

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PARECER N° 04/94 - AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUSA WERNECK MARTINS

BANERJ Seguros S.A. Contratação Direta pelo Estado do Rio de Janeiro e suas Entidades da Administração Indireta e Fundacional. Legalidade. Conceito de "Terceiros", do art. 2° da Lei n° 8.666/93.

Inaplicabilidade à Sociedade de Economia Mista de 2° Grau, Integrante da Administração Estudual e Declarada em Lei de Relevante Interesse Público.

1. O advento da Lei Federal n° 8.666, de 21 de junho de 1993, que se deu no exercício da competência prevista no art. 22, XXVII, da Constituição da República, gerou um sem número de perplexidades e dificuldades exegéticas que têm ocupado a comunidade jurídica nacional, muito especialmente os órgãos aos quais incumbe a advocacia de Estado.

2. Com efeito, a edição da referida norma geral deve ser analisada consoante e conforme os cânones constitucionais aplicáveis à espécie. Vale dizer, assim, que uma pauta de compreensão e de interpretação dos dispositivos do estatuto das licitações e dos contratos administrativos deve considerar o exato conceito de norma geral e sua correlação com a estrutura da Federação - elevada, como sempre, ao *status* de cláusula pétrea, *ex-vi* do art. 60, § 4º, I, da Carta Federal - tudo isto sem olvidar a formulação supralegal do princípio da licitação, insculpida no art. 37, XXI da Norma Fundamental.

3. Assim é que, tomando por base o prefalado princípio, que está deste modo enunciado:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados 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 técnicas e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

4. Identificar-se-á o grau de abstração e a fundamentalidade que caracterizam as normas estipuladoras de marcos principiológicos, evidenciando-se que, observado o sistema constitucional de repartição de competências, as chamadas *normas gerais* disporão exatamente sobre o que houver de nuclear e essencial para a configuração dos institutos versados - a licitação e o contrato administrativo - incluindo-se nesses aspectos, como é curial, a ressalva ao procedimento licitatório, referida que está na própria matriz do citado artigo 37, XXI.

5. Tal afirmativa se respalda, inclusive, na mestria de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, que conceitua normas gerais como:

"Aqueles que se situam entre um extremo de abstração da ordem jurídica positiva, que são os princípios e o outro extremo onde estão os atos jurídicos (legislativo, administrativo e judiciário); (in Curso de Direito Administrativo, 7ª ed., RJ, Forense, 1989, p. 66).

6. Nesse passo, admitida a competência da União para regular a matéria, é de se estabelecer as modalidades de ressalva identificadas no texto normativo, cabendo, então, trazer-se à colação o ensinamento do Procurador do Estado MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO:

"Antes de se adentrar no exame das modalidades de licitação e seu procedimento, por razões didáticas (observando o roteiro que deve seguir o Administrador na fase interna da contratação), cumpre enfatizar quais são as exceções a essa regra geral insculpida no texto constitucional (onde também se admitiu a especificação de ressalvas).

O art. 2º do Estatuto, no uso da competência que lhe confere o artigo 37, XXI c/c 22, XXVII desta Lei Maior, estabelece que a regra geral é que as obras, serviços, compras, concessões e alienações da Administração, quando contratados com terceiros, serão necessariamente procedidos de licitação. Prevê contudo, exceções, que eram, na lição de Hely Lopes Meirelles, de quatro ordens, a saber: licitação dispensada (pela própria lei); licitação dispensável (a lei faculta à autoridade administrativa dispensar a licitação); licitação inexigível (em hipóteses em que não há possibilidade de competição); e licitação vedada (quando houver possibilidade de comprometer-se a segurança nacional) (51). Américo Servídio, fala em "dispensa legal" e "dispensa discricionária" (52). (in *Licitações e Contratos Administrativos*, RJ, Esplanada, 1993, p. 84)

7. Da lição transcrita, pode-se inferir que a propalada norma geral tem a prerrogativa de instituir um elenco de situações de fato, um exame de natureza axiológica, nas quais a afirmação de interesse público possa residir na contratação direta, tornando a licitação dispensada ou dispensável, integrando dessarte a cláusula excepcionadora do art. 37, XXI da Carta de 1988 ("Ressalvadas as hipóteses...")

8. Por outro lado, reprisa o legislador a destinação doutrinária entre a *dispensa* que é meramente volitivo e o *inexigível*, conceito este de ordem fática, ou seja, dá-se quando o procedimento se demonstra inviável, inexecutável ou irrazoável distinguindo-se, também, da primeira modalidade, por sua formulação normativa, apresentada que é (art. 25, da Lei n° 8.666/93) em enumeração exemplificativa, diferindo da taxatividade das hipóteses de dispensa, e aplicando-se sempre que a competição for inviável.

