

PARECERES ADMINISTRATIVOS

Parecer nº 02/91, de Nelson Nascimento Diz

Imprensa Oficial do Estado do Rio de Janeiro. Exclusividade de prestação de serviços gráficos aos órgãos estaduais, com dispensa de licitação. Apreciação da constitucionalidade dessa previsão legal.

Senhor Procurador-Geral:

O presente processo é capeado com a indicação de que seu assunto é a edição da Revista nº 44, da Procuradoria Geral do Estado Coerentemente, é aberto (fls. 2) pelo Ofício 14/91 de 24.4.91, da ilustre Procuradora LÚCIA LÉA GUIMARÃES TAVARES, então respondendo pelo expediente do CEJUR, em que se clarifica a hipótese: trata-se de saber se a impressão da Revista da PGE deve obrigatoriamente ser feita na Imprensa Oficial do Estado do Rio de Janeiro (IOERJ), que deteria o monopólio da prestação de serviços gráficos ao Estado, ou se é possível contratar-se (mediante adequada licitação, é lógico) tal serviço com empresas particulares do ramo. A referência à edição do nº 44 da Revista é meramente cronológica, por ser este número, à época, o próximo a ser editado; em verdade, contudo, trata-se de questão permanente, cuja resposta será válida para todos os números futuros dessa publicação e de outras que por esta PGE (e até por outros órgãos do Estado) venham a ser feitas.

Assim sendo, permanece tempestiva a questão, não havendo o processo perdido a sua atualidade.

Desencadeou o expediente da ilustre Procuradora LÚCIA LÉA GUIMARÃES TAVARES, não só, ao que parece, a insatisfação com os serviços prestados pela IOERJ, como - no campo da legalidade - a aprovação do Parecer nº 1.990, do também ilustre colega Procurador HUMBERTO RIBEIRO SOARES, longa e exaustiva manifestação que, tratando de exclusividade atribuída pela legislação estadual ao PRODERJ, concluiu pela insubsistência de tal exclusividade após o advento da Carta federal de 1988.

Contudo, especificamente tratando da competência da IOERJ, tem os o Ofício 12/91 - DFMN, que capeia cópia do Ofício 14/90 - DFMN, em que o insigne Procurador DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO trata da questão com, a meu ver, propriedade irretocável.

A propósito, diz o ilustre Procurador, em trechos-síntese de seu parecer:

"1. O tema é de simples deslinde. Se a IOERJ, como *empresa pública*, tem o "fim específico" de fornecer serviços gráficos para o Estado, ela se enquadra na ressalva do parágrafo único, do art. 23, do D.L. nº 2.300/86, e a licitação é dispensável.

3. Distintamente, se a IOERJ, como nos deixa supor o Tribunal de Contas do Estado, *concorre* com o setor privado em serviços gráficos, ela, obviamente, deixa de apresentar a especificidade exigida naquela ressalva à regra geral da obrigatoriedade da licitação, recaíndo, portanto, sob o corchando do inciso X, do mesmo art. 23, do D.L. n. 2.300/86, que exige licitação, ainda que se trate de paraestatal fornecedora, quando existirem empresas privadas que possam fornecer os mesmos bens.

4. Se essa orientação já era imperativa à luz da Constituição de 1967, por força do princípio contido no seu art. 170, parágrafo 1º, como bem salientou TOSHIO MUKAI, em seu *Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos* (Ed.

Saraiva, 1988, p. 30), por estabelecer a complementaridade do Estado no setor privado nas atividades econômicas, hoje, com a nova Constituição de 1988, além da reedição do mesmo princípio, lido no *caput* do art. 173, o seu parágrafo primeiro contém uma expressa disposição sujeitando a empresa pública *que explore atividade econômica* ao regime jurídico próprio das empresas privadas."

É exatamente esse o meu entendimento.

O art. 22 do Decreto-Lei n. 2.300, de 21.11.86, arrolou os casos de dispensa de licitação. Tal dispositivo foi acrescido, pelo Decreto-Lei n. 2.348/87, de um Parágrafo Único, que abriu exceção à norma consagrada no inciso X do artigo em causa.

Transcrevem-se os dispositivos referidos:

"Art. 22 - É indispensável a licitação:

.....
X - Quando a operação envolver exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, ou entidades paraestatais ou, ainda, aquelas sujeitas ao seu controle majoritário, exceto se houver empresas privadas que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipótese em que todas ficarão sujeitas a licitação;
.....

Parágrafo Único - Não se aplica a exceção prevista no final do item X, deste artigo, no caso de fornecimento de bens ou prestação de serviços à própria Administração Federal, por órgãos que a integrem, ou entidades paraestatais, criadas para esse fim específico, bem assim no caso de fornecimento de bens ou serviços sujeitos a preço fixo ou tarifa, estipulados pelo Poder Público."

Restaria indagar se a norma contida no Parágrafo Único do art. 22 do D.L. n. 2.300/86 é constitucional, em face da Carta de 88.

Comentando a questão, assim leciona TOSHIO MUKAI (*Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos* - 2ª ed., Ed. Saraiva, p. 39-40):

"Como dito, o Decreto-Lei nº 2.348/87 acresceu um parágrafo único ao artigo.

