura”);
- Termo de Compromisso de Participação Societária entre o ERJ, Peugeot, Citroën e Peugeot-Citroën S/A (“Compromisso de Participação Societária”);

Nos termos do Convênio Financeiro e do Compromisso de Participação Societária, o ERJ subscreveu, em 11.12.98, o equivalente a 32% do capital social da Peugeot-Citroën S/A, integralizando, naquela ocasião, 10% do valor das ações e comprometendo-se a integralizar o restante conforme o cronograma financeiro de implantação da fábrica.

A consulta revela que o ERJ, em consequência da obrigação assumida, deverá integralizar até o próximo mês de junho os restantes 76.7% do valor de sua participação acionária na Peugeot-Citroën S/A<sup>2</sup>.

Sem embargo, o ERJ teria manifestado<sup>3</sup> interesse em alienar suas ações na companhia até o final de 2001, o que poderá ser aceito pelos demais acionistas, mediante determinadas condições.

Segundo a consulta e os documentos a ela acostados, a alienação pretendida esbarra no Acordo de Acionistas, celebrado em 11.12.98, entre os sócios da Peugeot-Citroën S/A. O item 4.1 de sua Cláusula Quarta estabeleceu cláusula de inalienabilidade temporária, impedindo que o ERJ transfira suas ações ou direitos de preferência à subscrição durante os 15 anos iniciais de vigência do referido Acordo.

Tendo em mira viabilizar a venda da participação minoritária do ERJ na companhia, a consultante argumenta o seguinte:

- No caso de adoção do procedimento simplificado de alienação de participações minoritárias previsto na Lei 2.470/95, deve-se notar que o seu regulamento (Decreto 21.916/95) outorga competência à Comissão Diretora do PED para disciplinar o referido procedimento<sup>4</sup>. Todavia, a Comissão Diretora do PED deixou de se reunir a contar de dezembro de 1998, estando o Programa inoperante desde aquela data;

2 É fato notório a inauguração da fábrica da Peugeot-Citroën S/A no último dia 1º de fevereiro, e que contou com a presença dos Exmos. Srs. Presidente da República e Governador do Estado, do presidente mundial da Peugeot-Citroën, além de outras autoridades públicas e representantes da iniciativa privada.

3 Não consta da documentação anexa ao PA a manifestação formal do ERJ dirigida aos demais acionistas comunicando sua intenção de alienar sua participação acionária na companhia.

4 Art. 21 do Decreto 21.916, de 21 de dezembro de 1995.

- Se, de um lado, ainda vigoram o PED e sua regulamentação, de outro, todos os instrumentos firmados em 04.10.97 pelo ERJ, Peugeot, Citroën e Peugeot-Citroën S/A foram ratificados pela Lei Estadual 2.822/97. Como Anexo II do Compromisso de Participação Societária figurava a minuta do Acordo de Acionistas de Peugeot-Citroën S/A, definitivamente celebrado em 11.12.98, quando do ingresso do ERJ no quadro de sócios da companhia;
- O Acordo de Acionistas prevê no subitem 4.2.2.2 de sua Cláusula Quarta a disciplina para a alienação das ações do ERJ, contemplando, entre outras medidas, prévia notificação do intento aos demais acionistas e à companhia, avaliação por consultoria especializada e licitação pública;
- Porém, a alínea “f.1” do referido subitem dispõe que, frustradas as tentativas de venda mediante licitação e permanecendo o interesse do ERJ em alienar suas ações na companhia, Peugeot e Citroën comprometem-se, dentro de certo prazo, a deliberar em Assembléia-Geral pela abertura do capital da companhia, cabendo a esta última promover todos os atos necessários ao seu registro junto à Comissão de Valores Mobiliários como companhia aberta.

Segundo a consultante, não interessa aos representantes da Peugeot-Citroën S/A que a mencionada alínea “f.1” seja aplicada nesta operação extemporânea de venda das ações do ERJ, pois resultaria na abertura do capital da companhia em etapa ainda inicial do empreendimento, o que não seria conveniente, nem oportuno, segundo razões de ordem negocial e empresarial.

Peugeot e Citroën teriam sugerido, então, manter o Acordo de Acionistas tal como redigido e, se for o caso, excepcionalmente autorizar a alienação extemporânea da participação do ERJ.

Nesta autorização seria determinado um prazo para a concretização da venda, afastando-se, expressamente, a incidência da alínea “f.1” do subitem 4.2.2.2 da Cláusula Quarta do Acordo, ao argumento de que a norma contratual tem origem negocial – e não resulta de imposição legal –, não prevalecendo na hipótese de alienação extemporânea.

Segundo a consulta, restaria saber o seguinte:

1. Se os critérios previstos no Acordo de Acionistas podem ser entendidos como procedimento simplificado de alienação de participação minoritária, nos termos da Lei 2.470/95; ou
2. Se deverá ser editado novo decreto regulamentador da Lei 2.470/95, disciplinando a venda da participação do ERJ na Peugeot-Citroën S/A e considerando, neste caso, o afastamento da alínea “f.1” do subitem 4.2.2.2 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas.

Em contatos posteriores com o ilustre advogado de Peugeot e Citroën, Dr. Pedro Paulo Cristófar, foram prestados esclarecimentos complementares à consulta

original, relativamente à sua posição negocial *vis-à-vis* a alienação pretendida pelo ERJ.

Em apertada síntese, os acionistas majoritários da Peugeot-Citroën, embora não se opondo à alienação pretendida pelo ERJ, pretendem condicioná-la a dois elementos, quais sejam: a) a fixação de um preço mínimo para as ações do ERJ com o qual estejam de acordo; b) a elaboração de minuta de novo Acordo de Acionistas da companhia, a cuja adesão deverá sujeitar-se o terceiro, estranho ao atual quadro de acionistas, que venha a adquirir as ações pertencentes ao ERJ.

Tendo em vista que a hipótese ora submetida ao exame desta Casa possui caráter acenuadamente negocial, entendemos relevantes os esclarecimentos prestados em complementação à consulta, razão pela qual serão levados em conta nesta análise, como melhor se verá adiante.

Em resumo, os elementos da consulta revelam que o ERJ encontra-se contratualmente impedido de transferir suas ações na Peugeot-Citroën S/A, pelo prazo de 15 anos, e necessita, para a pretendida alienação, do consentimento dos demais acionistas da companhia. Estes, por seu turno, não se opõem à venda, mas pretendem que certas condições sejam respeitadas, tendo em vista a natureza complexa do empreendimento, que se encontra ainda em fase inicial e desenvolve-se num mercado altamente competitivo.

Após o minucioso exame da matéria, à luz da lei, da doutrina e dos documentos acostados aos autos, emitimos o seguinte

## PARECER

que, para melhor compreensão das questões tratadas, foi subdividido em partes, da seguinte forma:

### I. HISTÓRICO DOS FATOS (*RATIONALE DA PARTICIPAÇÃO DO ERJ NO EMPREENDIMENTO*)

### II. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PARTICIPAÇÃO DO ERJ NA PEUGEOT-CITROËN S/A E A PRETENDIDA ALIENAÇÃO

### III. PROCEDIMENTO ADEQUADO PARA A ALIENAÇÃO DAS AÇÕES DO ERJ NA PEUGEOT-CITROËN S/A

### IV. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

### I. HISTÓRICO DOS FATOS (*RATIONALE DA PARTICIPAÇÃO DO ERJ NO EMPREENDIMENTO*)

**O Acordo-Programa e os demais instrumentos celebrados entre o ERJ, Peugeot, Citroën e Peugeot-Citroën S/A**

Seguindo as modernas linhas mestras de intervenção na atividade econômica, dentre as quais destacam-se o planejamento econômico e o fomento, em outubro de 1997 o ERJ firmou com Peugeot, Citroën, Peugeot-Citroën S/A e outras entidades vários instrumentos jurídicos destinados a viabilizar a implantação, no Município de Porto Real, de uma fábrica de automóveis de alta tecnologia.

O apoio ostensivo do ERJ ao empreendimento manifestou-se de várias maneiras, todas elas contempladas no Acordo-Programa, no Convênio Financeiro, no Convênio de Infra-estrutura e no Compromisso de Participação Societária.

Com os olhos postos na realidade, parece indubitável afirmar que, embora em fase ainda inicial de produção, o empreendimento é hoje um sucesso manifesto, que vem trazendo desenvolvimento econômico e social para a região sul do Estado, juntamente com outras indústrias que ali vão-se instalando, a criar um importante e moderno pólo industrial no interior do Estado do Rio de Janeiro.

Dentre as várias obrigações assumidas pelo ERJ, em contrapartida àquelas assumidas por Peugeot, Citroën e Peugeot-Citroën S/A, figurou a de participar, mediante a subscrição de novas ações, como sócio da Peugeot-Citroën S/A<sup>5</sup>.

Note-se, desde logo, que neste caso a intervenção do ERJ no domínio econômico realizou-se no contexto abrangente de cooperação com a iniciativa privada, em autêntica *parceria*, e não com o intuito de investir-se na condição de Estado-empresário, hoje condenada tanto pela teoria econômica, quanto pelo pensamento político.

Sem embargo, o ERJ optou por adquirir participação acionária na Peugeot-Citroën S/A, tornando-se sócio da empresa.

É nesse horizonte mais amplo, portanto, que devem ser analisadas a participação acionária do ERJ na Peugeot-Citroën S/A e sua pretendida alienação.

Parece-nos, com efeito, que feriria a lógica enquadrá-la nos casos clássicos de participação direta do Estado na atividade empresarial, quando se verifica que o ERJ jamais teve a intenção de produzir automóveis.

Ao contrário, alguns anos antes do projeto Peugeot-Citroën, o ERJ já tomara medidas em sentido diametralmente oposto ao da intervenção estatal clássica, buscando a sua reestruturação, para dedicar-se com mais intensidade e afinco àquelas atividades consideradas essenciais para o interesse da coletividade.

