



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCESSO ADMINISTRATIVO ELETRÔNICO Nº 19/1400-0013498-7

PARECER Nº 17.734/19

Assessoria Jurídica e Legislativa

EMENTA:

SECRETARIA DE PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. CENTRAL DE LICITAÇÕES. CESSÃO ONEROSA DE DIREITOS CREDITÓRIOS. FUNDOPEM/RS. VIABILIDADE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DE LEI AUTORIZADORA. ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA. ANÁLISE DO EDITAL DE LICITAÇÃO.

1. A cessão onerosa dos créditos decorrentes do FUNDOPEM/RS é juridicamente viável, considerando que apresenta plena compatibilidade com a natureza da obrigação, com a lei e – especialmente – com a convenção firmada entre as partes, já que os contratos celebrados com as financiadas previam expressamente a possibilidade de cessão.
2. A edição de lei autorizadora da cessão onerosa dos créditos do FUNDOPEM/RS não se coloca como condição essencial à validade da operação, inserindo-se no campo de discricionariedade do Poder Executivo.
3. A modalidade licitatória do Pregão Presencial mostra-se adequada para a alienação dos direitos creditórios oriundos do Programa FUNDOPEM/RS, considerando o interesse público envolvido, a necessidade de dar maior celeridade ao procedimento e a imposição de sigilo com relação ao valor máximo de deságio.
4. Recomendação quanto à minuta contratual.

AUTORA: FERNANDA FOERNGES MENTZ E GUSTAVO PETRY

Aprovado em 14 de junho de 2019.



Nome do documento: FOLHA DE IDENTIFICACAO.doc

Documento assinado por

Órgão/Grupo/Matrícula

Data

Elenara Almerinda Rodrigues Marques Stodolni PGE / GAB-AA / 306910901

14/06/2019 20:23:50





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PARECER

SECRETARIA DE PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO.
CENTRAL DE LICITAÇÕES. CESSÃO ONEROSA DE DIREITOS
CREDITÓRIOS. FUNDOPEM/RS. VIABILIDADE JURÍDICA.
AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DE LEI AUTORIZADORA.
ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA. ANÁLISE DO
EDITAL DE LICITAÇÃO.

1. A cessão onerosa dos créditos decorrentes do FUNDOPEM/RS é juridicamente viável, considerando que apresenta plena compatibilidade com a natureza da obrigação, com a lei e – especialmente – com a convenção firmada entre as partes, já que os contratos celebrados com as financiadas previam expressamente a possibilidade de cessão.
2. A edição de lei autorizadora da cessão onerosa dos créditos do FUNDOPEM/RS não se coloca como condição essencial à validade da operação, inserindo-se no campo de discricionariedade do Poder Executivo.
3. A modalidade licitatória do Pregão Presencial mostra-se adequada para a alienação dos direitos creditórios oriundos do Programa FUNDOPEM/RS, considerando o interesse público envolvido, a necessidade de dar maior celeridade ao procedimento e a imposição de sigilo com relação ao valor máximo de deságio.
4. Recomendação quanto à minuta contratual.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Trata-se de processo administrativo eletrônico tendo por objeto a cessão onerosa de créditos oriundos do Fundo Operação Empresa do Estado do Rio Grande do Sul – FUNDOPEM/RS.

Os autos são inaugurados com o Memorando nº 21/2019, do Gabinete do Secretário de Estado da Fazenda, endereçado à Junta de Coordenação Financeira, versando sobre a situação de calamidade das despesas públicas e, assim, solicitando estudos de alternativas de ingresso de valores no caixa do Erário.

Dessa maneira, em resposta, após solicitação de documentação referente aos contratos do FUNDOPEM, sobrevém a Informação de fls. 10/17, da Junta de Coordenação Financeira, acenando como alternativa, após análise dos ativos estatais financeiros, a alienação de créditos oriundos do FUNDOPEM/RS.

Instruem, ainda, o expediente administrativo: Planilhas juntadas pelo BADESUL, com os 15 maiores contratos, em termos financeiros (fl. 18); Promoção da PGE exarada no SPI nº 89426-1400/15-0, que versava sobre a alienação dos créditos do Programa FOMENTAR/RS; Certificado de Registro de Depósito – SE/CONFAZ nº 47/2018 (fl. 33); Cópia individual dos contratos particulares de Abertura de Limite de Crédito Fixo do FUNDOPEM/RS (fls. 37/172), Inf. 029/2019 da Junta de Coordenação Financeira (fl. 175); Ofício nº 102/2019/SEADAP, solicitando análise pela assessoria jurídica quanto à viabilidade da alienação pretendida (fl. 181), Manifestação nº 233/2019-ASJUR/SEDETUR, que conclui sugerindo pelo encaminhamento à PGE (fls. 185/196), Informação nº 020/2019.

