



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PARECER Nº 16.749/16/PDPE

SECRETARIA DA FAZENDA. CESSÃO ONEROSA DOS SERVIÇOS RELACIONADOS À FOLHA DE PAGAMENTO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO.

Trata-se de consulta oriunda da Secretaria da Fazenda (SEFAZ), para análise da possibilidade de contratação direta, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/03, do Banco do Estado do Rio Grande do Sul (BANRISUL), para a cessão onerosa dos serviços relacionados à folha de pagamento do Estado.

O expediente administrativo é inaugurado com correspondência do Sr. Secretário da Fazenda ao BANRISUL, noticiando a intenção do Estado em realizar a cessão onerosa de sua folha de pagamento e solicitando manifestação da instituição bancária quanto ao interesse na avença (fls. 2-4). A resposta do BANRISUL consta às fls. 5-6, informando a criação de um Comitê Especial para formular as devidas recomendações ao Conselho de Administração para a concretização da operação.

Em prosseguimento, na data de 29 de abril do corrente, o BANRISUL encaminha minuta de "Memorando de Entendimentos" (fls. 13-28). O laudo de avaliação foi juntado às fls. 30-60. Às fls. 62-65 consta o Termo de Referência. A proposta de valores do BANRISUL está às fls. 66-67.

A Administração, por sua vez, colaciona às fls. 68-75 a análise do laudo de

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

avaliação e às fls. 76-114 contrato firmado pelo Estado de Santa Catarina com o Banco do Brasil.

Foi encaminhado, então, o expediente para análise por esta Equipe de Consultoria, em regime de urgência.

Ressalte-se que o tema vem sendo acompanhado pela Procuradoria-Geral do Estado, através da participação em reuniões com as partes envolvidas, já havendo um prévio conhecimento da consulta ora submetida à análise formal.

É o relatório.

Trata-se de analisar a possibilidade de contratação do BANRISUL pelo Estado do Rio Grande do Sul e as entidades autárquicas e fundacionais relacionadas à fl. 117, com fulcro no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93.

A Administração Pública assim fundamenta a necessidade da contratação (fl. 62):

“2.1. JUSTIFICATIVA PARA A CONTRATAÇÃO DO OBJETO

2.1.1. Recentemente, tem sido observada a retomada de transações comerciais no sentido de aquisição, pelo setor financeiro, de folhas de pagamento de órgãos públicos, o que denota o significativo valor econômico deste tipo de operação.

2.1.2. A cessão onerosa de folha de pagamento se constitui em importante fonte de recursos financeiros ao Estado, principalmente neste momento de grave crise fiscal.

2.1.3. A contratação justifica-se pela necessidade de readequação do Termo de Convênio nº 1201, de 28 de junho de 2012, que estabelecia obrigações recíprocas não onerosas entre o Estado do Rio Grande do Sul e o BANRISUL S.A., implicando sua denúncia parcial, restrita a outorga do serviço de processamento da folha de pagamentos, em face de uma nova conjuntura que trouxe mudanças profundas e uma relação de desequilíbrio entre as partes, na qual a manutenção do acordo ocasionaria perdas econômicas para o Estado.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

2.1.4. O Estado do Rio Grande do Sul, com objetivo de resguardar seus interesses de acionista majoritário no capital social do BANRISUL S.A., encaminhou e aprovou a Lei estadual nº 14.837/2016, que autorizou a cessão onerosa dos serviços relacionados à folha de pagamentos dos seus servidores públicos e o uso dos seus espaços públicos ao BANRISUL S.A.”

O dispositivo legal apontado para fundamentar a dispensa de licitação (fl. 62v) assim regula:

“Art. 24 – É dispensável a licitação:

(...)

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;”. (grifou-se)

Tem-se, portanto, os seguintes requisitos para dispensa de licitação: (a) que o contratante seja pessoa jurídica de direito público interno; (b) que o contratado integre a Administração Pública; (c) que tenha sido criado em data anterior à vigência da Lei nº 8.666/93.