### O ingresso do ERJ no quadro de acionistas da Peugeot-Citroën S/A

Segundo o Compromisso de Participação Societária celebrado em 04.10.97, o ERJ obrigou-se a ingressar como sócio na Peugeot-Citroën S/A mediante a subscrição de novas ações da companhia, resultantes de aumento de seu capital social para valor equivalente, em reais, a US\$330.000.000,00<sup>6</sup>.

5 Item 2.3, alínea "P", da Cláusula Segunda do Acordo-Programa.

6 Cláusula Terceira do Compromisso de Participação Societária.

Ao final da subscrição ajustada, ações representativas de 32% do capital, equivalentes a US\$105.000.000,00, restariam sob a titularidade do ERJ, e as restantes, representando 68% do capital social, ficariam em mãos de Peugeot (34%) e Citroën (34%).

De acordo com o avençado, na Assembléia-Geral Extraordinária realizada em 11.12.98, os então únicos acionistas de Peugeot-Citroën S/A deliberaram o aumento de seu capital para R\$392.865.000,00, mediante a emissão de 387.855.000 novas ações ordinárias<sup>7</sup>. A totalidade das novas ações emitidas foi subscrita por Peugeot, Citroën e pelo ERJ, resultando no ingresso deste último no quadro de acionistas da companhia.

O ERJ subscreveu 125.002.500 ações ordinárias da Peugeot-Citroën S/A, representativas de 32% de seu capital social, pelo preço de emissão de R\$1,00. Naquele momento, integralizou 10% do valor das ações subscritas – isto é, R\$12.500.250,00 –, comprometendo-se a integralizar o saldo, no valor equivalente a cerca de US\$ 94.500.000,00, conforme o cronograma financeiro relativo ao projeto de implantação da fábrica<sup>8</sup>.

Atualmente, o capital social da companhia, que é uma sociedade anônima fechada, encontra-se dividido em ações ordinárias, na seguinte proporção<sup>9</sup>:

Acionista	Capital social integralizado (R\$)	%	Ações ordinárias subscritas	Participação (%)
ERJ	91.668.500,00	23,33	125.002.500	32%
Automobiles Peugeot ("Peugeot")	116.073.750,00	29,55	133.931.250	34%
Automobiles Citroën ("Citroën")	116.073.750,00	29,55	133.931.250	34%
Total	323.816.000,00	82,43	392.865.000	100%

De acordo com o cronograma financeiro ajustado pelos acionistas, o final das integralizações dar-se-ia do seguinte modo:

Acionista	01 de Março de 2001 (R\$)		01 de Junho de 2001 (R\$)
ERJ	16.667.000,00	Não realizada	16.667.000,00
Automobiles Peugeot ("Peugeot")	17.857.500,00	Realizada	17.857.500,00
Automobiles Citroën ("Citroën")	17.857.500,00	Realizada	17.857.500,00

7 Ata da Assembléia-Geral Extraordinária dos acionistas de Peugeot-Citroën do Brasil S/A, realizada em 11 de dezembro de 1998.

8 Ata da Assembléia-Geral Extraordinária dos acionistas de Peugeot-Citroën do Brasil S/A, realizada em 11 de dezembro de 1998.

9 Essas informações foram prestadas pela Peugeot-Citroën S/A e têm por referência a data de 05.02.2001.

Vê-se, portanto, que ao ERJ cumpre ainda integralizar o restante do valor de suas ações (76,7%), no montante de R\$ 33.334.000,00.

### O acordo de acionistas celebrado entre o ERJ e os demais sócios de Peugeot-Citroën S/A

Na mesma ocasião em que o ERJ tornou-se sócio de Peugeot-Citroën S/A, celebrou-se um Acordo de Acionistas, cujas normas constituem elementos-chave para o desate das questões postas na consulta.

No Acordo de Acionistas de Peugeot-Citroën S/A, seus únicos sócios (Peugeot, Citroën e ERJ) procuraram definir suas relações recíprocas, enfatizando as hipóteses de transferência das ações pelas Peugeot e Citroën (Cláusula Terceira) e pelo ERJ (Cláusula Quarta).

Tendo em conta a natureza especial da participação do ERJ no empreendimento, bem assim o seu longo período de maturação, as partes convencionaram a inalienabilidade das ações e direitos de preferência à subscrição do ERJ durante os primeiros 15 anos de vigência do Acordo<sup>10</sup>. De outro lado, impuseram restrições, por igual prazo, à redução da participação de Peugeot e Citroën em níveis inferiores a 51% do capital votante da companhia<sup>11</sup>.

Como se sabe, o art. 118 da Lei 6.404/76 ("Lei das S/A") e a doutrina distinguiram duas modalidades de acordo de acionistas: o *acordo de voto*, que tem por objeto essencial regular os direitos de voto dos acionistas signatários do acordo; e o *acordo de bloqueio*, que fixa regras sobre a negociabilidade das ações vinculadas ao acordo (compra, venda e estabelecimento de preferência).

Para o fim de dimensionar a importância dos encargos assumidos pelos signatários do Acordo, vale notar que o § 3º do art. 118 da Lei das S/A permite aos acionistas promover a execução específica das obrigações assumidas no acordo, de modo a assegurar aos acionistas o cumprimento *in natura* de suas disposições, ainda que os demais tenham dele se arrependido.

Na espécie, o próprio Acordo de Acionistas da companhia, reforçando a norma legal, previu a nulidade das transferências de ações ou direitos de preferência à subscrição realizadas em desacordo com o avençado pelos acionistas de Peugeot-Citroën S/A<sup>12</sup>.

Quando permitida a transferência das ações do ERJ, e desde que mantida em vigor a regra geral aplicável à alienação de bens pela Administração, o Acordo de Acionistas previu o *modus faciendi* dessa operação, disciplinando, tanto a avaliação de sua participação acionária, quanto sua alienação mediante licitação pública<sup>13</sup>.

10 Item 4.1 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas.

11 Cláusula Terceira do Acordo de Acionistas. Tais restrições vigoram por prazo idêntico aos de vigência do Acordo-Programa, do Convênio Financeiro e do Convênio de Infra-Estrutura, que têm como termo-limite o dia 31.12.2025.

12 Item 7.1 da Cláusula Sétima do Acordo de Acionistas.

13 Item 4.2.2.2 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas.

Nesse tocante, as partes dispuseram sobre a situação peculiar, mas não improvável, de frustração das tentativas de venda das ações do ERJ mediante licitação pública. Levando em conta o caráter personalíssimo da participação do ERJ no empreendimento, e a probabilidade de não acudirem pretendentes às duas licitações previstas, o Acordo de Acionistas prevê que, nesta hipótese, Peugeot e Citroën deverão deliberar, em Assembléia-Geral, pela abertura do capital da companhia, adotando esta última todas as providências necessárias ao seu registro na Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”)<sup>14</sup>.

As partês também estipularam a necessidade de consentimento unânime e expresso para a modificação das cláusulas do Acordo (Cláusula Décima Terceira) e, quanto à sua vigência, estabeleceram que o Acordo vigorará até 31.12.2025, ou enquanto o ERJ permanecer acionista da companhia ou, ainda, enquanto Peugeot e/ou Citroën permanecerem, em conjunto ou separadamente, majoritários no capital votante da companhia (Cláusula Décima Quinta).

Diante do exposto, é imperativo asseverar a validade e a eficácia do Acordo de Acionistas celebrado pelos acionistas de Peugeot-Citroën S/A, que constitui lei entre as partes, reconhecida pelo ordenamento em vigor, e que obriga plenamente os seus respectivos signatários.

Também é forçoso reconhecer que a viabilização da alienação pretendida pelo ERJ passa, necessariamente, pelo consentimento dos demais sócios da companhia – Peugeot e Citroën –, assim como pela modificação de seu Acordo de Acionistas.

## II. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PARTICIPAÇÃO DO ERJ NA PEUGEOT-CITROËN E A PRETENDIDA ALIENAÇÃO

### A participação do ERJ na Peugeot-Citroën S/A representa modalidade extravagante de atuação no domínio econômico

À luz da ordem constitucional vigente, a participação do ERJ no capital da Peugeot-Citroën não se afina com os princípios que regem a intervenção do Estado na ordem econômica, postos nos arts. 170 a 174 da Constituição da República.

Sem embargo dos relevantes motivos que levaram o ERJ a apoiar o empreendimento, é de notar-se que a sua participação no capital da Peugeot-Citroën S/A contradiz o *princípio da livre iniciativa*, segundo o qual o Estado não deve intervir na ordem econômica, salvo para assegurar o bem-estar geral. Também não se alinha ao *subprincípio da abstenção*, que preconiza o afastamento do Estado da atividade econômica, especialmente quando ele próprio propõe-se ao exercício da atividade econômica. E, por fim, destoa do *subprincípio da subsidiariedade*, segundo o qual o Estado só está legitimado a intervir diretamente no domínio econômico nas hipóteses autorizadas pela Constituição, que são as do “relevante interesse coletivo” e do “imperativo de segurança nacional”<sup>15</sup>.

14 Subalínea “f.1” do item 4.2.2.2 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas.

15 Sobre o tema, confira-se a lição de MARCOS JURUBENA VILLELA SOUTO, “Ordem Econômica

Em nosso sentir, este é o pano de fundo da intenção do ERJ de alienar suas ações na Peugeot-Citroën S/A, eis que tal participação acionária representa modalidade indireta de exploração de atividade econômica em setor no qual não se mostra necessária a presença ostensiva do Poder Público, a não ser em atividades regulatórias, de planejamento ou de fomento.

Também vale deixar consignado que a participação do ERJ na Peugeot-Citroën S/A não leva à caracterização desta companhia como “sociedade de economia mista”, já que não se está diante de uma sociedade anônima como a Petrobrás, por exemplo, cujas gestão e capital mistos encontram-se permanentemente ajustados de modo a conduzir à satisfação de objetivos de interesse público<sup>16</sup>. Como é intuitivo, não é a propriedade pública de ações de uma empresa que a torna, *ipso facto*, uma paraestatal, mas sim a circunstância de a lei ter atribuído a esse patrimônio uma vocação pública vinculada e garantido, para isso, a sua gestão mista<sup>17</sup>.

