

PROCURADORIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Parecer nº 11/2000 – Alexandre Santos de Aragão

Convênio a ser celebrado com empresa privada. Instrumentos consensuais da atividade administrativa de fomento. Acordo de Programa. Admissibilidade desde que observados os princípios e as cautelas aplicáveis. Precedentes da Procuradoria-Geral do Estado.

Senhor Procurador-Geral do Estado,

Trata-se de consulta da Secretaria de Estado de Cultura acerca da possibilidade de celebração de convênio com a MAC Comunicação e Produção Ltda., empresa privada, com fins lucrativos, a ter como objeto a concessão de auxílio à realização do filme descrito a fls. 02 e 03 pelo ator e diretor Hugo Carvana.

O filme terá como foco principal a cultura musical carioca e, orçado no valor total de R\$ 4.183.422,05 (cf. fls. 31), teria o apoio financeiro do Estado do Rio de Janeiro no valor de R\$ 349.825,00 (cf. fls. 03 e 24), cumprindo ainda observar que o Estado obterá da MAC Comunicação e Produção Ltda. os bens e serviços enumerados a fl. 03.

A grande questão que envolve a consulta, a ser deslindada em caráter preliminar, é, como bem ressalta o Sr. Chefe da Assessoria da Secretaria de Estado de Cultura em seu percuciente e zeloso Parecer de fls. 100/104, a possibilidade do Estado poder ou não, através de convênio, destinar recursos públicos a instituições privadas com fins lucrativos.

“Ultrapassada a separação entre Estado e sociedade, ambos tomaram consciência de que têm objetivos comuns que só poderão ser alcançados com sucesso se reunirem os seus meios e esforços. Não mais vige a concepção de que ao Estado cabe com exclusividade a tutela dos interesses da sociedade. Esta, com efeito, passou a exercer uma série de incumbências de interesse público não integralmente cobertas pelo Estado.”

Nesta perspectiva, o Estado passou a celebrar com entidades da sociedade diversas parcerias para alcançar o interesse público. Estas entidades foram, então, consideradas, sob os mais diversos títulos jurídicos (delegatárias de serviços públicos, serviços sociais autônomos, entidades beneficentes, etc.), como entes de colaboração com a Administração Pública.

É nesta seara que devemos efetuar a distinção entre contrato administrativo, convênio e outros atos negociais congêneres, sendo o primeiro instrumento de comutação de interesses contrapostos, e o segundo, de junção de interesses comuns.

Devemos, assim, examinar se o Estado, ente por definição desinteressado do ponto de vista econômico, pode vir a ter comunhão de interesses com empresa privada, que tem como objetivo e interesse preponderantes a percepção de lucros.

A questão é permeada de controvérsias, mas, de um ponto de vista estrito, não pareceria que isto se poderia verificar, com o que teria razão o bem lançado parecer do Sr. Chefe da Assessoria da Secretaria de Estado de Cultura. Poder-se-ia de fato indagar: como poderia haver junção de interesses se o objetivo da empresa é obter lucros e o Estado é um ente por definição desinteressado?

“Todavia, se observarmos atentamente a realidade socioeconômica que nos envolve, poderemos constatar uma série de atividades lucrativas cujo desenvolvimento interessa ao Estado, atividades estas denominadas por JUAN ALFONSO SANTAMARIA PASTOR de “atividades econômicas de interesse público”. Nestes casos, observa MARCELLO CAETANO, o Estado, ao invés de buscar a realização dos interesses coletivos através dos seus próprios meios, o faz mediante o estímulo, o apoio e a promoção de iniciativas privadas para a coletividade².

É o que se dá principalmente na área de fomento econômico, científico e cultural, em que o apoio do Estado não representa uma mera conjunção desinteressada de esforços, mas que também não consubstancia uma relação comutativa³. Nestes casos, o desenvolvimento de atividade econômica privada coincide com o interesse público.”