9. A possibilidade de subtração do princípio licitatório, todavia, não se esgota nas formas reportadas. De fato, cuidando-se de instituto tendente a validar a celebração de negócios jurídicos de índole contratual pela Administração Pública, restaria a indagação acerca da qualidade do licitante, que se habilita à contratação, o qual deverá estar fora do âmbito administrativo da pessoa jurídica que se sujeita à norma geral. Tal conclusão, que se reporta à *ontologia* da categoria jurídica enfocada, encontra respaldo nas definições legais trazidas pelo legislador no art. 2º, e seu parágrafo único, da mesma Lei n° 8.666/93, os quais preceituam (*verbis*):

Art. 2º - As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratados com terceiros, serão necessariamente precedidas da licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único: Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação estipulada.

10. Devendo-se notar que a licitação é imposta para a contratação de *terceiros*, os quais serão basicamente particulares, para que a avença se constitua no sentido literal que é emprestada pela lei de regência.

11. Cabível, agora, por isto, deduzir-se o conteúdo jurídico da expressão *terceiros*, substantivo de uso correntio ao Direito correspondendo segundo a versão dicionarizada de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira a:

"S. jur. Pessoa estranha a uma relação ou ordenação jurídica".

(cf. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 2ª ed., 25ª impressão 1986, p. 1.665)

12. Em remissão vernacular que deve ser agregada ao magistério de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, que sintetiza a relação contratual administrativa da seguinte maneira:

"Nem todas as relações jurídicas travadas entre a Administração e terceiros resultam de atos unilaterais. Muitas delas procedem de acordos de vontade entre o Poder Público e terceiros. A estas últimas costuma denominar-se "contratos". (cf. *in Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., SP, Ed. Malheiros, 1993, p. 280).

13. Diante das transcrições efetuadas, torna-se lógico consentir em que a alusão a "terceiros" quer significar pessoa jurídica externa ao âmbito administrativo no qual se irá processar a licitação. Assim, no instante em que a lei condiciona o procedimento ao dizer "quando contratadas com terceiros" (v. art. 2º, transcrito supra), deixa entrever que haverá hipótese em que a relação a ser instaurada se dará na esfera interna da Administração Pública.

14. Tal posicionamento deflui, inclusive, do próprio sistema da Lei nº 8.666/93, que desceu à minúcia de definir Administração Pública (Art. 6º, XI) como "a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas".

15. Esmiuçando, aliás, a referência à Administração Pública identificada no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, disposição esta que contém o enunciado originário do próprio princípio da licitação, inserido, como se disse, em seu inciso XXI. Logo, a abrangência da Administração é fator indissociável da correta interpretação das normas que versem acerca da licitação e contratos administrativos, afirmando-se a exata acepção do substantivo "terceiros".

16. Nessa esteira, cumpre colacionar o esboço ensinamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, na exegese do capítulo constitucional sobre a Administração Pública: (cf. *in Curso de Direito Constitucional Positivo*, 8ª ed., SP, Ed. Malheiros, 1992, p. 559).

"Administração Pública é o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. Essa é uma noção simples de Administração Pública que destaca, em primeiro lugar, que é subordinada ao Poder Político, em segundo lugar, que é meio e, portanto, algo de que se serve para atingir fins definidos e, em terceiro lugar, denota os seus dois aspectos: um conjunto de órgãos a serviço do Poder Político e as operações, as atividades administrativas. O art. 37 da Constituição emprega a expressão Administração Pública nos dois sentidos. Como conjunto orgânico, ao falar em Administração Pública direta, indireta e fundacional dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Como atividade administrativa, quando determina sua submissão aos

princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, da licitação e os de organização do pessoal administrativo".

17. Sublinhando, desse modo, o sentido orgânico da locução, o qual há de remeter compulsoriamente, em homenagem à estrutura peculiar do Estado Federal, à verificação da existência da Administração Pública em cada esfera de governo, resultando daí a conclusão óbvia de que quando a norma geral que integra a Constituição menciona a Administração Pública como promotora da licitação, quer referir-se a cada uma das esferas de governo (União, Estados, Municípios) no exercício da função administrativa que lhe é inerente, como expressão, até, da competência auto-organizativa decorrente.