A Peugeot-Citroën S/A é, ao contrário da Petrobrás, uma sociedade anônima comum que conta com participação acionária eventual de um ente público, no caso o ERJ, regendo-se integralmente pelas normas do direito comercial.

Sua gestão, evidentemente, não é mista e visa à satisfação de interesses unicamente privados<sup>18</sup>, sem embargo do *princípio da função social da propriedade*, insculpido no art. 170, III, da Constituição da República, que sujeita toda e qualquer atividade econômica. Sintomaticamente, nas assembléias-gerais da companhia, Peugeot e Citroën dispõem de confortável maioria de votos – 64% do capital votante –, e nem o Estatuto Social da companhia, nem seu Acordo de Acionistas dispõem, em favor do ERJ, sobre direitos de veto em qualquer matéria ligada à gestão da empresa. De igual modo, no Conselho de Administração da Peugeot-Citroën S/A, o ERJ tem, em regra, o direito de indicar somente um de seus membros<sup>19</sup>.

### A natureza jurídica dos ativos do ERJ na Peugeot-Citroën S/A

Partindo-se desta primeira constatação, cabe analisar a natureza jurídica da participação acionária do ERJ na Peugeot-Citroën S/A, tendo em vista a pretendida alienação, objeto da consulta.

na Constituição”, in Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, coord. Luís Roberto Barroso, Ed. APERJ/Lumen Juris, 2000, p. 156.

16 JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, *Direito Societário*, 5ª ed, RJ, Renovar, 1999, p. 449. “Mesmo no caso das empresas públicas e sociedades de economia mista, o exercício da atividade econômica, reservada preferencialmente ao particular pelo caput do art. 173 da Constituição da República, obedece, no silêncio da lei, a normas de direito privado. Estas normas são a regra; o direito público é exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente”. Confira-se, a propósito, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 3ª ed, SP, Atlas, 1992, p. 282.

17 DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, in *Revista de Direito da Procuradoria Geral – Rio de Janeiro*, CEJUR, v. 50, 1997, p. 357.

18 Art. 2º do Estatuto Social.

19 Item 9.1 da Cláusula Nona do Acordo de Acionistas.

Considerando a enumeração dos bens públicos feita no art. 66 do Código Civil, que não é exaustiva, impõe-se classificar os ativos do ERJ na Peugeot-Citroën S/A como sendo *bens dominiais ou do patrimônio disponível*.

Na lição clássica do direito administrativo, esses bens:

*“... são aqueles que, embora integrando o domínio público como os demais, deles diferem pela possibilidade sempre presente de serem utilizados em qualquer fim ou, mesmo, alienados pela Administração, se assim o desejar. Dá porque recebem também a denominação de bens patrimoniais disponíveis ou de bens do patrimônio fiscal. Tais bens integram o patrimônio do Estado como objeto de direito pessoal ou real ...*

*Todas as entidades públicas podem ter bens patrimoniais disponíveis, isto é, bens não destinados ao povo em geral, nem empregados no serviço público, os quais permanecem à disposição da Administração para qualquer uso ou alienação, na forma que a lei autorizar.”<sup>20</sup>*

As ações do ERJ na Peugeot-Citroën são, portanto, bens dominiais, livremente alienáveis, segundo os juízos de oportunidade e conveniência da Administração e a forma autorizada pelo ordenamento em vigor.

**O Acordo de Acionistas de Peugeot-Citroën S/A, celebrado em 11.12.98, é um contrato regido unicamente por normas do direito privado**

Embora firmado por um ente público como o ERJ, o Acordo de Acionistas de Peugeot-Citroën S/A é um contrato que se sujeita unicamente às normas do direito privado.

A esse respeito, vale citar outra lição da doutrina, segundo a qual:

*“ Todo contrato – privado ou público – é dominado por dois princípios: o da lei entre as partes (lex inter partes) e o da observância do pactuado (pacta sunt servanda). O primeiro impede a alteração do que as partes convencionaram; o segundo obriga-as a cumprir fielmente o que avençaram e prometeram reciprocamente.*

*No Direito Privado a liberdade de contratar é ampla e informal, salvo as restrições da lei e as exigências especiais de forma para certos ajustes, ao passo que no Direito Público a Administração está sujeita a limitações de conteúdo e a requisitos formais rígidos, mas, em contrapartida, dispõe sempre dos privilégios administrativos para a fixação e alteração das cláusulas de interesse público e até mesmo para pôr fim ao contrato em meio de sua execução”<sup>21</sup>.*

20 HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo, 25ª ed., SP, Malheiros, 2000, pp. 471/472.

21 HELY LOPES MEIRELLES, ob.cit., p. 109.

Diante das peculiaridades que caracterizam o contrato administrativo, distinguindo-o do contrato privado, é sob o pálio dos princípios e normas aplicáveis a este último que serão analisadas as relações entre os signatários do Acordo de Acionistas examinado neste parecer.

O Acordo de Acionistas – *ça va sans dire* – possui natureza de negócio jurídico de direito privado, não se confundindo, jamais, com os chamados “contratos administrativos”.

Apresenta-se, a partir do advento da Lei das S/A, como verdadeiro contrato típico e nominado, pois:

*“...embora a fonte formal do direito seja a lei societária, a fonte substancial está no direito das obrigações. Isto porque, diferentemente do direito societário propriamente dito, que trata da constituição, organização, funcionamento e extinção da companhia, o acordo de acionistas pertence à esfera privada destes que, através desse ajuste, cuidam de compor seus interesses”<sup>22</sup>.*

Sob esse prisma, então, é que devemos entender os limites e possibilidades do ERJ em relação à pretendida venda de suas ações na Peugeot-Citroën S/A.

**A natureza jurídica da alienação das ações do ERJ em Peugeot-Citroën S/A**

O objeto da consulta trata da alienação de *bens móveis* pertencentes ao ERJ. Tal operação caracteriza-se como negócio de direito privado, não possuindo normas rígidas para sua realização, salvo, em princípio, a exigência de avaliação prévia, autorização legal e licitação.

Com efeito, no ensinamento da doutrina:

*“ Venda: venda, ou mais propriamente, venda e compra, é o contrato civil ou comercial pelo qual uma das partes (vendedor) transfere a propriedade de um bem à outra (comprador), mediante preço certo em dinheiro (CC, art. 1.122, e CComercial, art. 191). Toda venda, ainda que de bem público, é contrato de Direito Privado. Não há venda administrativa; há, tão-somente, venda e compra civil ou comercial em que o vendedor é a Administração, mas isto não transforma a operação em contrato administrativo. É, e será sempre, contrato de Direito Privado, apenas realizado pelo Poder Público com formalidades administrativas prévias, exigidas para a regularidade da alienação do bem público.*

...

22 MODESTO CARVALHOSA, Acordo de Acionistas, 1ª ed., SP, Saraiva, 1984, p. 32, apud CELSO BARBI FILHO, Acordo de Acionistas, MG, Del Rey, 1993, pp. 65/66.

*Quanto à venda de bens móveis e semoventes, exigem-se também, em princípio, autorização legal, avaliação e licitação prévia. A autorização, entretanto, poderá ser genérica, isto é, dirigir-se a bens indiscriminados, como ocorre com os materiais inservíveis. O procedimento licitatório poderá ser qualquer um dos legalmente previstos, ... Casos há de venda de bens móveis ou semoventes com destinação especial que não exige licitação. É o que ocorre, p. ex., com a venda de sementes, adubos, inseticidas e reprodutores a agricultores e criadores, quando há interesse público em fomentar suas atividades. Para essas vendas, basta autorização competente, com as condições para sua efetivação”<sup>23</sup>.*

Como antes se viu, o ERJ somente integralizou 23.3% do valor de suas ações na Peugeot-Citroën S/A, e é este ativo, acrescido de eventual ágio e da obrigação de integralização dos valores restantes, que será objeto de avaliação e alienação.

Quanto às ações ainda não-integralizadas, dois pontos merecem atenção, tendo em vista o princípio da irretratabilidade da subscrição e o da preservação da integridade do capital social: a) a sanção prevista para o descumprimento da obrigação de integralização do valor das ações; e b) a faculdade legal conferida à companhia no caso de não-integralização do valor das ações.

No primeiro caso, o subitem 3.4.1 do Compromisso de Participação Societária prevê, em harmonia com o art. 106 da Lei das S/A, que na hipótese de o ERJ descumprir sua obrigação de integralizar o valor de suas ações nos prazos e condições ali definidos, terá de realizá-la no prazo máximo de 30 dias após a data inicialmente fixada, pelo valor estipulado, devidamente atualizado e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, “*pro rata dies*” sobre o montante a ser integralizado.

Com maior grau de constrangimento, o art. 107 da Lei das S/A disciplina as etapas subsequentes relacionadas com a mora e o inadimplemento do acionista, permitindo que contra ele seja movido processo de execução para cobrar as importâncias devidas (art. 107, inc. I) ou que as ações sejam vendidas em Bolsa de Valores, por conta e risco do acionista (art. 107, inc. II).

No segundo caso, o art. 107, § 4º da Lei das S/A faculta à companhia que não conseguiu obter do acionista e dos demais responsáveis solidários os recursos necessários à integralização do valor das ações, nem obteve tais recursos através da venda das ações em Bolsa, declará-las caducas e fazer suas as entradas realizadas, integralizando-as com lucros ou reservas. Caso a companhia não disponha de lucros ou reservas suficientes para tal fim, a lei autoriza-a a vendê-las diretamente, dentro do prazo de um ano, findo o qual, não tendo sido encontrado comprador, a assembléia geral deliberará sobre a redução do capital em importância correspondente.