Em relação ao item (a), verifica-se que da relação constante à fl. 117 dos autos, constam o Estado do Rio Grande do Sul, suas autarquias e fundações de direito público. Todos, portanto, pessoas jurídicas de direito público interno, restando atendido o primeiro dos requisitos para a dispensa de licitação.

O estatuto social da Banrisul, por sua vez, dispõe:

“Art. 1º - O BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S.A., em sigla **BANRISUL**, é uma sociedade de economia mista constituída sob a forma de sociedade anônima, criada em 12 de setembro de 1928 e organizada, em conformidade com a Lei



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Estadual nº 459, de 18 de junho de 1928, regulamentada pelos Decretos Estaduais nºs 4.079, 4.100, 4.102 e 4.139, respectivamente, de 22 de junho, 21 de julho, 26 de julho e 06 de setembro, todos do ano de 1928.

§ 1º - Na forma da Lei Estadual nº 6.223, de 22 de junho de 1971, a participação do Estado do Rio Grande do Sul no capital do Banco, em hipótese alguma, poderá ser inferior a 51% (cinquenta e um por cento) do total de ações com direito a voto.”

Não obstante restar caracterizado que o Banrisul é integrante da Administração Pública e foi criado antes da vigência da Lei nº 8.666/93, em atendimento aos demais requisitos do art. 24, VIII, da Lei de Licitações, o entendimento anterior desta Equipe de Consultoria era pela inviabilidade de contratação da instituição financeira por dispensa de licitação, uma vez que exerce atividade econômica. Neste sentido, a Informação nº 134/11/PDPE, de lavra da signatária. Também a doutrina detinha o mesmo entendimento, conforme extraído da referida Informação:

“Marçal Justen Filho (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 14ª ed., 2010, p. 317-318) compartilha o entendimento da vedação da contratação direta de empresas que desenvolvam atividade econômica:

‘13.2) *Inaplicabilidade às entidades exercentes de atividade econômica*

Tem de reputar-se que a regra do inc. VIII apenas pode referir-se a contratações entre a Administração direta e entidades a ela vinculadas, prestadoras de serviço público (o que abrange tanto as prestadoras de serviço público propriamente ditas como as que dão suporte à Administração Pública).

A regra não dá guarida a contratações da Administração Pública com entidades administrativas que desempenhem atividade econômica em sentido estrito. Se o inc. VIII pretendesse autorizar contratação direta no âmbito de atividades econômicas, estaria caracterizada inconstitucionalidade. É que as entidades exercentes de atividade econômica estão disciplinadas pelo art. 173, §1º da CF/88. Daí decorre a submissão ao mesmo regime reservado para os particulares. Não é permitido qualquer privilégio nas contratações dessas entidades. Logo, não poderiam ter a garantia de contratar direta e preferencialmente com as



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

pessoas de direito público. Isso seria assegurar-lhes regime incompatível com o princípio da isonomia. Essa solução é indispensável para assegurar a livre concorrência.

(...)

13.4.2) *Necessidade de atuação exclusiva em favor da Administração Pública*

Bem por isso, apenas podem ser atingidas pelo regime de contratação direta prevista no dispositivo comentado aquelas empresas que prestam serviços ou fornecem bens *exclusivamente* em favor da Administração Pública. A exploração empresarial mista, que envolva atividades tanto no mercado institucional como naquele privado, conduz à exclusão da contratação direta fundada no inc. VIII do art. 24.'

Sobre o mesmo tema, comenta José dos Santos Carvalho Filho (*in* Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 24ª ed., 2011, p. 238-239):

(...)

A interpretação do dispositivo, contudo, tem dado margem a algumas divergências. Primeiramente, a dispensa, em nosso entender, só alcança a hipótese em que a pessoa administrativa é da mesma órbita federativa do ente de direito público, mas não se aplica a pessoas de esferas diversas; neste caso, o ente contratante deve realizar licitação, pois que o espírito da norma foi o de tratar de contratação dentro da mesma Administração. Por outro lado, a norma não alcança pessoas da administração indireta dedicada à exploração de atividades econômicas. Como são entidades de caráter empresarial, inseridas no art. 173, §1º, da CF, devem atuar no mercado nas mesmas condições que as empresas do setor privado. Só assim será observado o princípio da obrigatoriedade de licitação previsto no art. 37, XXI, da CF.'