Após, vem aos autos cópia da Resolução nº 035/2019 – FUNDOPEM/RS E INTEGRAR/RS, na qual o Conselho Diretor do FUNDOPEM/RS *“autoriza a cessão onerosa, na modalidade de pregão presencial, de parte do estoque dos créditos do Fundo de Operação Empresa do Estado do Rio Grande do Sul –*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

FUNDOPEM/RS, instituído através da Lei nº 11.916/2003, e alterações, referente ao saldo remanescente, a partir de 31 de julho de 2019, dos contratos listados abaixo: [...]”

São anexados, ainda, novo valor de avaliação do Banrisul (fls. 299-302) e edital de licitação (fl. 303-333).

Após manifestação da Agente Setorial da PGE junto à SEPLAG, Dra. Milena Bortoncello Scarton, o feito foi encaminhado pelo Secretário Adjunto de Planejamento, Orçamento e Gestão para análise desta PGE, em caráter de urgência.

É o relatório.

Cinge-se a presente consulta à análise da viabilidade jurídica da alienação dos direitos creditórios do FUNDOPEM/RS, constituídos através de Contratos Particulares de Abertura de Crédito Fixo, de acordo com a Lei nº 11.916/03. Os referidos contratos foram firmados entre as empresas mencionadas às fls. 319 e o Badesul Desenvolvimento S/A – Agência de Fomento/RS, na qualidade de mandatária do Estado e Gestora Financeira dos Recursos do FUNDOPEM/RS.

Além da determinação constante do Decreto Estadual nº 50.274/2013, são elencadas dúvidas que devem ser enfrentadas no presente parecer, consoante manifestação de fls. 196: **a)** Possibilidade Jurídica da Cessão Onerosa dos Créditos decorrentes do FUNDOPEM/RS; **b)** Necessidade de autorização legislativa para a alienação dos bens supracitados. Em caso positivo, se a mesma deve ser perfectibilizada mediante a alteração da Lei Estadual nº 11.916/2003 ou do Decreto Estadual nº 49.205/2012; **c)** Modalidade de licitação a ser adotada no presente caso.

Passa-se à análise solicitada.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

DA POSSIBILIDADE JURÍDICA

A operação de alienação dos créditos que decorrem dos contratos de financiamento celebrados no âmbito do FUNDOPEM/RS encontra acomodação jurídica no figurino legal da *cessão de crédito*, instituto disciplinado pelos arts. 286 e seguintes do Código Civil:

Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

A legislação condiciona a viabilidade jurídica da cessão à verificação da sua compatibilidade com a natureza da obrigação, com a lei e com a convenção firmada entre as partes.

Particularmente no que diz respeito à natureza jurídica da cessão dos créditos oriundos do FUNDOPEM, o exame dos elementos disponíveis aponta para a natureza civil (não-tributária) dos recursos financeiros que integram o direito de crédito titularizado pelo Estado do Rio Grande do Sul, e de cuja cessão se cogita.

Senão vejamos.

O art. 2º, II, da Lei nº 11.916/2003ⁱ dispõe que os recursos do FUNDOPEM/RS são constituídos por "*retorno dos financiamentos concedidos*", o que significa que parte dos valores concedidos pelo Estado a título de "*financiamento*"



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

retornam para o próprio FUNDOPEM/RS. Semelhantemente, o art. 15 estabelece que “do retorno de cada parcela do financiamento previsto no art. 5º, o Poder Executivo destinará 90% (noventa por cento) ao Fundo de Reforma do Estado (...)”.

Por definição legal, portanto, os créditos do FUNDOPEM são receitas de arrecadação vinculada, o que já descaracteriza a natureza tributária desses haveres, já que – ressalvado o empréstimo compulsório e as contribuições – o produto da arrecadação dos tributos em geral são, por essência, não-vinculados a finalidades pré-determinadas.

Ademais, o simples fato de o art. 3º, § 3º da Lei nº 11.916 ter previsto a possibilidade de financiar as beneficiárias mediante crédito fiscal presumido não atrai a natureza tributária para esses créditos, que constituem mera subvenção, mecanismo de que o Estado se serve para incentivar a iniciativa privada e buscar o desenvolvimento econômico sem realizar o desencaixe financeiro, é dizer, o desembolso direto com recursos do caixa único.