Diante do acima exposto, é compreensível que a Administração pretenda despir-se de sua participação acionária na companhia, liberando-se da obrigação de

23 HELY LOPES MEIRELLES, *ob.cit.*, pp. 485/486.

integralizar seu respectivo preço, eis que eventuais mora ou inadimplemento poderão gerar a tomada de medidas constritivas incompatíveis com a importância da participação do ERJ nesse projeto que, embora de cunho privado, ostenta função econômico-social da maior relevância.

A alienação pretendida não configura, propriamente, hipótese em que a Administração tenha o *dever jurídico* de promover a alienação de bens de seu patrimônio, como seria o caso de controle ou participação do Estado em sociedades privadas, relativamente às quais não exista lei assim autorizando, na forma dos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição da República.

Todavia, é mister deixar consignado que as ações do ERJ na Peugeot-Citroën S/A não constituem um bem inerentemente público, posto que integradas no patrimônio público por circunstâncias eventuais, nem se ajustam à realização de finalidades públicas. Portanto, a decisão do ERJ de alienar suas ações na companhia insere-se no âmbito do *poder discricionário* da Administração, isto é, na esfera do poder a ela conferido pelo direito de praticar atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo<sup>24</sup>.

Com efeito, a natureza própria das atividades econômicas e o dinamismo que lhes é inerente aconselham mudanças periódicas na forma de sua execução. Neste preciso momento toma vulto a concretização do juízo de conveniência e oportunidade da Administração quanto ao desfazimento de sua participação acionária na Peugeot-Citroën S/A, cujos fins não mais encontram arrimo nas prioridades do atual Programa de Governo.

### III. PROCEDIMENTO ADEQUADO PARA A ALIENAÇÃO DAS AÇÕES DO ERJ NA PEUGEOT-CITROËN S/A

#### Exclusão da alienação pretendida da disciplina do PED (Lei 2.470/95)

Parece-nos que a alienação pretendida pelo ERJ não se enquadra nos contornos de uma *privatização*, razão pela qual entendemos que não se há de sujeitar às regras do PED, contidas na Lei 2.470/95. Nada impede, todavia, que tais normas apliquem-se, subsidiariamente, ao processo de venda das ações, como melhor se verá adiante.

Embora à primeira vista emergja a tentação de enquadrar a venda das ações do ERJ na Peugeot-Citroën S/A no regime da Lei 2.470/95, uma análise de seus princípios revela-nos que a alienação pretendida não guarda as características de uma privatização, ou de uma desestatização.

Primeiramente, a Peugeot-Citroën S/A não é controlada, direta ou indiretamente, pelo ERJ, nem jamais esteve sob seu controle, situação que não se confunde com a das várias empresas cujas participações acionárias detidas pelo ERJ foram desestatizadas, nos termos da Lei 2.470/95<sup>25</sup>.

24 HELY LOPES MEIRELLES, *ob.cit.*, p. 109.

25 Art. 3º da Lei 2.470/95, *a contrario sensu*.

Em segundo lugar, ofende a lógica concluir que o ingresso do ERJ como acionista da companhia deu-se com o intuito de “estatizá-la”. Ao contrário, como antes se disse, tal ingresso resultou da intenção de estabelecer uma parceria com a iniciativa privada, compatível com os objetivos de desenvolvimento industrial do Estado. Ora, se jamais houve “estatização” no âmbito da Peugeot-Citroën S/A, não há que se falar, agora, em “desestatização”, sujeitando o processo ao império da Lei 2.470/95.

Daí porque, em nossa opinião, inexistente antagonismo entre o PED, instituído em fins de 1995 com a finalidade de reestruturar a exploração, pelo ERJ, da atividade econômica, e o ingresso deste último como acionista da Peugeot-Citroën S/A, ocorrido em fins de 1998, no contexto de um amplo programa de incentivo à instalação de indústrias de alta tecnologia no território do Estado.

Em terceiro lugar, não parece razoável, nem moral, abrir oportunidade a que potenciais compradores da participação do ERJ na companhia possam valer-se de cotas do Fundo de Privatização do Estado do Rio de Janeiro<sup>26</sup> – isto é, de *moeda podre* – para adquirir as ações subscritas, em dinheiro, pelo ERJ.

Em síntese, parece-nos que a venda de ações pretendida pelo ERJ não se sujeita ao império do PED, bastando notar que seus princípios diretores<sup>27</sup> não se coadunam com o empreendimento objeto da consulta.

Ademais, os signatários do Acordo de Acionistas da companhia, no exercício da auto-regulamentação de seus interesses, disciplinaram os modos, épocas e condições que subordinam a alienação das ações do ERJ, somente admitindo a aplicação da Lei 2.470/95 de forma subsidiária, no que tange à contratação de consultoria especializada para a avaliação das referidas ações<sup>28</sup>. Conclui-se, portanto, que os próprios acionistas da Peugeot-Citroën S/A excluíram a incidência da Lei 2.470/95 no caso de transferência de ações por parte do ERJ<sup>29</sup>.

### **Necessidade de modificação do Acordo de Acionistas para viabilizar a alienação pretendida**

Atualmente, como é fácil perceber, a participação do ERJ na Peugeot-Citroën S/A é inalienável, em virtude da restrição contratual, livremente avençada, constante do Acordo de Acionistas<sup>30</sup>. Sob o prisma substancial, portanto, sua venda dependerá do consentimento dos demais acionistas da companhia.

Este consentimento, parece-nos, deverá resultar na modificação do Acordo de Acionistas, com o afastamento excepcional da cláusula de inalienabilidade tempo-

26 Art. 12 da Lei 2.470/95.

27 Art. 1º da Lei 2.470/95.

28 Subalínea “a.1” do item 4.2.2.2 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas.

29 Segundo o art. 3º, § 2º, da Lei 2.470/95, compete ao Chefe do Executivo incluir, através de decreto, no programa de privatização, as empresas controladas direta ou indiretamente pelo Estado.

30 Item 4.1 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas.

rária, antes referida. Não se há que falar, nesse caso, de alteração de quaisquer dos instrumentos anteriores ao Acordo de Acionistas, pois o Compromisso de Participação Societária, que tinha por objetivo definir a forma de participação do ERJ no capital da Peugeot-Citroën S/A, restou ultrapassado pela modificação dos Estatutos da Companhia e pela celebração do Acordo de Acionistas, ocorridos em 11.12.1998. Assim, a eventual alienação de ações da companhia passou a ser disciplinada exclusivamente pelo acordo firmado entre seus sócios.

Por outro lado, e na medida em que o ERJ não pode impor sua vontade aos demais acionistas, há também que se levar em conta as condições propostas por Peugeot e Citroën, para a viabilização da pretendida alienação.

Assim, a modificação do Acordo de Acionistas deverá contemplar a remoção da exigência de abertura do capital da companhia, prevista na alínea “f.1” do subitem 4.2.2.2 de sua Cláusula Quarta, aplicável na hipótese de serem declaradas desertas as licitações para a venda de ações do ERJ.

O Acordo de Acionistas modificado deverá também mencionar a obrigação de o ERJ, após o resultado da avaliação, comunicar à Peugeot, à Citroën e à companhia o preço mínimo pelo qual intenciona alienar sua participação acionária, dependendo a evolução do processo de venda da concordância expressa destas últimas com o preço mínimo fixado.

Por fim, a alteração haverá de mencionar o fato de que, na eventualidade de um terceiro estranho ao atual quadro de acionistas da companhia adquirir as ações do ERJ, este terceiro celebrará com as sócias remanescentes um novo Acordo de Acionistas, conforme minuta a ser apresentada por Peugeot e Citroën e incluída no edital de licitação.

Em resumo, a venda depende de um novo ajuste entre as partes signatárias do Acordo de Acionistas, que resultará numa novação objetiva<sup>31</sup>.

As condições propostas por Peugeot e Citroën em contrapartida ao consentimento necessário à venda extemporânea das ações do ERJ parecem-nos, além de lícitas, bastante razoáveis. Dizem respeito, como melhor se verá adiante, à continuidade da empresa, conforme seu projeto original, que contava com a participação de um sócio investidor – o Estado – despedido de pretensões de controle da companhia.

### **Proposta de procedimento para a alienação da participação societária do ERJ na Peugeot-Citroën S/A**

Dentre os modos possíveis de alienação das ações do ERJ na Peugeot-Citroën S/A, parece-nos que o mais adequado, sob o ponto de vista negocial e jurídico, deverá envolver as seguintes etapas:

31 Art. 999, I, do Código Civil.

Etapa	Atividade
1ª	Formalização, pelo ERJ, da intenção de alienar a sua participação acionária na Peugeot-Citroën S/A. A notificação, observando o disposto no item 4.2.2.2 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas, deverá também indicar à Peugeot e à Citroën a necessidade de modificação do Acordo de Acionistas, solicitando-lhes que, no prazo de 20 (vinte) dias, comuniquem ao ERJ as condições propostas para a referida modificação.
2ª	Notificação dirigida por Peugeot e Citroën ao ERJ comunicando-lhe sua concordância com a venda extemporânea de suas ações, mediante determinadas condições. Nesta ocasião, Peugeot e Citroën deverão encaminhar a minuta do novo Acordo de Acionistas a ser celebrado com terceiro, estranho ao quadro de acionistas da companhia, que eventualmente adquira as ações pertencentes ao ERJ.
3ª	Contratação, mediante licitação, de empresa de consultoria especializada, escolhida e remunerada pelo ERJ, que apurará o preço e as condições de transferência das ações pertencentes ao ERJ, na forma da Cláusula Quarta, item 4.2.2.2, alíneas a e b, do Acordo de Acionistas de Peugeot-Citroën S/A <sup>32</sup> .
4ª	Notificação dirigida pelo ERJ a Peugeot, Citroën e Peugeot-Citroën S/A comunicando-lhes o resultado da avaliação e solicitando a concordância, por escrito, das duas primeiras, no prazo de 40 (quarenta) dias, Quanto ao referido resultado e ao preço mínimo de venda proposto.
5ª	Envio de Projeto de Lei à Assembléia Legislativa do ERJ contemplando a viabilização da venda da participação acionária do ERJ em Peugeot-Citroën S/A, bem assim a ratificação da minuta de modificação do Acordo de Acionistas de Peugeot-Citroën S/A.
6ª	Em seguida à aprovação do Projeto de Lei acima referido, a realização, pelo ERJ, de licitação das ações de sua titularidade, pelo preço mínimo de venda acordado com as demais acionistas da companhia, observando as alíneas "c" e "d" do item 4.2.2.2 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas <sup>33</sup> . O respectivo edital de licitação deverá conter a minuta do novo Acordo de Acionistas a cuja adesão estará sujeito o eventual terceiro adquirente, estranho ao atual quadro societário da companhia.
7ª	Caso a primeira licitação seja declarada deserta, o ERJ promoverá uma segunda licitação, observando o disposto nas alíneas "c", "d" e "e" do item 4.2.2.2 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas <sup>34</sup> .