A Advocacia-Geral da União, por sua vez, também entende obstada a contratação direta, com fulcro no art. 24, VIII, de empresa pública ou sociedade de economia mista que exerça atividade econômica, tendo editado a seguinte Orientação Normativa:

'ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 13, DE 1º DE ABRIL DE 2009

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 00400.015975/2008-95, resolve expedir a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA QUE EXERÇA ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO SE ENQUADRA COMO ÓRGÃO OU ENTIDADE QUE INTEGRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PARA OS FINS DE DISPENSA DE LICITAÇÃO COM FUNDAMENTO NO INC. VIII DO ART. 24 DA LEI No 8.666, DE 1993.”

Entretanto, recente decisão do Tribunal de Contas da União acolhe a possibilidade de dispensa de licitação para a contratação de instituição financeira oficial, para a prestação de serviços de operacionalização da folha de pagamento. O fundamento da decisão é a inviabilidade de competição, tendo em vista a atual legislação que permite a portabilidade entre as instituições bancárias. Transcreve-se trecho da decisão:

“SUMÁRIO: CONSULTA. CONTRATAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PARA PRESTAÇÃO SERVIÇOS, EM CARÁTER EXCLUSIVO, DE PAGAMENTO DE SERVIDORES ATIVOS, INATIVOS E PENSIONISTAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL E OUTROS SERVIÇOS SIMILARES, MEDIANTE A REALIZAÇÃO DE CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA POR PARTE DA CONTRATADA. CONHECIMENTO. CONSIDERAÇÕES SOBRE A NATUREZA MERCANTIL DO OBJETO. AUSÊNCIA DE INTERESSES RECÍPROCOS E DE REGIME DE MÚTUA COOPERAÇÃO A DESCARACTERIZAR OS PRESSUPOSTOS DE CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO. NECESSIDADE DE FORMALIZAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. FACULDADE DE O ADMINISTRADOR DISPENSAR A LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DIRETA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA OFICIAL, COM BASE NO ARTIGO 37, INCISO XXI, DA CF/88, C/C O ARTIGO 24, INCISO VIII, DA LEI 8.666/1993, DESDE QUE COMPROVADA A VANTAGEM DA CONTRATAÇÃO DIRETA EM RELAÇÃO À ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. NECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DOS RECURSOS PÚBLICOS AUFERIDOS DA CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA DA CONTRATADA À CONTA ÚNICA DO TESOUREO NACIONAL E DE EXECUÇÃO DA DESPESA POR MEIO DE LEI ORÇAMENTÁRIA, EM NOME DOS PRINCÍPIOS DA UNICIDADE DE CAIXA E DA UNIVERSALIDADE DO ORÇAMENTO. CIÊNCIA.” (Acórdão nº 1.940/2015, Tribunal de Contas da União, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 05/08/2015)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Resta, entretanto, analisar-se o atendimento ao art. 26 da Lei de Licitações. Relativamente à **escolha do executante** – exigência do inc. II do parágrafo único do art. 26 da Lei de Licitações –, assim se manifestou a Administração (fl. 62v):

“2.2. JUSTIFICATIVA PARA A CONTRATAÇÃO DO BANRISUL S.A.

2.2.1. O BANRISUL S.A. sempre atuou como instituição financeira oficial do Estado, em atenção ao disposto no §3º do art. 164 da Constituição Federal, combinado com o art. 147 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, inclusive como responsável pelo pagamento da folha de pessoal da Administração Pública Direta e Indireta do Estado, mediante utilização de recursos repassados para essa finalidade.