Em verdade, a Lei nº 11.916 apenas estabelece a possibilidade abstrata de se utilizar o creditamento fiscal como forma de financiamento. Não é a lei, entretanto, fonte direta da relação obrigacional formada entre o Estado e as financiadas; a formação desses laços de interação jurídica somente se concretiza pela celebração formal dos contratos onde definidos o montante de crédito fiscal presumido deferido a cada beneficiária e o período máximo de sua fruição.

Semelhantemente, os contratos (fls. 38 e seguintes) também definiam os critérios de atualização (*cláusula segunda*); o prazo de carência (*cláusula terceira*); o prazo de amortização mediante pagamento em parcelas mensais e sucessivas (*cláusula quarta*); e os encargos pelo inadimplemento (*cláusulas sexta, oitava e nona*), todas cláusulas cujas disposições não se compatibilizam com a



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

legalidade estrita que caracteriza as exações de natureza tributária, *ex vi* do disposto no art. 3º do CTN.

Na verdade, a natureza jurídica dos créditos do FUNDOPEM já havia sido examinada pela Procuradoria-Geral do Estado em momento pretérito, quando a Procuradora do Estado Melissa Guimarães Castello, examinando conflito de atribuições entre a Procuradoria Fiscal (PF) e a Procuradoria do Domínio Público Estadual (PDPE) acerca do ajuizamento de ação para ressarcimento de valores devidos pela empresa Vanguarda Agro S.A ao FUNDOPEM, reconheceu a natureza contratual daquele crédito, consoante manifestação exarada nos autos do SPI 15-1600/07-4:

(...) a pretensão não versa sobre matéria fiscal propriamente dita, pois não se busca a recuperação de tributos que deixaram de ser recolhidos aos cofres públicos. O que se pretende é a recuperação de valores decorrentes de crédito fiscal presumido de ICMS, que foram utilizados para amortizar o saldo devedor de ICMS da empresa, como se depreende da leitura do Termo de Ajuste nº 005/2008 (fls. 1017-1022). Essa sutil distinção respalda o entendimento da SEFAZ sobre a inviabilidade de inscrição em dívida ativa.

(...)

Assim, parece acertada a orientação adotada no caso da empresa Ford Brasil Ltda, que, como mencionado pela Procuradora Simone Zandoná Lima, foi conduzido como uma situação de inadimplemento de um contrato de incentivo que o Governo concede às empresas (...)

Anos mais tarde, a orientação da Procuradoria-Geral do Estado foi corroborada pelo Poder Judiciário no julgamento da Apelação Cível nº 70057424046, quando o Tribunal de Justiça rechaçou a tese pela qual a Ford sustentava a natureza tributária (*e, portanto, a ocorrência de decadência*) dos investimentos que o Estado havia



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

concedido àquela empresa para a implantação do polo automotivo em Guaíba/RS, nestes termos:

“Apenas consigno que, realmente, não pode a questão da subvenção ser tratada como tributária para fins de incidência de decadência, pois derivada de um todo maior com **caráter contratual**. E como tal deve ser considerada, sem o reconhecimento da decadência pretendida pela Ford.”

A cessão onerosa de créditos decorrentes de programas de incentivo ao desenvolvimento industrial local também já fora exitosamente operacionalizada em relação aos haveres que o Estado titularizava em face da GM no âmbito do FOMENTAR/RS, programa instituído pela Lei nº 10.895/1996 que guarda semelhanças muito próximas às disposições do FUNDOPEM/RS, sendo que, também naquela oportunidade, a Procuradoria-Geral do Estado havia se posicionado pela natureza contratual dos créditos decorrentes do FOMENTAR/RS (Promoção PGE/AJL no Expediente Admin. 89426-1400/15-0).

Nesse contexto, a cessão onerosa dos créditos decorrentes do FUNDOPEM/RS apresentam plena compatibilidade com a natureza da obrigação, com a lei e – especialmente – com a convenção firmada entre as partes, já que os contratos celebrados com as financiadas previam expressamente a possibilidade de cessão, a teor do que dispunha a cláusula décima segunda (v.g., fl. 40).

Em verdade, a cessão opera verdadeira sub-rogação convencional de crédito, figura definida pelo art. 347, inciso I, do Código Civil, e cuja comunicabilidade com a cessão é expressamente veiculada pelo art. 348 CC:

Art. 347. A sub-rogação é convencional:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

I - quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos;

(...)