32 As alíneas "a" e "b" do item 4.2.2.2 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas de Peugeot-Citroën disciplinam o critério de contratação da empresa de consultoria (técnica e preço), bem assim as comunicações que devem ser efetuadas entre os acionistas relativamente à contratação e os critérios a serem utilizados pela contratada para a avaliação das ações pertencentes ao ERJ.

33 A alínea "c" e as subalíneas "c.1" e "c.2" disciplinam, respectivamente, o procedimento a ser observado na primeira licitação. A alínea "d" e suas subalíneas dispõem sobre o exercício do direito de preferência por Peugeot e Citroën.

34 A subalínea "e.1" prevê a possibilidade de o ERJ, nesta segunda licitação, ofertar suas ações pelo preço equivalente à média dos valores apurados pela empresa de consultoria, segundo os critérios estabelecidos na alínea "b" do item 4.2.2.2 ou mediante nova ponderação dos preços sugeridos pela avaliação, excluindo-se o mais alto e o menor.

8ª	Caso a segunda licitação seja declarada deserta, o ERJ deverá notificar imediatamente a Peugeot, a Citroën e a Peugeot-Citroën S/A informando-lhes o resultado da licitação, bem assim se persiste o seu interesse em transferir suas ações.
9ª	Na hipótese de persistir o interesse do ERJ em transferir suas ações, promover-se-á, no prazo de 90 (noventa) dias, a venda direta das referidas ações à Peugeot e/ou à Citroën, pelo preço ofertado na segunda licitação, dispensado o procedimento licitatório com base no art. 24, V, da Lei 8.666/93

Para cada uma das etapas propostas existem justificativas de ordem legal, contratual e negocial, como se verá adiante.

*1ª – Formalização, pelo ERJ, da intenção de alienar a sua participação acionária na Peugeot-Citroën S/A. A notificação, observando o previsto no item 4.2.2.2 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas, deverá também indicar à Peugeot e à Citroën a necessidade de modificação do Acordo de Acionistas, solicitando-lhes que, no prazo de 20 (vinte) dias, comuniquem ao ERJ as condições propostas para a referida modificação.*

A alienação das ações do ERJ foi disciplinada pelos signatários do Acordo de Acionistas de Peugeot-Citroën S/A. Por conseguinte, os ritos ali previstos devem ser observados pelas partes, com os ajustes que se façam necessários, tendo em vista a extemporaneidade da alienação pretendida.

Assim sendo, o ERJ deverá formalizar sua intenção de venda, conforme o item 4.2.2.2 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas, dirigindo notificação à Peugeot, à Citroën e à companhia na qual lhes comunicará sua decisão, indicando o número de ações que deseja transferir.

Face à necessidade de modificação das cláusulas do Acordo, deverá, igualmente, requerer às demais acionistas que lhe comuniquem, formalmente, no prazo de 20 (dias), as condições que propõem para a alteração do Acordo de Acionistas.

*2ª – Notificação dirigida por Peugeot e Citroën ao ERJ comunicando-lhe sua concordância com a venda extemporânea de suas ações, mediante determinadas condições. Nesta ocasião, Peugeot e Citroën deverão encaminhar também a minuta do novo Acordo de Acionistas a ser celebrado com terceiro, estranho ao quadro de acionistas da companhia, que eventualmente adquira as ações pertencentes ao ERJ.*

Como a viabilização da venda pretendida pelo ERJ passa pela concordância das demais acionistas e pela alteração do atual Acordo de Acionistas, faz-se necessário que Peugeot e Citroën manifestem, formalmente, tal anuência, mediante as condições propostas, antes aludidas: a) afastamento temporário – até dezembro de 2002 – da cláusula de inalienabilidade prevista no subitem 4.1 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas; b) eliminação da subalínea "f.1" do item 4.2.2.2 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas, que determina a abertura do capital da companhia; c) concor-

dância com a avaliação prévia e com o preço mínimo de venda das ações; e d) elaboração de novo Acordo de Acionistas ao qual aderirá o terceiro, estranho ao atual quadro de acionistas, que eventualmente adquira a participação acionária do ERJ.

Parece-nos de todo conveniente que nessa mesma ocasião Peugeot e Citroën encaminhem ao ERJ a minuta do novo Acordo de Acionistas, que constará do edital de licitação e será objeto de adesão pelo novo adquirente das ações do ERJ, caso sejam elas alienadas a um terceiro estranho ao atual quadro acionário da companhia.

3ª – *Contratação, mediante licitação, de empresa de consultoria especializada, escolhida e remunerada pelo ERJ, que apurará o preço e as condições de transferência das ações pertencentes ao ERJ, na forma da Cláusula Quarta, item 4.2.2.2, alíneas “a” e “b”, do Acordo de Acionistas de Peugeot-Citroën S/A*<sup>35</sup>.

Ao realizar a avaliação de suas ações anteriormente à submissão de projeto de lei à Assembléia Legislativa, contendo a proposta de alienação e a minuta de alteração do atual Acordo de Acionistas, o ERJ evitaria o risco de paralisação do processo, depois de iniciado, em virtude de eventual discordância da Peugeot e da Citroën com o preço mínimo de oferta das ações.

Em outras palavras, de nada adiantaria submeter a aprovação legislativa projeto de lei contendo os elementos viabilizadores da venda das ações do ERJ, sem que, antes disso, a Peugeot e a Citroën tenham concordado com uma das pré-condições do negócio, qual seja, o preço mínimo de venda. Daí porque, em nosso sentir, deve a avaliação econômico-financeira das ações detidas pelo ERJ preceder a etapa de aprovação legislativa da operação.

Como se sabe, um dos princípios básicos que sujeitam a Administração Pública, tanto na alienação de bens móveis, quanto na de imóveis, é o da *prévia avaliação*.

Na espécie, em harmonia com este princípio, os acionistas de Peugeot-Citroën S/A disciplinaram a contratação, pelo ERJ, de consultoria especializada para encarregar-se da avaliação econômico-financeira de suas ações, mediante os critérios previstos na alínea “b” do item 4.2.2.2 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas, que são:

- a) a rentabilidade das ações auferidas pelo fluxo de caixa descontado;
- b) o valor patrimonial das ações;
- c) a cotação pública das ações, se for possível;
- d) o valor do capital investido, atualizado monetariamente pelo Índice Geral de Preços de Mercado (IGP-M), publicado pela Fundação Getúlio Vargas,

35 As alíneas “a” e “b” do item 4.2.2.2 do Acordo de Acionistas de Peugeot-Citroën disciplinam o critério de contratação da empresa de consultoria (“técnica e preço”), bem assim as comunicações que devem ser efetuadas entre os acionistas relativamente à contratação e os critérios a serem utilizados pela contratada para a avaliação das ações pertencentes ao ERJ.

ou, na hipótese de sua extinção, outro que venha a substituí-lo, acrescido de juros de 6% (seis por cento) ao ano;

- e) o valor da companhia ao preço de mercado, considerando, inclusive, o fundo de comércio.

A contratação de consultoria especializada pela Administração subordina-se aos ditames do art. 13 da Lei 8.666/93, que dispõe acerca dos serviços técnicos de profissionais especializados, como os de avaliação econômico-financeira.

Nesses casos, quando não for cabível a contratação direta, fundada no art. 25 da Lei de Licitações, a licitação para contratação dos serviços far-se-á, preferencialmente, mediante a realização de concurso. Todavia, na espécie, esta modalidade mostra-se incabível, eis que pressupõe, ao contrário das modalidades comuns de licitação, que a execução da prestação por parte do terceiro se realize *antes* da – e não *após* a – licitação<sup>36</sup>.

Quando se trata, como é o caso, de serviços especializados de avaliação econômico-financeira, sujeitos a regras de padrões internacionais e a reduzidas variações no que tange às alternativas de contratação, o mercado oferece várias empresas que gozam de reputação e competência para a realização da tarefa.

Por conseguinte, tendo em conta a viabilidade de competição e a fidelidade ao *princípio da isonomia*, os sócios de Peugeot-Citroën S/A previram, no respectivo Acordo de Acionistas, que a contratação da consultoria se faria mediante licitação, adotando-se o critério técnica e preço, na proporção de, pelo menos, 70 (técnica e experiência) e 30 (preço)<sup>37</sup>.

Quanto à modalidade licitatória, o art. 23, inc. II, da Lei 8.666/93 oferece três alternativas à Administração: a) o *convite*, quando a contratação não exceder R\$ 80.000,00; b) a *tomada de preços*, quando a contratação for de até R\$ 650.000,00; e c) a *concorrência*, quando a contratação exceder R\$ 650.000,00.

Face à relativa simplicidade de alguns dos critérios de avaliação a serem observados pela consultoria especializada, bem como às vantagens que poderão resultar da celeridade deste processo, parece-nos aconselhável que o ERJ adote a *tomada de preços*, podendo valer-se, subsidiariamente, do cadastro formado pela Comissão Diretora do PED, segundo as normas da Lei 2.470/95 (art. 6º, inc. XIX) e do Decreto 21.916/95 (art. 3º, inc. XXI)<sup>38</sup>.