18. Diante de uma tal evidência, ter-se-á por inequívoca a ilação que elucida o exato sentido da expressão "terceiros": São aquelas personalidades que, sendo potencialmente prestadoras do objeto a ser licitado, estejam situadas juridicamente fora da Administração Pública - federal, estadual ou municipal - que irá instaurar o procedimento.

19. Tal raciocínio, assente-se, já foi explanado em anterior visto exarado por Vossa Excelência no Parecer 36/93-NND, cujo núcleo central rememoro:

"A lei local é que diz o que é e o que não é serviço público de relevante interesse coletivo (art. 173 da Carta Nacional); essa lei é que cria a pessoa jurídica INTEGRADA na administração Indireta e atribui-lhe a prerrogativa de desempenho de tal ou qual serviço para a própria Administração que, assim e ao desassombro, não tem que licitar coisíssima nenhuma, como aliás, de expresso no art. 2º da novel Lei nº 8.666/93 - já que não se pode conceber como "terceiros" a entidade que, criada *pour cause* pela lei, é destinada e integra, em acepção de completude, a MESMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ver art. 6º, inciso XI da recente Lei nº 8.666/93).

Divulgo pois, com sereníssima convicção, que "terceiros" a obrigar o certame são as pessoas jurídicas de direito público não integrantes de Administração de que trate (União, outros Estados, Municípios, Distrito Federal e suas autarquias) e as pessoas jurídicas de direito em geral, aí compreendidas as que integram a Administração da União, dos Municípios e do Distrito Federal, mas, certamente EXCLUÍDAS as que INTEGRAM A ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DO ESTADO contratante licitante".

20. Afastando-se, nesse diapasão, a suposta dificuldade teórica apresentada quanto à contratação direta, em tese, de serviços prestados por entidades que se situem no espectro interno das pessoas jurídicas de direito público, seja na Administração Indireta ou na Administração Fundacional. Resta dizer, pondo cõbro à questão, que o argumento narrado não se afigura antitético no que se relaciona com as modalidades de dispensa de licitação que aproveitam relações jurídicas entre entidades administrativas, posto que essas cláusulas devem ser interpretadas conforme à Constituição - tanto no que respeita à autonomia dos entes federados como na conceituação orgânica de Administração Pública - o que importa na sua aplicação exclusivamente aos terceiros de que trata o art. 2º da legislação de regência.

21. Por isto, e para exemplificar, se o Estado pretender contratar um objeto que seja prestado por sociedade de economia mista federal deverá promover a licitação, em regra, posto que dita empresa é terceiro em relação à sua órbita administrativa. Ao revés, se pretender adquirir um serviço, obra ou fornecimento de uma entidade da Administração Indireta estadual, não estará obrigado ao certame, pois estará diante da pessoa jurídica por ele tutelada, cuja existência depende da manifestação de seu Poder Legislativo, havendo, então, uma relação jurídica intra- orgânica.

22. Tal dizer deriva, aliás, do perfeito entendimento do fenômeno da descentralização estatal, concebido como um movimento "para dentro" da pessoa jurídica de direito público, explicando-se, dessarte, a diferenciação entre a contratação de um ente descentralizado de outra esfera de governo, sujeita a prévia licitação, e a hipótese inversa, tratada neste parecer. Não seria ocioso, nesse teor, pequena digressão doutrinária acerca do fundamento da descentralização, precisamente exposto por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO.

"Descentralizar - a palavra já o indica - é retirar do "centro"; é desentranhar do núcleo. Considera-se como "centro" a pessoa jurídica, uma vez que esta é precisamente um centro subjetivo de direitos e obrigações, de poderes e de deveres. É elemento implícito no conceito de descentralização a circunstância de que seu objeto (isto é, aquilo que é descentralizado) seja pertinente ao "centro", pertença à sua alçada, em suma, incumba-lhe, ou deva lhe incumbir. Com efeito, não teria sentido falar em "descentralização" com respeito a algo que nunca deveu ser considerado como inerente ao centro. Só o que nele está ou estaria é que pode ser dele desentranhado". (cf. in *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 2ª ed., SP, Ed. RT, 1987, p. 7).

23. Fixados esses pressupostos, essenciais para o deslinde, em tese, do tema versado, passa-se à questão concreta proposta, relacionada que está com a licitude de eventual contratação direta da BANERJ Seguros S.A., empresa subsidiária do Banco do Estado do Rio de Janeiro S.A. - BANERJ, de parte de entidades da Administração Pública estadual.

24. De todas as formulações anteriores, exsurge o critério de submissão, ou não, da sociedade em apreço ao conceito de *terceiro*. Vale dizer, portanto, que o que se está a questionar é, puramente, se tal empresa integra a Administração Estadual, ou seja, se corresponde àquela descentralização que já foi objeto de comentário, em item anterior.