Art. 348. Na hipótese do inciso I do artigo antecedente, vigorará o disposto quanto à cessão do crédito.

Art. 349. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.

Diante do panorama exposto, conclui-se pela viabilidade jurídica de se proceder à cessão onerosa dos créditos decorrentes dos contratos de financiamento celebrados sob o regramento do FUNDOPEM/RS.

Apenas a título de cautela, vale destacar que a transferência dos direitos de crédito ao cessionário deve se fazer acompanhar das respectivas garantias, considerando o disposto nos arts. 287 e 349 CC. Semelhantemente, também deve-se atentar à necessidade de notificação do devedor quanto à cessão efetuada, providência que se faz necessária para assegurar a eficácia da sub-rogação de crédito em relação ao devedor (art. 290 CC).

DA NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA

Em manifestação lançada à fl. 196, a Assessoria Jurídica da SEDETUR sugere pronunciamento desta Procuradoria-Geral do Estado quanto à necessidade de autorização legislativa para alienação dos créditos em questão, indagando se tal autorização deveria constar da Lei 11916/2003 ou do Decreto Estadual 49.205/2012.

Em termos gerais, a Lei 8.666/1993 exige autorização legislativa



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

apenas para a alienação de bens imóveis (art. 17, inciso I), dispondo que a alienação de bens móveis se satisfaz com a avaliação prévia e a realização de procedimento licitatório (inciso II).

Analisando a questão sob a ótica da Lei de Responsabilidade Fiscal, a LC 101/2000 estabelece em seu art. 27, parágrafo único, que:

Art. 27. Na concessão de crédito por ente da Federação a pessoa física, ou jurídica que não esteja sob seu controle direto ou indireto, os encargos financeiros, comissões e despesas congêneres não serão inferiores aos definidos em lei ou ao custo de captação.

Parágrafo único. Dependem de autorização em lei específica as prorrogações e composições de dívidas decorrentes de operações de crédito, bem como a concessão de empréstimos ou financiamentos em desacordo com o caput, sendo o subsídio correspondente consignado na lei orçamentária.

A cessão onerosa dos créditos decorrentes do FUNDOPEM/RS, entretanto, não se confunde com a “*concessão de crédito a pessoa jurídica que não esteja sob controle direto ou indireto do Estado*”, operação que corresponde à concessão originária de incentivos pelo Estado do Rio Grande do Sul às empresas financiadas pelo FUNDOPEM/RS, o que fora regularmente autorizado pela Lei Estadual 11.916/2003.

Diversa é a hipótese de cessão onerosa dos créditos que o Estado titulariza em face dessas empresas financiadas, operação que constitui um desdobramento em segundo grau daquela operação originária e, portanto, escapa ao alcance normativo do art. 27 e parágrafo único da LRF, dispensando autorização legislativa.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Ainda se poderia cogitar da necessidade de autorização legislativa sob o enfoque da possível caracterização de renúncia de receita, já que, numa perspectiva de retorno nominal dos investimentos, a cessão onerosa dos créditos do FUNDOPEM/RS efetivamente retornaria ao Estado valor menor do que o originalmente concedido às financiadas.

Em termos de resultados práticos, todavia, a operação em questão não difere, substancialmente, da liquidação antecipada prevista no art. 9º-A da Lei 11.916/2003 e da CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA dos contratos, que assegurava à própria financiada a prerrogativa de antecipar o pagamento da parcela mensal mediante desconto calculado com base em Resolução Normativa do Conselho Diretor do FUNDOPEM/RS.

Posta a questão nessa perspectiva, a cessão onerosa não opera renúncia de receita em relação aos valores que o Estado receberia na hipótese de liquidação antecipada solicitada pelas financiadas.

Por fim, tampouco se põe necessária a edição da lei autorizativa de que trata o art. 7º, § 1º da Lei Complementar Estadual 14.836/2017:

Art. 7º É vedada a concessão ou ampliação de incentivos ou benefícios de natureza tributária, da qual decorra renúncia de receita, nos 2 (dois) últimos quadrimestres anteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo, ainda que tenham sido objeto de decreto editado em período anterior ao segundo quadrimestre.

§ 1º A renúncia de receita compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção de caráter não geral ou redução de base de cálculo que implique redução discriminada de



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

tributos ou contribuições e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado, inclusive as operações de que trata o Fundo Operação Empresa do Estado do Rio Grande do Sul – Fundopem/RS –, conforme Lei n.º 11.916, de 2 de junho de 2003, e alterações posteriores.