2.2.2. O Estado do Rio Grande do Sul e o BANRISUL S.A. possuem motivações patrimoniais e interesses convergentes na estabilidade do seu relacionamento institucional e consequente preservação do patrimônio público, constituindo-se, neste contexto, o serviço de pagamento de folha de servidores uma transação valiosa para ambas as partes.

2.2.3. Considerando os recentes movimentos do setor público, em outras esferas de Governo, e as ações agressivas no mercado financeiro, evidenciadas pelo anúncio da cessão onerosa do serviço de folha de pagamento de servidores públicos pela União, bem como por parte de vários Entes Públicos em outros Estados, mostra-se imperioso ao Estado do Rio Grande do Sul a adoção de medida protetiva ao seu patrimônio, enquanto acionista majoritário do BANRISUL S.A., frente ao risco que a cessão da folha de pagamento para outros bancos representa ao seu valor patrimonial e a capacidade de operação do banco.”

No que concerne à **justificativa do preço**, requisito do inc. III do parágrafo único da mesma regra, consta às fls. 31-60 laudo de avaliação de empresa de consultoria contratada com esta finalidade. Ademais, às fls. 68-75 a Secretaria consulente realiza a análise deste laudo, traçando paradigma com outros contratos realizados. A conclusão apresentada é a que segue (fls. 73-74):

“A proposta formalizada pelo Banco do Estado do rio Grande do Sul S/A – Banrisul



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

para cessão onerosa da folha de pagamento do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul, manifesta o interesse em uma operação pelo prazo de exclusividade de 10 anos e oferece o preço total de 1.275 milhões. O preço proposto corresponde, praticamente, ao valor observado na Tabela 07, (ii) alternativa deste estudo, isto é, aquela alternativa que contempla o Valor Pago/Servidor/Mês, cujo valor estimado para exclusividade em 10 anos alcançou 1.272 milhões. Pode-se concluir, portanto, que o valor ofertado está compatível com aqueles praticados pelo mercado, mais recentemente, conforme elencados em nossa amostra (ANEXO I).”

Em relação à minuta contratual (fls. 141-163), foi a mesma fruto de negociações entre as partes, previamente acompanhadas pela PGE. Tece-se, assim, algumas considerações com o cunho de melhor fundamentar as opções ali expostas, em especial em relação ao prazo de vigência de dez anos.

Sobre o tema, entende Carlos Ari Sundfeld na Opinião Legal juntada às fls 121-140:

“Ocorre que, tanto a regra mais geral (vigência do contrato equivalente à dos créditos orçamentários com que o Estado pagará o preço contratado), como as regras especiais (que autorizam os contratos com prazos superiores ao da vigência da Lei Orçamentária Anual) só são aplicáveis, por razões óbvias, aos contratos de que resultem obrigações pecuniárias para o Estado, que são justamente aquelas que precisam estar cobertas por créditos abertos na LOA. Portanto, essas regras não regulam o prazo dos demais contratos, isto é, daqueles em que não haja obrigação pecuniária para o Estado. O caso típico é o do contrato de cessão de direito de uso de bem público, cujo prazo não é limitado pelo art. 57 da Lei 8.666/93”

O mesmo texto traz o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 28ª ed., Malheiros, São Paulo, 2011, p. 638):



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

“Há, demais disto, contratos que não implicam comprometimento de recursos orçamentários, como as concessões de obras ou serviço público. Nestes não concorrem as razões que impuseram a regra geral de limitação da duração à disponibilidade de créditos orçamentários. Assim, não sofrem a limitação apontada. Demais disto, seus prazos terão de ser necessariamente longos para a amortização do capital.”