25. A BANERJ Seguros, assim considerada em sua configuração de subsidiária do BANERJ, está, indubitavelmente, consoante os seus Estatutos originais, publicados no D. O. de 13 de maio de 1980, sob o controle indireto do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e direito daquela instituição creditícia oficial. Dessa maneira, posicionando-a antes do plano juscomercial, ver-se-á que o efetivo sentido do controle é o de inserção integral numa esfera de poder, o que, mesmo na visão lata do direito privado, estaria a demonstrar a íntima e orgânica relação entre a sociedade e seus controladores, vindo a calhar preciosa lição de FÁBIO KONDER COMPARATO:

"Chegados, assim, por outra via, à confirmação do que afirmamos de início, acerca do controle como poder soberano. Já vimos que essa soberania, na sociedade anônima, não se confunde com o exercício das funções administrativas. O controlador não precisa ser diretor da companhia, e pode mesmo nem ser acionista, como ocorre no controle externo. No âmbito das relações de trabalho na empresa, fora do direito societário, o controle se confunde com o chamado poder diretivo..." (cf. in *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 1ª ed., SP, Ed. RT, 1976, p. 106).

26. Transladando a expressão do controle acionário para o campo epistemológico do direito público, onde à sujeição típica da Lei das S.A. se agregará um outro conceito de controle, praticado externa e internamente, não restará dúvida quanto à inserção da sociedade referida no plano da chamada Administração Indireta, (ou Descentralizada, conforme preconizou HELY LOPES MEIRELLES), sendo utilizável, em hipóteses que tais, a classificação de "sociedades de economia mista de 2º grau", ou 2ª linha.

27. A terminologia referida, largamente utilizada pela doutrina e pela jurisprudência, procura balisar as sociedades comerciais que, estando sob controle estatal, possuem nota distintiva a qual, em uma abordagem perfunctória, dificultaria sua inserção na Administração Pública. Hoje, esse questionamento é de ser inteiramente superado, desde que seja realizado percuente exame da atividade-fim da mesma empresa.

28. Da correlação efetuada entre os nexos principiológicos do direito societário, aplicando-se-lhes, como é irrecusável, os cânones peculiares do direito administrativo, patentear-se-á a dita categorização dessas entidades na Administração Pública Indireta, sendo particularmente interessante a abordagem de SERGIO DE ANDREA FERREIRA, acerca de semelhante indagação:

"Distinguem-se, pois, das chamadas sociedades mistas de segundo grau.

Essas se explicam pelo fato de que, consoante o disposto no art. 5º, III, do Decreto-Lei nº 200/67, os detentores da maioria das ações com direito a voto, na companhia de economia mista, sem que haja a descaracterização dessa, podem ser "entidades da Administração Indireta", com exceção, apenas, da hipótese de a atividade-fim da companhia ser "submetida a regime de monopólio estatal", quando "a maioria acionária caberá apenas à União em caráter permanente" (§ 1º do art. 5º).

Considerando-se que temos sociedades de economia mista, desde que atendidos os requisitos e pressupostos exigidos do Dec.-Lei nº 200/67, será sociedade de economia mista a subsidiária criada por empresa governamental, com base em lei, sob forma de sociedade anônima (especial), uma vez que as ações, com direito a voto, pertençam em sua maioria à entidade criadora, estabelecidas a vinculação, e respeitado o princípio da especialidade, pela entidade criadora, em relação à sociedade criada. A prévia autorização legal (que pode constar da própria lei de criação da entidade ou de diploma ulterior) há de dirigir-se, especificamente, à constituição de companhia mista, com fixação do respectivo objeto e de outros elementos básicos.

Cumpra observar que as empresas públicas podem criar sociedades de economia mista, mas não outras empresas públicas, tendo em vista o disposto no art. 5º do Dec.-Lei nº 200/67.

"As companhias mistas de segundo grau são, tal como suas controladoras, pessoas administrativas, componentes da Administração Indireta, submetendo-se, em consequência, ao estatuto jurídico correspondente." (cf. in *Os Temas Fundamentais do Direito Brasileiro nos Anos 80*, Ed. UERJ, pp. 14/42).