§ 2º Não se aplica a vedação do “caput” a empreendimentos que consistam na instalação de novas plantas industriais e agroindustriais, ampliação das já existentes e de novos centros de pesquisa e de desenvolvimento tecnológico, desde que autorizados pela Assembleia Legislativa.

Muito embora o § 1º faça menção expressa às operações do FUNDOPEM/RS –, disso não decorre, *s.m.j.*, a necessidade de se editar lei autorizativa à cessão onerosa daqueles créditos.

Isso porque é princípio hermenêutico que as disposições normativas de incisos e parágrafos subordinam-se à norma explicitada pelo *caput* do mesmo dispositivo legal.

Em sendo assim, merece destaque o fato de que o art. 7º, *caput*, veda a concessão ou ampliação de incentivos/benefícios tributários dos quais decorra renúncia de receita nos 2 (dois) últimos quadrimestres anteriores ao fim do mandato do titular do Poder Executivo.

São diversas as razões pelas quais o caso em exame não se amolda à proibição em foco.

Primeiro, porque a norma veda apenas a concessão/ampliação



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

de benefícios tributários; os créditos do FUNDOPEM/RS, entretanto, são de natureza civil/contratual.

Segundo, porque a lei estadual veda a concessão de benefícios tributários dos quais decorra renúncia de receita, cuja ocorrência já fora descaracterizada linhas acima.

Terceiro, porque a vedação normativa do art. 7º opera numa janela temporal específica, é dizer, nos últimos 2 (dois) quadrimestres anteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo, o que evidencia *ratio essendi* semelhante à contida no art. 21, parágrafo único, art. 23, § 4º; art. 31, § 3º; art. 38, IV, “b”; e art. 42, todos da Lei Complementar 101/2000, que vedam a prática de atos no fim do mandato de Chefe de Poder que impliquem aumento de despesa ou contração de obrigação que deva ser paga no exercício seguinte sem que haja a correspondente disponibilidade financeira. A cessão onerosa dos créditos do FUNDOPEM/RS, entretanto, não se situa nesse período de proibição.

Quarto, o parágrafo § 1º direciona sua força normativa às operações originárias de concessão de financiamento pelo Estado, o que não corresponde à hipótese ora examinada, na qual o Poder Executivo propõe operação para o recebimento antecipado de seus haveres, movimento que se coloca em posição diametralmente oposta à concessão de créditos vedada pela lei.

Nessa linha, o Parecer nº 17.332/2018, da lavra da Procuradora do Estado Georgine Simões Visentini:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

“Voltando à disciplina específica da LRFE, pode-se identificar no artigo 7º e §§ 1º e 2º a preocupação em vedar impacto orçamentário, tanto no aspecto da receita como da despesa, no período de maio a dezembro do último ano do mandato do chefe do Poder Executivo. Nesse sentido, o artigo 7º, § 1º, da LRFE enquadra como renúncia de receita tanto os incentivos fiscais como os incentivos financeiros ou creditícios.

É por essa razão que as operações do Fundo Operação Empresa do Estado do Rio Grande do Sul (FUNDOPEM), as quais, a rigor, não constituem benefícios tributários e, muitas vezes, não importam renúncia de receita, se caracterizando como incentivos financeiros ou creditícios que traduzem atividade estatal de fomento, foram incluídas pelo legislador entre as concessões vedadas nos 2 (dois) últimos quadrimestres anteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo.”

No panorama normativo exposto, a edição de lei não se coloca como condição essencial à validade da cessão onerosa dos créditos do FUNDOPEM/RS, revestindo-se em providência que se insere no campo de discricionariedade do Poder Executivo.

DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO

Partindo-se para o exame da **modalidade de licitação**, qual seja “Pregão Presencial”, tem-se que, em situação análoga, esta Procuradoria-Geral do Estado já se manifestou no sentido de ser adequada para a alienação de direitos creditórios.

Assim, quando da cessão onerosa de créditos provenientes do Programa FOMENTAR/RS, em Nota Técnica, a Procuradora do Estado Marlise Fischer



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Gehres concluiu no sentido da possibilidade de realização de pregão presencial com o objetivo de dar maior celeridade ao procedimento e à possibilidade de manutenção de sigilo com relação ao valor máximo de deságio até o encerramento dos lances, apesar de entender ser a concorrência a modalidade “juridicamente mais segura” (fls. 09/33 do SPI nº 89429-14000/15-0).