Esse parágrafo diz não se aplicar aquela ressalva da parte final do inciso X, no caso de fornecimento de bens e serviços à própria administração federal, por órgãos que a integrem, ou entidades paraestatais, criadas para esse fim específico, bem assim no caso de fornecimento de bens ou serviços sujeitos a preço fixo ou tarifa, estipulados pelo poder público.

A exceção da parte final do parágrafo está correta, pois mostra que se tratam de serviços e bem considerados serviços públicos comerciais ou industriais. No entanto, a amplitude da redação dada à sua primeira parte poderia até inutilizar a ressalva da parte final do referido inciso X.

Se, ao tempo da Constituição anterior, que somente admitia a participação do Estado na economia em caráter suplementar da iniciativa privada (art. 170, parágrafo 1º), se poderia inquirir de inconstitucional a segunda parte do parágrafo único do art. 22 do Decreto-Lei nº 2.300/86, porque, no caso, como as empresas estatais, então, tinham, como condição de sua atuação, motivo puramente de ordem econômica (só podiam atuar nos vazios deixados pela iniciativa privada), e, por isso, estavam em tudo em situação igual à da empresa privada, sendo, então, necessária a licitação.

Ocorre que a nova Constituição veio alterar profundamente as questões atinentes à Ordem Econômica e o papel do Estado perante ela. E este fato tem reflexo fundamental na interpretação daquele dispositivo do Decreto-Lei nº 2.300/86.

Com efeito, diz o art. 173 da Constituição (que corresponde ao art. 170, e parágrafo 1º da anterior):

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

Portanto, agora o Estado pode explorar atividade, haja ou não empresa privada atuando no setor de que se tratar, desde que exista motivo de segurança nacional (nível federal somente) ou relevante interesse público (níveis federal, estadual, municipal).

O requisito constitucional para que o Estado crie empresas para explorar atividade econômica, que antes era única e exclusivamente de ordem econômica (em caráter suplementar da iniciativa privada), agora é de caráter não-econômico, isto é, os condicionantes são de outra ordem (segurança nacional ou relevante interesse público).

A consequência básica desta alteração é que a empresa estatal que explora atividade econômica, nos termos do art. 173 da Constituição Federal, e a empresa privada não estão mais em situações iguais, daí não se lhes podendo aplicar o parágrafo 1º do art. 173, em termos de igualdade jurídica em todos os sentidos (somente em termos de regimes jurídicos a igualdade persiste).

Daí não se poder invocar, no caso de contratação de empresa estatal pelo Poder Público, para fornecimento de bens e serviços econômicos, e desde que criada para esse fim específico, qualquer igualdade entre aquela e as empresas privadas, posto que as situações em que se encontram são diferentes.

Assim, com a nova disposição constitucional (art. 173), o parágrafo único do art. 22 do Decreto-Lei nº 2.300/86 passou a ser absolutamente constitucional, encontrando-se recepcionado pela nova ordem jurídica.

Observamos que o parágrafo único referido somente se aplica em cada nível de governo, não podendo uma empresa estatal de nível federal, por exemplo, ser contratada com base nessa disposição, por um Estado-Membro ou Município."

Nesta mesma linha, no que toca aos requisitos autorizativos da presença do Estado na atividade econômica é o já citado Parecer HRS/1990, cuja cópia se encontra anexada a este processo.

Creio que a publicação dos atos oficiais, não só do Executivo, como também dos Poderes Legislativo e Judiciário, pode ser considerada serviço público. Neste passo, a IOERJ se justifica como ente prestador de serviço público.

No entanto, ao efetuar trabalhos gráficos outros, cuja natureza não é a de serviço público-fim, mas sim de mero instrumento, ou meio, de que se vale a Administração para a prestação de seus serviços próprios, não age a IOERJ como prestadora de serviço público, mas como entidade prestadora de serviços que podem, igualmente, ser prestados pela iniciativa privada.

Assim agindo, temos que o Estado invadiu campo constitucionalmente reservado à indústria privada? E não sendo essa "invasão" permitida por imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (a meu ver inexistentes, ambos, na hipótese), estaria o Estado atuando em desobediência à Constituição?

Parece-me que não há necessariamente invasão nem desobediência.

O vedar-se ao Estado a exploração de atividade econômica não é sinônimo da impossibilidade do Estado de executar serviços, ou produzir bens, também executados ou produzidos pelos particulares, quando tais serviços ou bens se destinam, unicamente, ao atendimento de suas necessidades, e não a serem ofertados ao mercado, em concorrência com a iniciativa privada.

Assim, não é atividade econômica proibida constitucionalmente ao Estado, o fabricar carteiras escolares, a serem utilizadas na rede oficial de ensino. Será, todavia, atividade econômica vedada ao Estado o produzir carteiras escolares para serem ofertadas ao mercado se este tiver condições de ser regularmente abastecido, a preços justos, pela iniciativa privada.

É com esta interpretação do art. 173 da Carta Federal que vejo compatível o Parágrafo Único do art. 22 do D.L. n. 2.300/86.