Alguns, a exemplo de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, qualificam estes acordos administrativos com convênios. A autora paulista, citando JUAN CARLOS CASSAGNE, observa que “o fomento, tanto como a polícia e o serviço público, caracterizam a intervenção subsidiária do Estado, tratando-se de uma atividade estatal que amplia os direitos das pessoas físicas ou jurídicas, enquanto a polícia é uma típica forma de intervenção estatal que limita os direitos individuais com o fim de fazê-los compatíveis com o bem comum ou interesse geral; difere também do serviço público na natureza e nos fins, e, conseqüentemente, no regime jurídico que acompanha a realidade transmite esta atribuição estatal. Com efeito, enquanto o serviço público se concebe objetivamente como uma atividade prestacional

1 *Princípios de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª ed., Madrid, 2000, p. 359. Na p. 356, o autor ibérico coloca expressamente como exemplo de fomento estatal o aporte de verba para financiar a “rodaje de uma película”.

2 *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Ed. Almedina, Coimbra, 1996, p. 215.

3 Impensável seria, por exemplo, que o Estado “contrata” determinada empresa para instalar uma fábrica em seu território.

intercorrente, donde surge a necessidade, etc., da prestação, o fomento aparece com uma ajuda, um estímulo, tendente a que os particulares possam realizar suas próprias finalidades comerciais ou industriais⁴.

A respeito dos atos negociais que instrumentalizam estas “ajudas”, ROSÁRIO FERRARA⁵ afirma que, se por um lado, turbam a tradicional distinção entre público e privado, demonstram, de outro, uma relação entre poderes (o poder público e os contrapoderes privados), que parece ser mais regido e disciplinado pelo princípio da hegemonia ou de supremacia, do que pelo da pariordenação, em razão, principalmente, do diverso grau e da maior importância que quase sempre se atribui ao Poder Público.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO⁶, baseado em conceitos como o de sociedade pluralista, participativa e organizada, no princípio da subsidiariedade, no “público não estatal” (transferência de atividades estatais de interesse público a entes de sociedade), e na idéia de Administração horizontal (não vertical) e consensual (não imperativa), defende os acordos não contratuais (por ele incluídos no conceito de ato administrativo complexo, apesar de envolver vontades também de particulares), que abrangeriam os convênios, consórcios e acordos de programa.⁷

Os consórcios, acordos entre entidades da mesma natureza, não são relevantes ao nosso tema. Já quanto aos acordos de programa, a doutrina⁷ não chega a um conceito muito certo e determinado, mas deixa clara a sua finalidade de flexibilidade das normas concernentes às demais formas de descentralização. Neles haveria uma combinação entre os meios de intervenção estatal e a estrutura liberal dos contratos, constituindo uma intervenção atrativa do Estado. O particular se torna parceiro da Administração para prestar determinada atividade ou determinada ação, conforme política intervencionista previamente estabelecida. Nisto se assemelham aos contratos, mas deles se afastam em razão dos interesses não serem opostos, mas comuns.⁸

JUAN AFONSO SANTAMARIA PASTOR considera estes atos negociais “contratos ou convênios complexos, em que, junto com outras obrigações, a Administração se obriga a conceder uma subvenção”⁹. A natureza jurídica destes atos é, com efeito, bastante controversa, havendo opiniões

4 *Parcerias na Administração Pública*, Ed. Atlas, São Paulo, 2ª ed., 1997, pp. 128/9, grifamos.

5 *Gli Accordi di Programa*, CEDAM, Padova, 1993, pp. 06 e 07.

6 *Coordenação Gerencial da Administração Pública*, RDA, 214/35-54, *passim*.

7 *Verbi gratia*, Marcos Jurueña Villela Souto, *Licitações e Contratos administrativos*. Ed. Esplanada-Adcoas, Rio de Janeiro, 3ª ed., 1998, pp. 369 a 377.