Com efeito, as modalidades de licitação estão elencadas no art. 22 da Lei nº 8.666/93, em seus incisos I a V. A modalidade do pregão, por sua vez, foi criada pela Medida Provisória nº 2.026/2000, a ser utilizada exclusivamente pela União e, no ano de 2002, a Lei nº 10.520/2002 ampliou o seu uso para os demais entes federativos.

Marçal Justen Filho ao abordar o tema referente às modalidades de licitação refere que:

A Lei proíbe a adoção de outras modalidades de licitação ou a combinação das regras procedimentais para produzir novas figuras. Significa que o elenco do art. 22 é exaustivo, **ressalvada a possibilidade de lei federal específica dispor sobre tema, tal como se passou com a figura do pregão (que se subordina à disciplina da Lei 10.520/2002) e com a licitação do RDC (que se subordina à Lei 12.462/2011).** Essa norma geral deverá ser observada pelas demais entidades da Federação.

Insiste-se em reafirmar, nesse ponto, que a regra do § 8.º deve ser interpretada em termos. **Nada impede que a Administração produza modalidades inovadoras, inclusive combinando soluções procedimentais, para a promoção de contratos não abrangidos no âmbito específico da Lei 8.666/1993.** O exemplo, já apontado anteriormente, relaciona-se com a concessão ou permissão de uso de bem público.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

(Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos [livro eletrônico]: Lei 8.666/1993 / Marçal Justen Filho. -- 3. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019)

Registre-se, pois, que o fato de a modalidade do pregão não estar elencada no rol do art. 22 da Lei de Licitações, mas na Lei Federal nº 10.520/2002, não significa que não está submetida aos ditames das regras gerais contidas na Lei nº 8.666/93.

Destaca-se que tal modalidade se caracteriza pela inversão das fases de competição e de habilitação e a dissociação da fase competitiva em uma primeira etapa de formulação de propostas, garantindo maior celeridade ao procedimento.

Percebe-se, então, que o pregão é mais uma modalidade que a lei coloca à disposição do gestor público, pois a partir da leitura do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, depreende-se que “poderá” ser adotada como forma de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns. Na prática, o que realmente se observa é a maior eficiência e, principalmente, a economia obtida com a utilização do pregão.

Importante consignar-se que, apesar de a lei referir que a modalidade de pregão se destina à aquisição de bens e serviços comuns, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União tem admitido o seu uso para alienação de bens públicos, comportando o processamento de licitações pelo tipo maior lance ou maior oferta.

Nessa senda, transcreve-se as seguintes passagens do Acórdão nº 3.042/2008 – Plenário, do Tribunal de Contas da União:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

21. O consulente questiona se seria possível utilizar-se da modalidade pregão com tipo maior preço, para registro formal de preços, visando à alienação da 'folha de pagamento da Previdência Social', levando-se em consideração a política pública do governo federal no sentido de manter ou ampliar a atual rede de pagamento aos beneficiários.

22. Entendo que a resposta deve ser afirmativa. **O fato de não estar previsto no regulamento do pregão o tipo 'maior preço' não impede que haja inovação no procedimento, dada a natureza e complexidade do objeto a ser contratado e os constantes posicionamentos assumidos por esta Corte Maior de Contas ao considerar a dimensão do princípio da eficiência, sua aplicação ao caso concreto e o interesse público.** (grifei)

Do dispositivo do acórdão, cita-se:

(...) a adoção de critério de julgamento de propostas não previsto na legislação do Pregão **do tipo maior valor ofertado para o objeto mencionado no item anterior, somente seria admissível, em princípio, em caráter excepcional, tendo em vista o relevante interesse público da aplicação deste critério alternativo para o atingimento dos objetivos institucionais do ente público e como mecanismo concretizador do princípio licitatório da seleção da oferta mais vantajosa para a Administração.** Tal especificidade deve obrigatoriamente ser motivada e justificada pelo ente público no processo relativo ao certame, além de ter demonstrada sua viabilidade mercadológica. (grifei)

No julgamento do acórdão nº 2.844/2010 - Plenário, Tribunal de Contas da União, extrai-se o seguinte excerto do voto condutor:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

(...) a adoção do critério de julgamento pela maior oferta, em lances sucessivos, nada mais é que a adequada aplicação da lei ao caso concreto, ajustando-a à natureza do objeto do certame, restando assegurada a escolha da proposta mais vantajosa que, conjuntamente com a isonomia de todos os interessados, constituem as finalidades primeiras de todo procedimento licitatório. (TCU, Acórdão nº 2.844/2010, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, DOU de 01.11.2010.)