Assim, a licitação será dispensável apenas quando a entidade paraestatal, sendo prestadora de serviços ou fornecedora de bens que possam ser prestados ou fornecidos por empresas privadas, houver sido criada para o fim específico de prestá-los ou fornecê-los ao Estado, e a tanto se limitar, não concorrendo no mercado privado.

Aqui, é verdade que cabe certo tempero na afirmação.

Com efeito, se a atividade essencial da entidade paraestatal for a prestação de serviços (ou o fornecimento de bens) ao Estado, mas dispuser a entidade de capacidade ociosa, não me parece que comprometerá o entendimento antes apresentado (que conclui pela dispensa de licitação) o fato de, eventualmente, e em caráter suplementar, prestar a entidade serviços a terceiros.

No entanto, se a atividade de prestação de serviços (ou fornecimento de bens) a terceiros for relevante, de modo a que se não possa caracterizar a entidade como tendo sido constituída com a finalidade de atender ao serviço público, mas sim de também atendê-lo (ainda que, pretensamente, de modo exclusivo), então creio que se terá entidade concorrente com a iniciativa privada, devendo sujeitar-se a tratamento idêntico ao devido a qualquer empresa particular.

No caso concreto, cumpre indagar qual a situação da IOERJ em face da prestação de serviços a terceiros.

O estatuto social da empresa, aprovado pelo Decreto n. 14.496, de 7.3.90, não é suficiente para definir a essencialidade de sua atividade como prestadora de serviços ao Estado, pois embora pretenda lhe assegurar verdadeiro monopólio (veja-se especialmente o art. 45 do seu Estatuto), seu objeto social prevê "a execução de serviços gráficos em geral" e "contratos com entidades (...) privadas" (art. 3º, e seu parágrafo único).

Assim sendo, concluiria: se a IOERJ realiza serviços gráficos somente para a administração estadual, ou, quando menos, se assim faz de maneira essencial, apenas eventualmente, para aproveitamento de capacidade ociosa, prestando serviços a terceiros, sua contratação dispensa procedimento licitatório, e a exclusividade prevista no art. 45 de seu Estatuto é válida; se, ao contrário, dedica-se habitualmente à prestação de serviços gráficos a terceiros, concorrendo com as empresas privadas, contratando com particulares, de forma que até venha a prejudicar a prioridade dos serviços reclamados pelo Estado, então

não está dispensada de licitar e nem é válida a exclusividade prevista no art. 45 de seu Estatuto.

É o que, s.m.j., me cabia na oportunidade dizer.

Nelson Nascimento Diz
Procurador do Estado

VISTO

1. Aprovo o parecer constante do Ofício nº 02/92-NND, de 31.12.91, do Procurador NELSON NASCIMENTO DIZ.

2. Em nosso entendimento e pelo que se conhece das atividades da empresa, a IOERJ realiza serviços gráficos essencialmente para a administração estadual e apenas eventualmente, para aproveitamento da capacidade ociosa, presta serviços a terceiros.

Assim, nos termos das conclusões do mencionado parecer, a contratação da IMPRENSA OFICIAL dispensa procedimento licitatório.

3. Considero, também, em princípio, válida a exclusividade prevista no art. 45 do ESTATUTO da empresa, aprovado pelo Decreto n. 14.496, de 7.3.90. Ressalvo, entretanto, que esta execução privativa pela IOERJ de "todos os serviços gráficos dos órgãos da administração Direta, Fundacional e Indireta do Estado" não decorre de lei, mas de mera norma estatutária.

Ora, o estatuto social contém as "normas pelas quais se regerá a companhia" (Lei das Sociedades por Ações - Lei Federal n. 6.404, de 15.12.76 - art. 83), nas suas relações internas e externas. Os dispositivos estatutários não têm eficácia para determinar normas de conduta de terceiros, salvo no que se referir ao próprio funcionamento interno da empresa.

As normas do art. 45 do ESTATUTO da IOERJ não são próprias de um estatuto social e, para ter eficácia deveriam constar em texto de lei. Trata-se, para usar da terminologia de Pontes de Miranda, de um dispositivo heterotópico: está em local indevido...

Por este motivo, constitui-se em simples recomendação de procedimento administrativo, cuja desobediência não acarreta ilegalidade do ato. Portanto, em casos devidamente justificados, poder-se-á, para a prestação de serviços gráficos de qualquer natureza, instaurar procedimento licitatório, ao qual deverá também ser convocada a IMPRENSA OFICIAL.

4. Dê-se ciência ao CEJUR e encaminhe-se o processo ao Senhor Secretário Chefe do Gabinete Civil, para posterior conhecimento do Senhor Secretário de Estado de Administração.

5. Encaminhe-se cópias do parecer e deste "visto" aos Exmos. Srs. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça, Procuradores- Gerais da Justiça e da Defensoria Pública, e Diretor-Presidente da IOERJ.

Em 21 de janeiro de 1992

Proc nº E - 14/032.431/91

Ricardo Aziz Cretton
Procurador-Geral do Estado