De outra banda, em sua cláusula 13ª, a minuta contratual traz a opção de convenção arbitral para dirimir eventuais controvérsias a respeito de indenizações por perdas, danos e lucros cessantes face a eventual rescisão antecipada do contrato, nos termos do item 10.5. Tal opção é escorada em alteração na Lei Federal nº 9.307/96, que expressamente autoriza o uso de convenção de arbitragem pela Administração Pública, nos seguintes termos:

“Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

No caso, está a se tratar de direitos patrimoniais disponíveis. Embora a resistência inicialmente demonstrada pela doutrina ao uso de convenção de arbitragem pela Administração Pública, sob a alegação de que os direitos por esta resguardados são



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

indisponíveis, tal discussão encontra-se superada, como demonstram os seguintes artigos:

“Deveras, há quem entenda que não é qualquer direito público aplicável na via arbitral, mas somente aqueles 'disponíveis'. Nessa linha de pensamento, cumpre registrar a posição doutrinária no sentido de que não se transige o direito público indisponível, mas apenas as suas conseqüências patrimoniais. Nessa esteira, essa corrente ensina que a arbitragem pode ser adotada em situações nas quais seja predominante o aspecto de patrimonialidade, com incidência de indisponibilidade relativa. A saber:

Questão que tem desafiado a argúcia dos estudiosos, em dias atuais, consiste em saber se pode a Administração valer-se da arbitragem para a solução de alguns conflitos de natureza patrimonial, em virtude dos princípios da legalidade e da indisponibilidade dos bens públicos.

Não há dúvida de que o Estado há de ter cautela redobrada no que tange ao emprego dos recursos públicos, visto que estes se originam, em última instância, dos integrantes da coletividade. Entretanto, o sentido moderno do princípio da legalidade não implica a vedação para que o Estado celebre transações, sobretudo quando é a própria lei que o estabelece. Por outro lado, a indisponibilidade dos bens públicos significa apenas que o Poder Público não pode disponibilizar seus recursos com total liberdade, como o fazem os particulares em geral, mas, por outro lado, nada impede que os empregue dentro de parâmetros de necessidade, utilidade e razoabilidade, até porque semelhante atividade se configura como *gestão* dos interesses públicos, o que não se confunde com indisponibilidade.

Desse modo, conquanto seja vedada para algumas condutas que importem o exercício de poder de império ou a autoridade pública (*ius imperii*), a arbitragem pode ser adotada em situações nas quais seja predominante o aspecto de patrimonialidade, com incidência de indisponibilidade relativa. É o caso, por exemplo, de cláusulas financeiras em contratos celebrados pela Administração, sejam privados, sejam administrativa.

Já o Ministro Eros Grau, com visão *crítica* que lhe é peculiar, afirma que os argumentos em favor e contra a adoção da arbitragem geralmente não atingem o núcleo central da questão. Para o doutrinador três fatores devem ser destacados: a arbitragem não encerra jurisdição, apenas previne; a noção equivocada de contratos administrativos, de forma que não há distinção entre contrato privado da Administração e contrato puramente administrativo, não existindo, segundo a Constituição Federal, o chamado regime jurídico próprio dos contratos



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

administrativos; e o entendimento de que não se pode confundir 'disponibilidade de direitos patrimoniais' e 'indisponibilidade do interesse público'. Para o autor, não há correlação entre os dois. Assim, sempre que a Administração contrata (o que necessariamente importa em disponibilidade de direito patrimonial) poder-se-á convencionar cláusula arbitral, sem que isso importe em disposição do interesse público.

Assim, é razoável entender possível a arbitragem, mesmo em contratos administrativos, pois neste instituto predomina o aspecto patrimonial. Ademais, ao utilizar o instituto da arbitragem, a Administração aplicará o verdadeiro interesse público, o chamado interesse primário, o qual não seria atendido se, podendo adotar a via do juízo arbitral, optasse pela dispendiosa e morosa judicialização para solucionar controvérsias meramente secundárias. Tal interpretação, a nosso ver, harmoniza o princípio da indisponibilidade do interesse público com a arbitragem no direito positivo brasileiro.” (NOGUEIRA, Erico Ferreira. A arbitragem e sua utilização na Administração Pública brasileira. Disponível em <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/692918>>. Acesso em 10/06/2016)

“Portanto, no âmbito da Administração Pública e de suas contratações, apenas os conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis é que poderão ser submetidos à resolução extrajudicial de conflitos por arbitragem.

A grande questão é identificar quais situações conflituosas representam um litígio sobre direitos patrimoniais disponíveis e quais não podem ser submetidas à arbitragem.