8 *Ob. cit.*, p. 359.

no sentido de constituírem atos unilaterais, doações, contratos, convênios ou, ainda, atos bilaterais atípicos⁹.

Aplicam-se aqui as palavras de SAMPAIO DÓRIA, pelas quais “os homens dissentem mais em virtude da equivocidade da linguagem que usam, do que pelas concepções que tenham das realidades em si”¹⁰.

Com efeito, a origem de tamanhas discrepâncias doutrinárias em relação a estes atos bilaterais de cooperação entre o público e o privado advém dos diversos conceitos dados aos contratos e aos convênios. Se adotarmos um conceito amplo de contrato, identificando-o a qualquer acordo de vontade que estabeleça obrigações para ambas as partes, até mesmo os convênios teriam natureza contratual; ora, se se adotar um conceito tão amplo de contrato, de nada servirá o termo, pois denotará relações jurídicas as mais diversas, regimes jurídicos os mais diferenciados, não prestando à designação de uma categoria que se possa apartar de outras. Haverá, isto sim, perda de substância conceitual do próprio termo *contrato*¹¹ //

Entendemos que o conceito deve ser delimitado para abranger apenas os instrumentos de comutação de interesses, sendo a comutatividade entendida como “o compromisso de cada uma das partes a fornecer à outra uma coisa que é vista como equivalente àquela que deverá ser dada em troca”¹². Excluída estaria, portanto, a natureza contratual dos instrumentos de fomento ora analisados.

Por outro lado, também poderíamos tomar os convênios, genericamente, como sendo todos os acordos de vontade não comutativos.

// Preferimos, no entanto, seguindo os precedentes desta Casa, também adotar um conceito mais restrito de convênio, que contemple apenas as conjunções de esforços desinteressados, do qual também estaria excluído o ato negocial *sub examen*, no qual uma das partes tem fins lucrativos. Vemos, assim, que se adotados conceitos estritos para contratos e convênios, haverá uma série de atos bilaterais que não se subsumem a nenhuma destas duas espécies negociais.

O convênio acostado aos autos, tendo em vista o caráter lucrativo da empresa com a qual virá a ser celebrada a parceria, é um destes atos bilaterais híbridos: se, por um lado, não há mera troca de bens e interesses, por outro,

9 Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares, Granada, 1999, pp. 300-2.

10 *Apud*, Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*, Ed. Renovar, 1990 p. 73.

11 Mário Cammarosano, *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, Vol. 2, Ed. Malheiros São Paulo, 1997, p. 498.

12 Darcy Bessone, *Do Contrato – Teoria Geral*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 101.

os fins lucrativos da empresa ilidem o seu caráter desinteressado para ambas as partes.

Subsumir-se-ia, portanto, ao que DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, em Parecer proferido no exercício do cargo de Procurador-Chefe da então Procuradoria Administrativa, identificou como

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

De toda sorte, entendemos que esta qualificação não afetaria o deslinde da questão, uma vez que, mesmo se o ato negocial examinado fosse considerado contrato, não convênio (em relação ao qual em princípio não se aplicam os ditames licitatórios), seria, *prima facie*, um caso de inexigibilidade de licitação a ser aferida e fundamentada pela Secretaria consulente.

✓ *Em qualquer caso, todavia, a subvenção que se pretende conceder deve atender ao princípio de igualdade, uma vez que, como observa GASPAR ARIÑO ORTIZ, “do ponto de vista jurídico, as ajudas públicas devem ser outorgadas segundo um procedimento administrativo que garanta as regras de transparência, publicidade objetividade e livre concorrência, utilizando, dentro do possível, mecanismos competitivos”¹³.*

Como o financiamento da produção ainda está bastante incerto, mister se faz que a concessão da subvenção se revista das garantias necessárias a que o Estado só realize desembolsos depois da produção cinematográfica já ter efetivamente se iniciado e de todo o financiamento já ter sido comprovadamente inteirado, estabelecendo cláusulas penais para a hipótese do filme acabar não sendo concluído.