36 MARÇAL JUSTEN FILHO, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª ed., SP, Dialética, 2000, pp. 135 e 206.

37 Subalínea “a.1” do item 4.2.2.2 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas. Esta regra estabelece, ainda, que os métodos para se determinar o peso da técnica e da experiência da empresa seguirão as normas adotadas pelo Estado no Programa Estadual de Desestatização, podendo, no entanto, ser aperfeiçoados.

38 Estas normas delegaram à Comissão Diretora do PED a competência para “*selecionar e cadastrar empresas de reconhecida reputação e tradicional atuação na negociação de capital, transferência de controle acionário e venda de ativos, facultando-se a utilização de cadastro oficial de entidades da Administração Estadual e/ou Federal*”.

4ª – Notificação dirigida pelo ERJ a Peugeot, Citroën e Peugeot-Citroën S/A comunicando-lhes o resultado da avaliação e solicitando a concordância, por escrito, das duas primeiras, no prazo de 40 (quarenta) dias, quanto ao referido resultado e ao preço mínimo de venda proposto.

Como a possibilidade de venda das ações do ERJ depende da prévia concordância de Peugeot, Citroën e Peugeot-Citroën S/A, com relação ao preço de oferta da sua participação na companhia, deverá o ERJ, finda a avaliação, comunicar-lhes o resultado, indicando, igualmente, o referido preço mínimo de venda.

No prazo indicado na notificação, deverão as destinatárias manifestar, formalmente e por escrito, sua concordância com o resultado da avaliação econômico-financeira das ações do ERJ. Mediante o recebimento, pelo ERJ, da referida concordância, iniciar-se-á outra etapa do processo, que consiste na alteração do Acordo de Acionistas da companhia, com a remoção, em especial, da cláusula de inalienabilidade temporária que sujeita o ERJ.

Esta remoção, fruto de ajuste negocial, terá caráter transitório e vigorará até 31 de dezembro de 2002. Findo este prazo, caso o ERJ não logre alienar sua participação acionária na companhia, o Acordo de Acionistas original voltará a vigor, em sua plenitude, em tudo o que não conflitar com a referida disposição transitória.

5ª – Envio de Projeto de Lei à Assembléia Legislativa do ERJ contemplando a viabilização da venda da participação acionária do ERJ em Peugeot-Citroën S/A, bem assim a ratificação da minuta de modificação do Acordo de Acionistas de Peugeot-Citroën S/A.

No caso de criação de empresas públicas e sociedades de economia mista e suas controladas, é a lei que confere, por exigência da Constituição da República (art. 37, incisos XIX e XX), a afetação pública dos bens de titularidade da Administração. Assim, em princípio, só a lei, que autorizou a criação ou a participação no capital da entidade, poderia autorizar a extinção ou a alienação da empresa<sup>39</sup>.

Na espécie, já se viu que a Peugeot-Citroën S/A não se enquadra nas definições de empresa pública ou sociedade de economia mista, nem a participação do ERJ na companhia classifica-se como bem publicamente afetado. Por consequência, desde logo deve afastar-se a aplicação das normas constitucionais antes referidas e, igualmente, a exigência de autorização legislativa para a alienação pretendida.

Aliás, a não-exigência de autorização legislativa para a alienação das ações do ERJ encontra fundamento em várias outras circunstâncias, pois, com efeito, a Peugeot-Citroën S/A:

39 MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, in *Revista de Direito da Procuradoria Geral – Rio de Janeiro*, CEJUR, v. 48, 1995, pp. 240/1. Diz-se “em princípio” porque há autores que sustentam o contrário, face à redação do art. 17, I, da Lei de Licitações.

- não exerce função pública, mas sim a exploração de atividade econômica privada que se encontra fora dos limites do Art. 173, § 1º, da Constituição da República;
- não é vinculada a um fim público, razão pela qual a participação do ERJ é considerada um bem dominial da Administração, não sujeito a desafetação via autorização legislativa; e
- não é empresa pública, nem sociedade de economia mista, subordinando-se ao regime comum das sociedades anônimas.

Sem embargo dos pontos acima mencionados, a participação do ERJ no capital da Peugeot-Citroën S/A foi submetida à aprovação legislativa (Lei Estadual 2.822/97), estando prevista a manutenção do investimento pelo prazo mínimo de 15 (quinze) anos, razão por que pensamos ser prudente submeter à Assembléia Legislativa, com base no princípio da similaridade<sup>40</sup>, os atos tendentes à viabilização do desfazimento desta participação acionária antes do tempo previsto.

Esses atos consistem, essencialmente: a) na indicação de que o ERJ intenta alienar, extemporaneamente e mediante licitação, suas ações na Peugeot-Citroën S/A; b) na indicação das condições propostas, para tal fim, pelas demais acionistas da companhia (transitoriedade da autorização para venda; prévia concordância com um preço mínimo de venda; eliminação da obrigação de abertura do capital da companhia; e assinatura, com um eventual terceiro adquirente, de um novo Acordo de Acionistas); e c) na minuta de modificação do Acordo de Acionistas da companhia, que removerá, até dezembro de 2002, a cláusula de inalienabilidade temporária e incorporará as demais condições, viabilizando a venda, ao ângulo contratual.

Como se viu, a alienação das ações do ERJ depende, de um lado, do afastamento excepcional da cláusula de inalienabilidade temporária contida no item 4.1 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas, que impede, por 15 (quinze) anos, a transferência de ações ou direitos de preferência à subscrição pelo ERJ. A natureza transitória deste afastamento – que vigorará até 31 de dezembro de 2002 – justifica-se em virtude da preocupação das partes em resguardar a estabilidade de suas relações jurídicas, caso a pretendida venda não logre concretização.

Por outro lado, como condição para a pretendida novação, a Peugeot e a Citroën requerem seja também removida do Acordo a exigência de abertura do capital da companhia, prevista na alínea “f.1” do subitem 4.2.2.2 da referida Cláusula Quarta, aplicável à hipótese de serem declaradas desertas as licitações para a venda de ações do ERJ.

A eliminação dessa exigência contratual, que permitiria a subsequente venda das ações do ERJ por meio de leilão em Bolsa de Valores<sup>41</sup>, tem sua razão de ser em pelo menos dois relevantes argumentos.

40 Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, ob.cit., p. 170, n. 172, o princípio da similaridade impõe que o desfazimento de um ato sujeite-se às mesmas formalidades legais previstas para sua elaboração.

41 Art. 17, II, c, da Lei de Licitações.

Primeiramente, como o empreendimento encontra-se ainda em fase inicial, parece razoável supor que seus acionistas majoritários preferam que o financiamento da Peugeot-Citroën S/A seja realizado mediante subscrição de ações pelos próprios acionistas ou por um grupo restrito de pessoas, previamente conhecidas. Daí porque justifica-se a permanência da sociedade como companhia fechada, pois, nesses casos, os próprios acionistas ou um grupo previamente conhecido de terceiros subscritores podem tutelar seus interesses no próprio âmbito contratual, dispensando, assim, a tutela estatal pela CVM<sup>42</sup>.

Em segundo lugar, e também em virtude da longa maturação do empreendimento, é razoável supor que os acionistas controladores da Peugeot-Citroën S/A desejem manter, após a saída do ERJ, a simplicidade da estrutura contratual da companhia. Como se sabe, a estrutura estatutária da companhia aberta é fundamentalmente mais complexa do que a da companhia fechada, assim como é também mais intrincada a atividade empresarial das abertas, eis que submetidas a um sistema especial de publicidade e revelação de seus resultados, envolvendo administração, operações patrimoniais, etc<sup>43</sup>.

No âmbito desta alteração do atual Acordo de Acionistas, também seria conveniente inserir, *a posteriori*, uma nova regra na alínea “b” do item 4.2.2.2 da Cláusula Quarta, determinando a obrigação do ERJ de notificar a Peugeot, a Citroën e a companhia do resultado da avaliação econômico-financeira de suas ações, bem assim do preço mínimo pelo qual tenciona aliená-las e o prazo de que disporão a Peugeot e a Citroën para concordar com o referido preço, tudo como sugerido acima, na análise da quarta etapa do processo.

É importante notar que a minuta de alteração do Acordo de Acionistas deverá disciplinar a possibilidade de venda direta das ações do ERJ aos demais acionistas da companhia, fundada no art. 24, inc. V, da Lei de Licitações, e cabível na hipótese de serem declaradas desertas as duas licitações previstas no Acordo de Acionistas.

Por fim, a minuta de alteração deverá mencionar que, no edital de licitação das ações do ERJ, será incluída minuta de novo Acordo de Acionistas da Peugeot-Citroën S/A, a ser celebrado se e quando um terceiro estranho ao atual quadro de acionistas da companhia adquirir as ações pertencentes ao ERJ.

Com relação aos demais instrumentos firmados pelas partes, quando da formalização do empreendimento, não vemos necessidade de alterá-los. A uma porque o Acordo-Programa e o Convênio de Infra-Estrutura tratam de matérias distintas, não relacionadas com a participação acionária do ERJ na companhia. A duas porque, embora o Convênio Financeiro<sup>44</sup> e o Compromisso de Participação Societária hajam

42 MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 3ª ed., SP, Saraiva, 2000, v. 1, p. 31.

43 MODESTO CARVALHOSA, *ob.cit.*, p. 32.

44 O Convênio Financeiro previu, no item 6.1.1. de sua Cláusula Sexta, o seguinte: “6.1.1.) Se, no momento em que o ESTADO decidir vender suas ações, a lei permitir a dispensa de processo licitatório e este optar pela venda direta, esta será feita à Peugeot e/ou Citroën, que se obrigam a adquiri-las pelo

disciplinado, o primeiro superficialmente e o segundo em maiores detalhes, a referida participação do ERJ, ambos foram superados pelas deliberações da AGE de 11.12.1998, que possibilitaram o ingresso do ERJ no quadro de acionistas da companhia, e pela celebração, na mesma data, do atual Acordo de Acionistas de Peugeot-Citroën S/A.