Em regra, os litígios relativos à inadimplência de obrigações contratuais, por qualquer das partes, qualificam-se como litígio relativo a direitos patrimoniais disponíveis. Portanto, a Administração Pública pode pactuar, em seus contratos administrativos, que o juízo arbitral será responsável por aferir questões de adimplemento e inadimplemento contratual.

Outro litígio com caráter de direito patrimonial disponível refere-se às questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Assim, é possível que a arbitragem seja a responsável por reconhecer e determinar os valores necessários para a alteração contratual e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Questões ordinárias como o cálculo e a aplicação do reajuste previsto no contrato administrativo também se qualificam como litígios de natureza patrimonial disponível.”



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

(Administrativo – Arbitragem – Utilização na contratação pública. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 261, p. 1066, nov. 2015, seção Perguntas e Respostas.)

“Conforme se lê no art. 1º da Lei n.º 9.307/1996, a arbitragem pode ser utilizada apenas 'para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis'. Para parte da doutrina, tal dispositivo impediria a Administração Pública de recorrer à arbitragem para solucionar os litígios de que seja parte, e isso porque o princípio da indisponibilidade do interesse público seria incompatível com a ideia de disponibilidade de direitos.

O princípio da indisponibilidade do interesse público ocupa posição basilar no regime jurídico-administrativo, ao lado do princípio da supremacia do interesse público. Ambos formam o alicerce do nosso direito administrativo, e isso graças à obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, que em escrito clássico delineou, ainda em 1967, os contornos do regime jurídico-administrativo no ordenamento normativo brasileiro.

De acordo com o princípio da indisponibilidade, não é dado à Administração Pública dispor do interesse público, renunciando à sua satisfação, eis que ele não pertence à Administração, mas sim à coletividade. Os agentes administrativos não são livres para decidir se vão ou não atender o interesse público: trata-se de dever, ao qual estão associados os poderes necessários ao seu pleno cumprimento. Daí a expressão poder-dever – ou dever-poder, na dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Bem compreendido o conteúdo do princípio da indisponibilidade do interesse público, é fácil concluir que não há qualquer incompatibilidade entre ele e a ideia de direitos disponíveis de titularidade da Administração Pública. Há, isso sim, uma confusão causada pela proximidade terminológica dos conceitos – indisponibilidade do interesse público, disponibilidade de direitos –, que, contudo, não torna um o oposto do outro. Entendida a indisponibilidade como vinculação da Administração Pública ao interesse público, a confusão resta evidente.

O princípio da indisponibilidade do interesse público rege todo e qualquer comportamento da Administração Pública, que jamais pode deixar de observá-lo, furtando-se à satisfação do interesse maior da coletividade. Dito de outro modo: todo e qualquer ato praticado pela Administração deve estar voltado ao atendimento do interesse público, não



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

sendo lícito aos agentes administrativos atuarem para atingir qualquer outra finalidade. É assim tanto no exercício de direitos indisponíveis de titularidade da Administração Pública como também no exercício de seus direitos disponíveis. Ou é disponível o interesse público nos casos em que a Administração Pública é titular de direitos patrimoniais disponíveis?

Vale dizer, pouco importa se o direito de titularidade do Estado é disponível ou indisponível: seu exercício sempre deverá estar voltado à satisfação do interesse público. E não há dúvida que a Administração Pública é titular de direitos patrimoniais disponíveis, entendidos como como direitos passíveis de negociação, na expressão de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara. Não fosse assim, a Administração sequer poderia celebrar contratos, como bem percebeu Marçal Justen Filho. Tampouco poderia prevenir litígios de modo amigável, hipótese expressamente admitida na legislação (p. ex.: Decreto-lei n.º 3.365/1941, art. 10; Lei n.º 8.666/1993, art. 65, inciso II e art. 79, inciso II), ou mesmo encerrar litígios por transação, conforme prevê a Lei n.º 9.469/1997 e, no caso do Estado do Paraná, a Lei Complementar n.º 26/1985 (art. 5º, inciso III). Ao contratar, celebrar acordos ou pactuar transações a Administração Pública está dispondo de direitos de sua titularidade, o que não lhe autoriza, por óbvio, a dispor do interesse público em qualquer desses casos. Bem ao contrário, ela só pode dispor de seus direitos para melhor atender ao interesse público.