Necessário também que a liberação das verbas se faça *pari passu*, de forma que a empresa produtora só venha a receber subvenções pelas despesas efetivamente realizadas e comprovadas. A atividade subvencionada, como demonstrado, até pode ter caráter lucrativo, mas não a subvenção em si, ou seja, esta deve arcar apenas com o preço de custo da atividade econômica de interesse coletivo. “Isto significa que em caso algum o seu aporte total deve superar o custo da atividade a ser desenvolvida pelo beneficiário, de tal modo que se produza um excedente não destinado a cobrir a finalidade pública a que se destina”¹⁴.

¹³ *Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares, Granada, 1999, p. 296.

¹⁴ Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª ed., Madrid, 2000, p. 360.

Outras medidas ainda deveriam ser tomadas, como a adoção de cláusula estabelecendo prazo e penalidades para cumprimento das obrigações principais e acessórias da empresa beneficiária, e a obrigação desta se manter quite com o Fisco durante toda a execução do acordo.

Por todo o exposto, podemos concluir que:

1. apesar das controvérsias que envolvem a matéria, podemos, tendo em vista os precedentes desta Casa, qualificar o ato negocial em foco como um acordo de programa;

2. por uma questão de segurança jurídica, o Órgão consulente só deve aferir a sua subsunção a alguma das hipóteses de inexigibilidade de licitação, observando, neste caso, o parágrafo único do art. 26 da Lei n.º 8.666/93, inclusive quanto à justificativa dos valores a serem financiados pelo Erário;

3. a Secretaria de Estado de Cultura deve procurar dar a maior efetividade ao princípio da igualdade com outros produtores cinematográficos que tenham requerido ou que possam vir a requerer o seu apoio, dando início, se possível, isto é, caso não se trate da hipótese de inexigibilidade, aos procedimentos administrativos aptos a tanto;

4. devem ser inseridas no acordo de programa as cláusulas acima delineadas com vistas a assegurar o cumprimento das obrigações das empresas beneficiárias; e

5. os autos devem retornar à derradeira apreciação desta Procuradoria após a efetuação das adequações ora alvitradas.

É o que, salvo melhor juízo, nos parece.

Rio de Janeiro, 10 de novembro de 2000

Alexandre Santos de Aragão
Procurador do Estado

À d. PG 12

Parecer nº 11/2000–ASA, de 10.11.2000

Visto. De acordo.

Em 21 de novembro de 2000

Josinete Veloso Monteiro
Procuradora-Chefe
da Procuradoria de Serviços Públicos

VISTO

Aprovo o Parecer nº 11/2000-ASA, da lavra do ilustre Procurador do Estado Dr. **Alexandre Santos de Aragão** (fls. 106/115), acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos, Dr^a **Josenete Veloso Monteiro** (fls. 116), ressaltando ser inafastável a adoção de todas as cautelas ali referidas.

Na hipótese de o administrador entender, justificadamente, haver razões para a inexigibilidade de licitação, na forma do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, isto não exige de adotar todas as medidas necessárias à verificação da razoabilidade no gasto de verbas públicas, subsistindo a necessidade de ser promovida uma **estimativa dos preços dos bens ou serviços com cujos custos venha a arcar** (os cachês, a publicidade, seguro, etc.) **comprovando que tais custos sejam os de mercado**, mesmo porque, se comprovado superfaturamento, *"respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor, ou prestador de serviços e o agente público responsável"*, nos termos do artigo 25, § 2º, do mesmo diploma legal.

Encaminhe-se ao Gabinete Civil, com vistas à Secretaria de Estado de Cultura.

Em 22 de novembro de 2000

Sérgio Luiz Barbosa Neves
Subprocurador-Geral do Estado

Processo nº E-18/896/2000