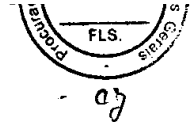




ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



Procedência: Secretaria de Estado de Governo

Interessado: Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico

Número: 13.820

Data: 11 de março de 2003

Ementa:

*Memor. 10.3.2003
Deer J. A. Cabral*

Impropriedade da prática de ato administrativo negocial pelo Poder Público através de Memorando de Entendimentos. Substituição por Protocolo de Intenções, condicionado à celebração de futuro contrato e à observância dos ditames contidos na Lei Federal nº 8.666/93.

CONSULTA

O Secretário de Estado de Governo, através do Of. AJUR/nº 038/2003, de 18/02/03, encaminha, para análise desta Procuradoria Geral do Estado, Memorando de Entendimentos ...“a ser assinado entre o Governo do Estado de Minas Gerais, a Fundação Dom Cabral e a Associação Comercial de Minas”.

O expediente originou-se de encaminhamento do Secretário de Estado de Desenvolvimento Econômico (of. SEDE/GAB/ Nº 046/03), que se referindo aos termos do inciso X, do art. 5º, da Lei Delegada nº 49, de 02/01/93 bem como, ao inciso I, do art. 1º, do Decreto nº 36.685, de 13/12/99, submete a referida minuta ao Secretário de Estado de Governo.

LA R. Gomes



ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



O Memorando de Entendimentos apresentado objetiva...

“agregar aos esforços do Governo de Minas Gerais a estrutura técnica e trabalhos disponíveis na FDC e a capacidade de mobilização empresarial da AC Minas visando a criação de um ambiente favorável às atividades das empresas de Minas Gerais...”.

(sic)

O item 7 do preâmbulo/considerando da minuta menciona, literalmente, o Acordo de Comunhão de Interesses firmado entre o Estado e a FDC, em 08/08/96, sendo que o mesmo não foi anexado ao presente expediente. Por esse motivo, solicitamos cópia reprográfica de dito Acordo e procedemos a sua juntada ao presente expediente.

Diante das informações, estudadas as devidas considerações e examinada a minuta apresentada, passo a opinar.

PARECER

I - DA LEGISLAÇÃO

O art. 231, da Constituição Estadual -- (referido na minuta apresentada) --, assim dispõe *in verbis*:

“Art. 231 - O Estado, para fomentar o desenvolvimento econômico, observados os **princípios** da Constituição da República e os desta Constituição, estabelecerá e executará o Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado, que será proposto pelo Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social e **aprovado em lei**”.

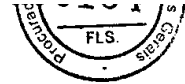
(grifos e destaques em negrito nossos)

Arrola em seu parágrafo 2º, os objetivos do Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado.

Também o art. 174 da Constituição Federal -- (indicado no preâmbulo do “Memorando” em exame) --, estabelece que:



ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



“Art. 174 - Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

(grifos nossos)

Já o art. 37 da Carta Magna, descreve como sendo princípios da Administração Pública a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência explicitando em seu inciso XXI, que:

“XXI- ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

(grifos nossos)

E mais, no art. 13, da Constituição Estadual encontram-se indicados os princípios que se sujeitarão a atividade administrativa, ou sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade, determinando em seu parágrafo 2º que o agente público “motivará o ato administrativo que praticar, explicitando-lhe o fundamento legal, o fático e a finalidade.”

Evidentemente, por força dos citados dispositivos, o Estado para fomentar o desenvolvimento econômico deverá observar os princípios (sobredireito) indicados nas Constituições Federal e Estadual, inclusive, contratar mediante processo de licitação...

“ressalvados os casos especificados na legislação”.

U. R. Gomes



II - DA SITUAÇÃO JURÍDICA DAS PARTES:

A minuta de Memorando de Entendimentos, visa a parceria do Estado com a Fundação Dom Cabral e com a Associação Comercial, buscando agregar esforços para incrementar as atividades das empresas de Minas Gerais.