Se a Administração pode contratar, celebrar acordos e transações, pode também submeter-se à arbitragem para compor litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis de sua titularidade, que admitiriam solução extrajudicial amigável mesmo que não houvesse convenção de arbitragem. Ora, se o litígio pode ser solucionado pelas próprias partes, mediante transação, nada justifica que não possam elas acordar que o litígio será submetido à arbitragem.” (MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e Administração Pública. referência bibliográfica. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2015/Artigo_2_Arbitragem_e_Administracao_publica.pdf. Acesso em 13/06/2016)

Em relação à exigência do §2º do art. 1º da Lei nº 9.307/96, de que a anuência com a convenção de arbitragem se dê pela autoridade competente para a celebração de acordos, é suprida pela aprovação do presente Parecer pelo Sr. Procurador-Geral do Estado.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Deixa-se de analisar as cláusulas que possuam previsão de custo econômico, por refugir à competência desta Procuradoria-Geral do Estado.

Por derradeiro, deve ser salientado que o presente expediente administrativo deve, ainda, ser submetido a exame técnico pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado, nos termos do art. 3º da Lei nº 14.837/16.

Ante o exposto, tem-se que recente decisão do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 1.940/2015) entendeu viável a contratação de instituição financeira oficial com fulcro no art. 24, VIII, da Lei de Licitações, o que viabiliza a presente avença.

É o parecer.

Porto Alegre, 13 de junho de 2016.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Marlise', written in a cursive style.

MARLISE FISCHER GEHRES
Procuradora do Estado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Cristiane da Silveira Bayne', written in a cursive style.

CRISTIANE DA SILVEIRA BAYNE
Procuradora do Estado

Ref. Expediente nº 17406-1400/16-5



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Processo nº 017406-14.00/16-5

Acolho as conclusões do Parecer nº 16.749/16, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria das Procuradoras do Estado Doutora MARLISE FISCHER GEHRES e Doutora CRISTIANE DA SILVEIRA BAYNE.

Entendo pela conveniência de atribuição de caráter jurídico-normativo ao Parecer pelo Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, na forma do artigo 82, inciso XV, da Constituição Estadual.

Encaminhe-se à Casa Civil.

Em 13 de junho de 2016.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Euzébio Ruschel', written over the printed name.

**Euzébio Fernando Ruschel,
Procurador-Geral do Estado.**



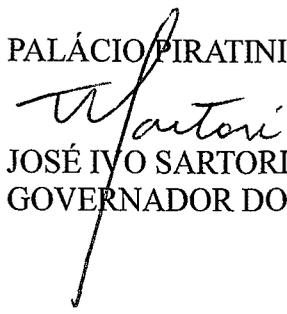
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
GABINETE DO GOVERNADOR

Processo nº 017406-14.00/16-5

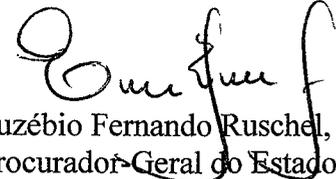
APROVO as conclusões do Parecer nº 16.749/16, da Procuradoria-Geral do Estado, atribuindo-lhe caráter jurídico-normativo, com efeitos cogentes para a administração pública estadual, nos termos do disposto no artigo 82, inciso XV, da Constituição Estadual.

À Procuradoria-Geral do Estado para as anotações de praxe e providências que entender necessárias.

PALÁCIO PIRATINI, 13 de junho de 2016.


JOSÉ IVO SARTORI,
GOVERNADOR DO ESTADO.

Registre-se e publique-se.


Euzébio Fernando Ruschel,
Procurador-Geral do Estado.