6ª – Em seguida à aprovação do Projeto de Lei acima referido, a realização, pelo ERJ, de licitação das ações de sua titularidade, pelo preço mínimo de venda acordado com as demais acionistas da companhia, observando as alíneas “c” e “d” do item 4.2.2.2 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas<sup>45</sup>. O respectivo edital de licitação deverá conter a minuta do novo Acordo de Acionistas a cuja adesão estará sujeito o eventual terceiro adquirente, estranho ao atual quadro societário da companhia.

A licitação para a venda das ações do ERJ foi disciplinada no item 4.2.2.2 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas. O referido item alude, apenas, a “licitação”, o que poderia induzir ao raciocínio de que a modalidade de licitação dependeria do valor obtido através da avaliação econômico-financeira realizada pelo ERJ.

Porém, na esteira da melhor doutrina, tal interpretação não é defensável, eis que a escolha de modalidade licitatória restritiva da livre participação de interessados, como o *convite* ou a *tomada de preços*, poderia vir a ofender o *princípio da isonomia*, criando embaraços para a Administração<sup>46</sup>.

Pensamos, portanto, que a escolha da modalidade licitatória para a alienação pretendida deverá recair sobre a *concorrência*, eis que esta modalidade é a que permite a mais ampla participação dos interessados, adequando-se, também, ao presumível valor de oferta das ações do ERJ, em linha com o disposto no art. 23, II, c, da Lei de Licitações.

O edital de licitação deverá incluir a minuta do novo Acordo de Acionistas da Peugeot-Citroën S/A, a ser celebrado pelo terceiro que venha a adquirir as ações pertencentes ao ERJ.

Com relação a este novo Acordo de Acionistas, ao qual aderirá o referido terceiro adquirente, a justificativa está, mais uma vez, no caráter excepcional da saída do ERJ da Peugeot-Citroën S/A.

preço correspondente a seu valor original atualizado monetariamente pelo Índice Geral de Preços do Mercado – IGP-M, publicado pela Fundação Getúlio Vargas, ou, na hipótese de sua extinção, outro que venha a substituí-lo.”

45 A alínea “c” e as subalíneas “c.1” e “c.2” disciplinam, respectivamente, o procedimento a ser observado na primeira licitação. A alínea “d” e suas subalíneas dispõem sobre o exercício do direito de preferência por Peugeot e Citroën.

46 MARÇAL JUSTEN FILHO, *ob.cit.*, p. 178.

Com efeito, o arcabouço jurídico de concepção e implementação do projeto de instalação da Peugeot-Citroën S/A no Estado do Rio de Janeiro contou, em todas as suas fases, com a ativa participação do ERJ, seja no papel de planejador, seja no de fomentador, seja no de sócio do empreendimento. Por isso mesmo, as cláusulas do atual Acordo de Acionistas refletem esta condição especial, de ente público multi-fário, ostentada pelo ERJ.

Parece lógico supor que, no caso de aquisição das suas ações por um terceiro estranho ao atual quadro societário, e que muito provavelmente será uma entidade privada, os acionistas remanescentes de Peugeot-Citroën S/A desejem, desde logo, estabelecer a disciplina de suas relações, ajustando-se, assim ao eventual ingresso de um novo sócio na empresa.

Um tal ajuste parece-nos justificável face à condição do terceiro adquirente, que não poderá ter os mesmos direitos e deveres do ERJ. A apresentação de minuta do novo Acordo juntamente com o edital permitirá, ainda, que os eventuais interessados na aquisição tomem prévio conhecimento da disciplina de suas relações com os acionistas majoritários, evitando, assim, surpresas e solução de continuidade no governo da companhia.

Também vale notar que, em todo caso, uma vez concluída a safda do ERJ da sociedade, o atual Acordo de Acionistas deixará de vigorar, por força do disposto na sua Cláusula Décima Quinta, razão pela qual faz-se indispensável a elaboração da minuta de um novo Acordo, a ser celebrado pelos acionistas remanescentes e pelo eventual terceiro adquirente.

Nesta licitação deverão também ser observadas as regras pertinentes do Acordo de Acionistas, especialmente as contidas nas alínea “c” e subalíneas “c.1” e “c.2” do item 4.2.2.2 do referido pacto.

Finda a licitação, o ERJ deverá notificar os demais acionistas e a própria companhia, informando-lhes o seu resultado. Havendo licitante vencedor, essa notificação servirá para que a Peugeot e/ou a Citroën exerçam, querendo, o seu direito de preferência sobre as ações do ERJ, segundo a disciplina contida nas alínea “d” e subalíneas “d.1” a “d.4” do item 4.2.2.2 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas.

*7ª – Caso a primeira licitação seja declarada deserta, o ERJ promoverá uma segunda licitação, observando o disposto nas alíneas “c”, “d” e “e” do item 4.2.2.2 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas<sup>47</sup>.*

O atual Acordo de Acionistas da companhia prevê a realização de uma segunda licitação caso a primeira seja declarada deserta. Nessa hipótese, além da modalidade

<sup>47</sup> A subalínea “e.1” prevê a possibilidade de o ERJ, nesta segunda licitação, ofertar suas ações pelo preço equivalente à média dos valores apurados pela empresa de consultoria, segundo os critérios estabelecidos na alínea “b” do item 4.2.2.2 ou mediante nova ponderação dos preços sugeridos pela avaliação, excluindo-se o mais alto e o menor.

*concorrência*, a licitação deverá observar as normas do Acordo de Acionistas aplicadas na primeira licitação, mais a subalínea “e.1” do item 4.2.2.2 de sua Cláusula Quarta.

Esta regra estabelece que o ERJ, na segunda licitação, ofertará suas ações pelo preço equivalente à média dos valores apurados pela empresa de consultoria. Se este já tiver sido o método utilizado para a fixação do preço das ações na primeira licitação, far-se-á nova ponderação dos preços sugeridos na avaliação, excluindo-se o mais alto e o menor.

Trata-se, como é intuitivo, de abrir nova oportunidade de venda das ações do ERJ, agora por um preço menor – e, portanto, mais atrativo –, que esteja em consonância com os critérios da avaliação previamente realizada.

*8ª – Caso a segunda licitação seja declarada deserta, o ERJ deverá notificar imediatamente a Peugeot, a Citroën e a Peugeot-Citroën S/A informando-lhes o resultado da licitação, bem assim se persiste o seu interesse em transferir suas ações.*

Não acudindo interessados à segunda licitação, emergem duas alternativas para o ERJ.

A primeira diz respeito à faculdade de permanecer como acionista da companhia, sujeitando-se à obrigação de integralizar o valor restante das ações subscritas, nos prazos convencionados, e ao cumprimento das demais obrigações de sócio. A segunda alternativa refere-se à hipótese de persistir o interesse do ERJ em transferir suas ações.

Tanto num caso como no outro, deverá o ERJ dirigir notificação às demais acionistas e à companhia informando-lhes o resultado da segunda licitação, bem assim se persiste, ou não, o seu interesse em transferir sua participação acionária.

*9ª – Na hipótese de persistir o interesse do ERJ em transferir suas ações, promover-se-á, no prazo de 90 (noventa) dias, a venda direta das referidas ações à Peugeot e/ou à Citroën, pelo preço ofertado na segunda licitação, dispensado o procedimento licitatório com base no art. 24, V, da Lei 8.666/93.*

Frustradas as duas tentativas de venda, mediante licitação, das ações do ERJ, abre-se a oportunidade para que, persistindo seu interesse em transferi-las, o ERJ contrate diretamente a alienação com a Peugeot e/ou a Citroën.

A contratação direta pressupõe, por parte da Administração, a constatação acerca da inaplicabilidade das regras da licitação. Constitui, obviamente, exceção ao princípio da prévia licitação, que tem assento constitucional (art. 37, inc. XXI, da Constituição da República) e cuja disciplina o constituinte delegou ao legislador ordinário.

Em essência, a contratação direta é possível nas situações autorizadas em lei. Na precisa síntese de um eminente colega, pode-se afirmar que:

“...O art. 2º do Estatuto, no uso da competência que lhe confere o artigo 37, XXI c/c 22, XXVII desta Lei Maior, estabelece que a regra geral é que as obras, serviços, compras, concessões e alienações da Administração, quando contratados com terceiros, serão necessariamente precedidos de licitação. Prevê, contudo, exceções, que eram, na lição de Hely Lopes Meirelles, de quatro ordens, a saber: licitação dispensada (pela própria lei); licitação dispensável (a lei faculta à autoridade administrativa dispensar a licitação); licitação inexigível (em hipótese em que não há possibilidade de competição); e licitação vedada (quando houver possibilidade de comprometer-se a segurança nacional) (51). Américo Servídio fala em ‘dispensa legal’ e ‘dispensa discricionária’ (52)”<sup>48</sup>.

Nestes casos, a norma geral tem a prerrogativa de instituir um elenco de situações de fato, um exame de natureza axiológica, nas quais a afirmação de interesse público possa residir na contratação direta, tornando a licitação dispensada ou dispensável, integrando dessarte a cláusula excepcionadora do art. 37, XXI, da Carta de 1988 (“Ressalvadas as hipóteses...”)<sup>49</sup>.

Na espécie, parece-nos aplicável nesta etapa a regra do art. 24, V, da Lei de Licitações, que contempla a possibilidade de contratação direta por desinteresse pela licitação anterior. Este desinteresse caracteriza-se quando não acode ao chamamento anterior nenhum licitante, ou todos são desqualificados ou nenhuma proposta é classificada<sup>50</sup>.