Pela análise da personalidade jurídica das partes, verificamos que:

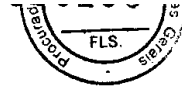
- a) A Fundação Dom Cabral é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, considerada de utilidade pública pela Lei estadual nº 7.773, de 08/09/80. Firmou Acordo de Comunhão de Interesses com o Estado de Minas Gerais, em 08/08/96, objetivando o seu desenvolvimento como centro internacional de gestão neste Estado (Do Objeto ; cláusula primeira).
- b) A Associação Comercial de Minas é pessoa jurídica de direito privado, reconhecida de utilidade pública pelo Decreto federal nº 4.128, de 11/09/20. Descobrimos também, que a nível federal, foi concedida àquela Associação, a prerrogativa do art. 3º, alínea "e", do Decreto-lei nº 1.420, de 05/07/39, no tocante à colaboração com o Poder Público, como órgão técnico e consultivo, no estudo e solução dos problemas, que se relacionem com as profissões por ela representada.

Logo existem razões de utilidade pública e de reputação ético-profissional que militam em favor da Associação Comercial de Minas e da Fundação Dom Cabral, que comprovam existir larga atuação social, deliberando propósito de colaboração com o Governo na solução de importantes problemas jurídicos e econômicos.

Gardonez



ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



III - DA INADEQUAÇÃO DO INSTRUMENTO APRESENTADO

Segundo De Plácito e Silva, o conceito de memorando engloba o seguinte:

“Memorando: É comum o uso do vocábulo em sua forma latina: *memorandum*.

É aplicado para exprimir:

- a) A nota diplomática enviada por uma nação a outra, contendo uma exposição sumária a respeito de uma questão. Tem, assim sentido análogo, a memorial.
- b) É tido ainda como livro de notas, em que se tomam apontamentos a respeito de fatos ou coisas, que não queremos esquecer ou omitir,
- c) Na linguagem comercial, significa a carta ligeira ou a nota escrita enviada por um comerciante a outro, a respeito de um lançamento ou uma operação comercial”

(“Vocabulário Jurídico, Volume 2, p. 176)

Julgamos inadequado, portanto, a celebração pelo Poder Público de Memorando de Entendimentos, instrumento utilizado em atos do comércio e nas relações internacionais, respectivamente, como participação ou aviso escrito e nota escrita remetida por um agente diplomático ao Governo junto ao qual está acreditado.

Ocorre que, *in casu*, o se pretende firmar é um ato administrativo negocial e não um ato de comércio ou diplomático.

Tal distinção é importante em se tratando de documento a ser praticado pela Administração Pública.

Para Diogo de Figueiredo os atos administrativos negociais:

“São os que contém uma declaração de vontade da Administração Pública coincidente com a pretensão do particular. A vontade do destinatário não é relevante para sua formação, que necessita, apenas, de uma provocação, e, depois, de uma aceitação da vontade pública.



ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



Embora unilaterais, por conceito, contêm um embrião de bilateralidade; são chamados, por isso, em razão deste traço, de receptivos.”

(Curso de Direito Administrativo- 11º Ed. Forense, 1998- p.p. 112/113)

Abortando o assunto, o saudoso Professor Hely Lopes Meirelles, assim ensinava:

“Além dos atos administrativos normativos e ordinatórios, isto é, daqueles que encerram um mandamento geral ou um provimento especial da Administração, outros são praticados contendo uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a pretensão do particular, visando à concretização de negócios jurídicos ou à atribuição de certos direitos ou vantagens ao interessado.

À falta de uma denominação específica em nossa língua para essas manifestações unilaterais da Administração, e das quais se originam negócios jurídicos públicos, permitimo-nos denominá-los atos administrativos negociais”

.....(omissis).....

Os atos administrativos negociais produzem efeitos concretos e individuais para seu destinatário e para a Administração que os expede. Enquanto os atos administrativos normativos são genéricos, os atos negociais são específicos, só operando efeitos jurídicos entre as partes - Administração e administrado requerente -, impondo a ambos a observância de seu conteúdo e o respeito às condições de sua execução.

.....(omissis).....

Atos administrativos negociais são todos aqueles que contêm uma declaração de vontade da Administração apta a concretizar determinado negócio jurídico ou deferir certa faculdade ao particular, nas condições impostas ou consentidas pelo Poder Público.”

(Direito Administrativo Brasileiro, 23ª edição, Malheiros Editores, pp. 165 e 166)

Assinala, ainda, que são atos administrativos negociais

OS ...