29. Quedando evidenciada a qualidade de ente integrante da Administração Indireta estadual da BANERJ Seguros, nessa ordem de idéias. Acresce, entretanto, que o legislador fluminense teve cautela adicional ao realizar a aludida classificação no art. 8º, da Lei nº 2.207, de 30 de dezembro de 1993, dispondo que:

"Art. 8º. São consideradas de relevante interesse público para o Estado do Rio de Janeiro as atividades-fins desenvolvidas pelas empresas integrantes do grupo BANERJ."

30. Espancando qualquer controvérsia acerca da relevância pública da prestação de serviços de seguros pela subsidiária examinada e as pessoas administrativas do Estado do Rio de Janeiro. De fato, a disposição instituída tem efeito integrador relativamente ao art. 173 da Constituição Federal, que defere ao legislador ordinário o reconhecimento do interesse coletivo, para fins de participação estatal na atividade econômica, fazendo-o destarte:

"Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

31. Salientando-se, em mais uma reafirmação da competência de auto-organização dos Estados Federados, ser a lei aventada pelo Constituinte editada pela entidade interessada na exploração da atividade e, mais, em advertência necessária, haver plena sindicabilidade jurisdicional da efetividade da ocorrência do interesse público, conceito indeterminado que amplia e especializa a noção de interesse coletivo. Em verdade, já alertava WALINE para a adoção, na determinação de um "serviço público econômico", de um critério material, em lugar do formalismo orgânico. (cf. *in Précis de Droit Administratif*, p. 464).

32. De todo modo, embora com a ressalva narrada, a presunção de constitucionalidade dos atos legislativos, imperativo de segurança jurídica do Estado de Direito Democrático, autoriza certamente a aplicação plena do "standard" da Lei Estadual nº 2.207/93, até mesmo porque, em breve apreciação de mérito, as operações de seguro, mormente aquelas que envolvem bens públicos em sentido estrito, têm por escopo a preservação e a recomposição do patrimônio público, permitindo, frise-se, que o Estado - propriamente, ou por suas expressões descentralizadas - possa ressarcir-se de imediato em face de um sinistro qualquer, sem que para isto veja-se compelido a deduzir em juízo essas pretensões, em solução normalmente gravosa para o Erário.

33. Feitas essas considerações, é de concluir-se pela legalidade e constitucionalidade de eventuais contratações diretas feitas pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO ou por suas entidades da Administração Indireta, ou Fundacional, no que concerne à prestação de serviços pela BANERJ Seguros S.A., em entendimento que elevo *sub censura* à discricção de Vossa Excelência.

Respeitosamente

Augusto Henrique P.S. Werneck Martins
Procurador do Estado

VISTO

1. Forme-se processo regular.

2. Estou de inteiro acordo com o bem lançado Parecer nº 04/94- AHPSWM com o qual, mais uma vez o Procurador AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUSA WERNECK MARTINS brinda as letras jurídicas.

3. A Carta de 88 pelo passar a exigir a criação por lei, como condição à integração na Administração Indireta das entidades públicas, não expungiu dessa qualidade as pessoas jurídicas regularmente criadas na forma da Lei anterior ("*lex prospicit, non respicit*" - é o princípio).

A BANERJ SEGUROS S/A integrava a Administração Pública Estadual Indireta, desde a sua criação com o fim específico que lhe reconhece e primazia a lei local: encarregar-se do seguro dos bens públicos da Administração Estadual como um todo.

Não era, nem é TERCEIRO em relação ao Estado: é o próprio Estado em feição empresarial.

Para segurar bens do Estado do Rio de Janeiro, *latu senso*, não está sujeita a concorrência alguma.

Se assim já era, melhor é. Como sublinha o trabalho visado, a *Lei Estadual*, em nítido exercício dos seus poderes autonômicos, pela vontade legislativa unânime do seu povo vem

de considerar de relevante interesse coletivo a atividade desempenhada pela BANERJ SEGUROS S/A que, assim, poderá ser contratada diretamente pelo Estado e órgãos co-irmãos da mesma Administração.

4. Ante a relevância da posição que a matéria assume permito-me sugerir seja dado ao Parecer visado, *caráter normativo* nos termos da lei.

À consideração do Excelentíssimo Senhor Governador por intermédio do ilustre Chefe do seu Gabinete Civil.

Em, 8 de fevereiro de 1994.

Marcus de Moraes
Procurador-Geral do Estado

DESPACHOS DO GOVERNADOR*

Expediente de 02 de fevereiro de 1994

Proc. nº E-14/30.823/94 - PROCURADORIA GERAL DO ESTADO - CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

De acordo. Publique-se na íntegra

Carlos Roberto de Siqueira Castro
Secretário de Estado Chefe do Gabinete Civil

* D.O.R.J., 16.02.94, p. 04