Para que se caracterize a hipótese de contratação direta prevista no art. 24, V, da Lei de Licitações, exige-se a concorrência de quatro elementos. O primeiro é a ocorrência de licitação anterior que, apesar de regularmente realizada, concluiu-se de modo infrutífero para a Administração. Em segundo é a constatação da ausência de interessados em participar validamente da licitação anterior, o que, aliás, resultou na frustração da disputa. O terceiro elemento consiste no risco de prejuízos ao interesse público caso a licitação seja renovada. Por fim, exige-se que a contratação direta seja efetivada em condições idênticas àquelas da licitação anterior<sup>51</sup>.

Na hipótese da consulta, parece-nos justificar-se a contratação direta, após a realização de duas licitações, porque os custos de tempo, os econômicos e mesmo os políticos envolvidos na realização de uma nova licitação seriam muito mais

48 MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *Licitações e Contratos Administrativos*, RJ, Esplanada, 1993, p. 84, apud AUGUSTO HENRIQUE P.S. WERNECK MARTINS, *Parecer Normativo nº 39/94*, in *Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - Legislação Básica e Pareceres Normativos*, RJ, 2000, p. 142.

49 AUGUSTO HENRIQUE P.S. WERNECK MARTINS, *Parecer Normativo nº 39/94*, in *Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - Legislação Básica e Pareceres Normativos*, RJ, 2000, p. 142.

50 HELY LOPES MEIRELLES, *ob.cit.*, p. 261.

51 MARÇAL JUSTEN FILHO, *ob.cit.*, p. 243.

elevados do que os seus potenciais benefícios, especialmente o de uma contratação mais vantajosa para a Administração.

Parece-nos, ainda, que, diante do caso concreto de frustração das licitações, a venda direta das ações do ERJ à Peugeot e/ou à Citroën, pelo valor ofertado na segunda licitação, encontraria, no plano subjetivo, ampla justificação na própria qualidade das adquirentes, que serão as primeiras interessadas em manter a integridade da composição acionária da companhia após a retirada do ERJ. Aqui, o processo de escolha do adquirente será permeado por juízo de preferência, de conteúdo discricionário. Isso não significa, porém, desprezo ao princípio da isonomia, pois não é possível inviabilizar a atividade administrativa para tutelar o referido princípio<sup>52</sup>.

A contratação direta, segundo a doutrina, consiste em modalidade extremamente anômala de licitação. Ainda que anômala, continua sendo uma modalidade de licitação, razão pela qual permanece jungido o Estado à regra geral da exigência de licitação prévia para alienação de seu patrimônio mobiliário, como se vê abaixo:

“... a contratação direta pressupõe um procedimento formal prévio, destinado a produzir a melhor escolha possível para a Administração. Esse procedimento envolve ampla discricionariedade para a Administração, mas a liberdade se restringe às providências concretas a serem adotadas. Não há margem de discricionariedade acerca da observância de formalidades prévias.

*Em termos práticos, esse procedimento prévio destina-se a dois objetivos principais. Por um lado, trata-se de apurar e comprovar o preenchimento dos requisitos para contratação direta (dispensa ou inexigibilidade). Por outro, busca-se selecionar a melhor proposta possível, com observância (na medida do possível) do princípio da isonomia. Se a Administração pode escolher o particular, isso não significa autorizar escolhas meramente subjetivas. Deverá evidenciar que, nas circunstâncias, a contratação foi a melhor possível. Logo, deverão existir dados concretos acerca das condições de mercado, da capacitação do particular escolhido, etc”<sup>53</sup>.*

Nesta hipótese, obviamente, a licitação estará sujeita não às regras legais previstas para as modalidades de licitação normal, mas sim àquelas fixadas segundo a competência discricionária da Administração, subsumindo-se, em todo caso, aos princípios disciplinadores da atividade administrativa genérica, dentre os quais se destaca o da *razoabilidade*<sup>54</sup>.

52 MARÇAL JUSTEN FILHO, *ob.cit.*, p. 297.

53 MARÇAL JUSTEN FILHO, *ob.cit.*, p. 229.

54 MARÇAL JUSTEN FILHO, *ob.cit.*, p. 230.

Na espécie, de qualquer forma, a *venda direta* se fará pelo melhor preço apurado em licitação: quer pelo preço ofertado por eventual licitante, no caso do exercício do direito de preferência assegurado a Peugeot e a Citroën; quer pelo preço mínimo, na hipótese de não acudirem ofertantes nas duas licitações sucessivas.

Sob o aspecto formal, exigem o art. 26 e seu parágrafo único, ambos da Lei de Licitações, que a contratação direta seja precedida de um procedimento no qual estejam documentadas todas as ocorrências relevantes, bem assim as razões que justificam a dispensa da licitação, a escolha do contratante e o preço adotado para a realização do negócio.

A regra legal reclama, ainda, como condição de eficácia da contratação direta, que a autoridade hierarquicamente superior àquela que produziu o ato ratifique a decisão de promover a contratação. Na espécie, o cumprimento do requisito somente se fará necessário caso a contratação seja realizada pelo Secretário de Estado incumbido de promover a venda das ações do ERJ, já que não haveria cabimento para uma “ratificação pela autoridade superior” na hipótese de o ato emanar do próprio Governador do Estado<sup>55</sup>.

Rendendo homenagem ao *princípio da publicidade*, o art. 26 da Lei de Licitações exige, ainda, que o ato que autoriza a contratação direta e estabelece as condições de sua formalização seja levado à publicação no órgão da imprensa oficial.

#### IV. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

Como é fácil perceber, o objeto da consulta reveste-se de certa complexidade, que se manifesta tanto ao nível legal como contratual e operacional.

As idéias aqui apresentadas sintetizam o procedimento mais seguro e conforme ao ordenamento jurídico para a alienação das ações detidas pelo ERJ na Peugeot-Citroën S/A, tudo sem olvidar as intenções manifestadas pelas partes envolvidas neste processo.

Pensamos que, embora plausível, a adoção *ab initio* da solução da venda direta poderia encobrir um eventual desrespeito às regras vigentes da Lei de Licitações, bem assim àquelas pactuadas pelas próprias partes do Acordo de Acionistas, e que levaram em conta a condição de ente público do ERJ, tornando o negócio vulnerável a uma ação popular, ainda que meramente desnorreadora do processo.

À vista do exposto, parece-nos que ficam prejudicadas as perguntas formuladas pela consulente, abaixo reproduzidas:

1. Os critérios previstos no Acordo de Acionistas podem ser entendidos como procedimento simplificado de alienação de participação minoritária mencionado na Lei 2.470/95?

Ou, alternativamente,

<sup>55</sup> MARÇAL JUSTEN FILHO, *ob.cit.*, p. 300.

2. Deverá ser editado novo decreto regulamentador da Lei 2.470/95 para fins de alienação da participação do ERJ na Peugeot-Citroën S/A, considerando-se, neste caso, a possibilidade de afastar a aplicação da alínea “f.1” do subitem 4.2.2.2 da Cláusula Quarta do Acordo de Acionistas?

Isto porque, em primeiro lugar, a pretendida alienação não se subsume à disciplina da Lei 2.470/95, que instituiu o Programa Estadual de Desestatização, não havendo lugar, portanto, para falar em equiparação ao procedimento simplificado de alienação de participação minoritária previsto naquele diploma.

Em segundo lugar, parece-nos que a via adequada para a viabilização da venda das ações do ERJ na Peugeot-Citroën S/A passa pelo rito da aprovação legislativa, tal como examinado anteriormente, pois foi por esta via que foram ratificados os instrumentos que deram origem ao empreendimento.

Sugerimos, por fim, que o gerenciamento do processo de venda das ações do ERJ fique a cargo da Secretaria de Estado de Planejamento, Desenvolvimento Econômico e Turismo, facultando-se-lhe a participação desta Casa naquilo que se fizer necessário.

Creemos que, assim ordenada, a alienação das participação acionária do ERJ na Peugeot-Citroën S/A restará em conformidade, não somente com o interesse público, mas também com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e licitação, a que se sujeita toda e qualquer atividade administrativa.

Feitas essas considerações, submetemos *sub censura* nosso entendimento à discricção de Vossa Excelência,

Respeitosamente,

**Lauro da Gama e Souza Junior**  
Procurador do Estado

**João Manoel Velloso**  
Procurador do Estado

À d. PG 2.

Visto. De acordo, aduzindo que:

De fato a participação do Estado no empreendimento se deu sob a modalidade de fomento, com o que se visava permitir, melhor diria atrair a instalação de indústria no Estado, o que traria, como consequência, desenvolvimento e emprego, fatores de flagrante interesses público e social.

A realização do negócio foi submetida a aprovação da Assembléia Legislativa, como deverá ser também a sua alteração e alienação da participação acionária do Estado.

O procedimento licitatório para a alienação é necessário e essencial, face as previsões Constitucional, legal e aos termos da avença, pelo que não entendo plausível, nem mesmo *ab initio*, a venda sem a sua observância estrita.

Em 14.03.2001

**Josenete Veloso Monteiro**  
Procuradora-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos

**VISTO**

Aprovo o Parecer Conjunto nº 01/2001 – LGSJ/JAV, de 12 de março de 2001, subscrito pelos Procuradores do Estado LAURO DA GAMA E SOUZA JÚNIOR e JOÃO MANOEL DE ALMEIDA VELLOSO (fls. 168 a 201), com as considerações da Procuradora-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos, Dr.<sup>a</sup> JOSENETE VELLOSO MONTEIRO (fls. 202), a respeito da alienação pelo Estado do Rio de Janeiro, de sua participação minoritária no capital da Peugeot-Citroën do Brasil S.A.

A contratação, pelo Estado do Rio de Janeiro, de consultoria especializada para efetuar a avaliação econômico-financeira de suas ações deverá ser precedida de licitação, devendo ser estabelecida a modalidade licitatória de acordo com a estimativa de preço de tal serviço, a ser estabelecida no momento oportuno.

Ao Gabinete Civil, com vistas à Secretaria de Estado de Planejamento, Desenvolvimento Econômico e Turismo.

Em 15 de março de 2001

**Francesco Conte**  
Procurador-Geral do Estado

Proc. nº E-11/1.291/2000