Na situação em tela, efetivamente, constata-se a presença do requisito de excepcionalidade, em virtude do interesse público envolvido na alienação sob análise e da consequente necessidade de se obter uma maior celeridade no procedimento licitatório, sendo, portanto, plenamente admissível a utilização da modalidade de pregão presencial, sob o tipo maior lance ou oferta.

Desse modo, assim como ocorreu por ocasião da alienação dos créditos oriundos do Programa FOMENTAR/RS, o atual cenário econômico-financeiro do Estado recomenda que se busque maior eficiência do procedimento e a manutenção do sigilo quanto ao maior valor de deságio, visando preservar a obtenção de propostas que superem o referido patamar, o que estaria contemplado na modalidade do pregão presencial.

Consta da “Justificativa”, de acordo com o “item 2” do Termo de Referência (fl. 325):

A partir disso, a modalidade de licitação por Pregão Presencial se torna admissível, **em caráter de excepcionalidade**, haja vista que possui como característica a **celeridade** na sua realização atendendo o relevante interesse público conjugado com a necessidade de se socorrer as emergências financeiras que vive hoje o Estado Gaúcho. Além disso, a preservação do sigilo requerido por esse tipo de operação é contemplada nessa forma de certame.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Considerando que, ressalvadas as hipóteses dos casos especificados na legislação, a regra permite que, em algumas situações excepcionais, sejam efetuados certames ao amparo de procedimento licitatório denominado Pregão Presencial, observando-se, integralmente, a realização de um certame público que implique no atendimento dos princípios da eficiência, isonomia, economicidade e supremacia, tudo à luz da Constituição Federal e princiologia jurídica.

Dessa maneira, depreende-se que a modalidade do Pregão Presencial escolhida pelo gestor público mostra-se viável e adequada para a cessão onerosa dos direitos creditórios decorrentes do Programa FUNDOPEM/RS, considerando a presença do excepcional interesse público, necessidade de celeridade e imposição de sigilo quanto ao valor máximo de deságio.

Por derradeiro, com relação ao tipo de licitação “maior lance ou oferta”, também se mostra adequado, conforme abordado, visto que o presente procedimento busca alcançar a maior vantajosidade econômica ao ente estatal.

DA MINUTA DE EDITAL DE LICITAÇÃO

Em atenção ao disposto no art. 40 da Lei nº 8.666/93, verifica-se que a minuta do **Edital de Licitação** atende às exigências legais.

Registra-se que, nos termos do § 1º do art. 40, o edital original deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e devidamente assinado pela autoridade que o expedir.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Sob o ponto de vista formal, a **minuta do contrato** atende aos requisitos do art. 55 da Lei 8.666/93, que estabelece as cláusulas necessárias em todo contrato, no que é aplicável ao presente objeto.

Entretanto, para garantir higidez ao procedimento, bem como proporcionar maior segurança aos interessados no certame, sugere-se a inclusão de cláusula contemplando a necessidade de o Estado notificar o devedor quanto à cessão efetuada, providência que se faz necessária para assegurar a eficácia da sub-rogação de crédito em relação ao devedor, nos termos do art. 290 do Código Civil.

Com relação ao **Termo de Referência**, como sabido, deverá conter os elementos necessários e suficientes, com nível de especificação que permita a caracterização do objeto de licitação e, ao mesmo tempo, não inviabilize a competição entre os licitantes.

Examinando-se o Termo de Referência (fls. 325/327), constante do Edital de Licitação (Anexo V), esse delimita o objeto a ser alienado (item 1), sendo acompanhados das justificativas que levaram o ente público a proceder à cessão onerosa (item 2), bem como a metodologia aplicada para a apuração dos saldos dos contratos FUNDOPEM/RS (item 3) e anexos com informações complementares, estando de conformidade com a legislação.