Handwritten signature



ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



“...atos administrativos de licença, autorização, permissão, admissão, visto, aprovação, homologação, dispensa, renúncia e até mesmo o protocolo administrativo...”

(grifos nossos, p. 166)

Na definição do Professor Hely Lopes protocolo administrativo é:

“...o ato negocial pelo qual o Poder Público acerta com o particular a realização de determinado empreendimento ou atividade ou abstenção de certa conduta, no interesse recíproco da Administração e do administrado signatário do instrumento protocolar.

Esse ato é vinculante para todos que o subscrevem, pois gera obrigações e direitos entre as partes.

É sempre um ato biface, porque, de um lado está a manifestação de vontade do Poder Público, sujeita do Direito Administrativo e, de outro, a do particular ou particulares, regida pelo Direito Privado.

Nessa conceituação também se inclui o protocolo de intenção, que precede o ato ou contrato definitivo.”

(op. Cit., p. 169, grifos nossos)

Dessa forma, poderá ser ajustado o PROTOCOLO DE INTENÇÕES, que é ato administrativo negocial, com o Estado “intencionando” sua vontade de promover negócios com o intuito da retomada do desenvolvimento econômico de Minas Gerais.

IV - DA CARACTERIZAÇÃO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO

Entendemos que, sempre que se possa detectar uma indubitosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para o bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório - porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura -, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação.

Isso porque, tratando-se de duas pessoas jurídicas de direito privado, ou sejam, Fundação Dom Cabral (FDC) e a Associação Comercial de Minas (AC Minas), instituições que, a princípio, detêm

Carla Lourenço



ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



“inquestionável reputação ético-profissional”, julgamos que, em tese, ambas poderão ser contratadas, futuramente, pelo Estado, por dispensa de licitação *ex vi* do art. 24, XIII, da Lei federal nº 8.666, de 21/06/93, desde que sejam atendidos todos os requisitos legais.

Comentando tal dispositivo Marçal Justen Filho preleciona:

“Permite-se a contratação direta com entidades particulares nacionais dedicadas a atividades de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico.”

(Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2ª edição, AIDE EDITORA, p.143)

A inteligência da aplicação do direito encontra-se consubstanciada nos ensinamentos de Carlos Maximiliano, quando em sua notável obra afirma:

“ Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal, envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter as conclusões inconsistentes ou impossíveis”.

(Interpretação e Aplicação do Direito, 2ª ed., Livraria do Globo, 1993, p. 183)

Pelo que já foi dito, torna-se, conseqüentemente, *a priori*, incompatível o instituto da licitação objetivando concretizar o fim pretendido neste ato administrativo negocial.

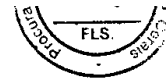
CONCLUSÕES:

Em decorrência do exposto, concluímos, em síntese que:

- a) A Fundação Dom Cabral e a Associação Comercial de Minas são pessoas jurídicas de Direito Privado, ambas, declaradas, por lei, como de utilidade pública,
- b) Existe a possibilidade legal de futura contratação por dispensa de licitação, a ser formalizada em



ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



processo próprio devidamente instruído, com fulcro no art. 24, XIII, da Lei federal nº 8.666, de 21/06/93;

c) O Memorando de Entendimentos não é instrumento apropriado nas relações da Administração Pública, sendo utilizado na linguagem comercial e nas notas diplomáticas;

d) Poderá ser firmado Protocolo de Intenções, por se tratar, *in casu*, de ato administrativo negocial, que precederá o contrato definitivo, operando tal instrumento seus efeitos enquanto não for desconstituído ou modificado regularmente.

Por derradeiro, a minuta apresentada deverá ser adequada para que o pretendido ajuste seja celebrado através de **PROTOCOLO DE INTENÇÕES**, que precederá ao contrato definitivo, a ser firmado, desde que cumpridos os ditames Lei federal nº 8.666, de 21/06/93 (com suas modificações). Tal condição deverá constar expressamente do aludido instrumento.

Ademais, observamos que em obediência ao princípio da publicidade, insculpido na Constituição Federal/88 (art. 37) e na Lei federal nº 8.666/93 (art. 3º), deve haver publicação de seu extrato no órgão oficial.

É o nosso entendimento.

SUB CENSURA.

Em 24/02/03

Humberto Rodrigues Gomes
Procurador-Geral Adjunto do Estado