Diante do exposto, conclui-se que:

a) a cessão onerosa dos créditos decorrentes do FUNDOPEM/RS é juridicamente viável, considerando que apresenta plena compatibilidade com a natureza da obrigação, com a lei e – especialmente – com a convenção firmada entre as partes, já que os contratos celebrados com as financiadas previam expressamente a possibilidade de cessão;



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

b) a edição de lei autorizadora da cessão onerosa dos créditos do FUNDOPEM/RS não se coloca como condição essencial à validade da operação, inserindo-se no campo de discricionariedade do Poder Executivo;

c) a modalidade licitatória do Pregão Presencial mostra-se adequada para a cessão onerosa dos direitos creditórios oriundos do Programa FUNDOPEM/RS, considerando o interesse público envolvido, a necessidade de se conferir maior celeridade ao procedimento e a imposição de sigilo com relação ao valor máximo de deságio;

d) recomenda-se a inclusão de cláusula na minuta contratual, contemplando a necessidade de o Estado notificar o devedor quanto à cessão efetuada, providência que se faz necessária para assegurar a eficácia da sub-rogação de crédito em relação ao devedor, nos termos do art. 290 do Código Civil.

Por fim, cumpre registrar que a presente manifestação possui natureza estritamente jurídica, não tendo o condão de cancelar opções técnicas adotadas pela Administração, nem de emitir juízo de conveniência e oportunidade.

É o parecer.

Porto Alegre, 14 de junho de 2019.

Fernanda Foernges Mentz
Procuradora do Estado

Gustavo Petry
Procurador do Estado

Processo Administrativo Eletrônico nº 19/1400-0013498-7

¹ Lei que instituiu o Fundo Operação Empresa do Estado do Rio Grande do Sul - FUNDOPEM/RS -, criou o Programa de Harmonização do Desenvolvimento Industrial do Rio Grande do Sul - INTEGRAR/RS -, e deu outras providências.



Nome do arquivo: 3_Minuta_Parecer_Para AprovaÃ§Ã£o_PGE

Autenticidade: Documento Íntegro



DOCUMENTO ASSINADO POR	DATA	CPF/CNPJ	VERIFICADOR
Fernanda Foernges Mentz	14/06/2019 17:56:42 GMT-03:00	97575682015	Assinatura válida

Documento Assinado Digitalmente

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

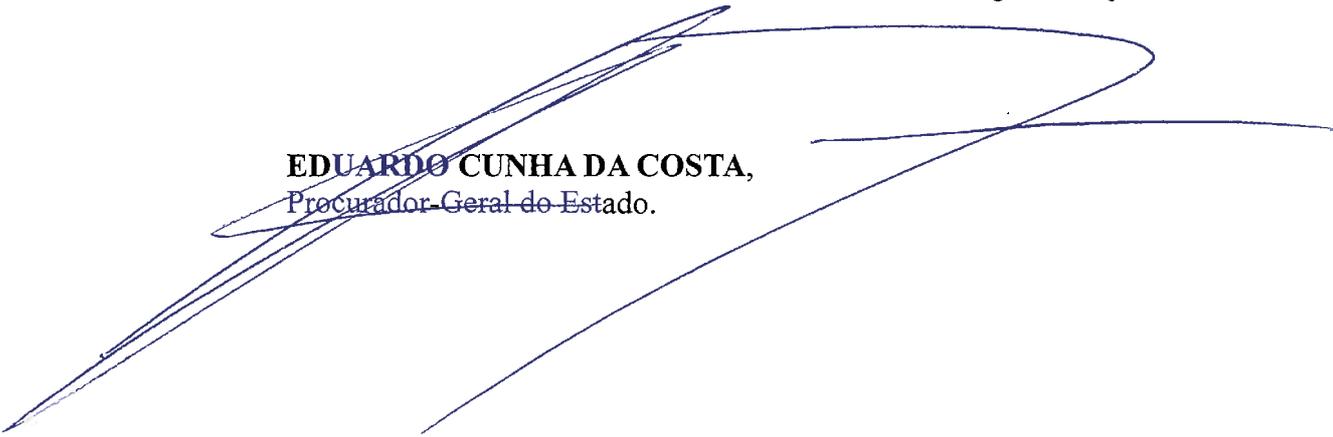
Processo nº 19/1400-0013498-7

PARECER JURÍDICO

O **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO**, no uso de suas atribuições, aprova o **PARECER** da **CONSULTORIA-GERAL/ASSESSORIA JURÍDICA E LEGISLATIVA**, de autoria dos Procuradores do Estado **FERNANDA FOERNGES MENTZ** e **GUSTAVO PETRY**, cujos fundamentos adota para responder a **CONSULTA** formulada pela **SECRETARIA DE PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO**.

Restitua-se ao Procurador do Estado Agente Setorial do Sistema de Advocacia de Estado junto à Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO, em Porto Alegre, 14 de junho de 2019.



EDUARDO CUNHA DA COSTA,
Procurador-Geral do Estado.