SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — SUBSIDIÁRIA — CONTRATOS

PARECER

I

BRASPETRO OIL SERVICES COMPANY (BRASOIL) é uma sociedade com sede no exterior, com a natureza de subsidiária integral da PETROBRÁS INTERNACIONAL,

a seu turno uma sociedade mista, com sede no Brasil, controlada majoritariamente pela PETROBRÁS, a qual, nos termos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (que revogou e substituiu a Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953) é declaradamente uma sociedade de economia mista, controlada majoritariamente

pela União Federal, por intermédio do Ministério de Minas e Energia (art. 61 da citada lei nº 9.478/97).

O artigo 65 da lei em causa (à semelhança do que dispunham os arts. 2º, nº I e 39 da Lei nº 2.004/53), autoriza a PETROBRÁS a constituir subsidiárias, inclusive especificamente para atender à construção de embarcações destinadas à prática de suas atividades (art. 65 da Lei nº 9.478/97). Tais subsidiárias são autorizadas a associar-se, minoritariamente ou majoritariamente, a outras empresas.

A PETROBRÁS, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, associadas ou não a terceiros, poderá exercer as atividades integrantes de seu objeto social, fora do território nacional, conforme o ditame do art. 61, § 2º da indicada Lei nº 9.478/97.

Diante do exposto, é de se concluir, à toda evidência, que a BRASOIL é uma sociedade de economia mista, indiretamente controlada pela PETROBRÁS, por intermédio da PETROBRÁS INTERNACIONAL.

As decisões no que se refere à gestão da BRASOIL, no campo de suas relações contratuais com terceiros, remontam, em virtude desta participação ascendente e sucessiva, à vontade final e decisiva dos órgãos deliberativos da PETROBRÁS.

A família empresarial assim constituída subordina-se, em suma, ao regime próprio das sociedades de economia mista de âmbito federal, sob o regime jurídico da Lei nº 9.478/97. São pessoas administrativas da administração pública indireta nas quais a finalidade pública se concilia, em termos operacionais, com os modelos empresariais privados.

A nosso juízo, já anteriormente exposto (Direito Administrativo na década de 90. Estudos em homenagem ao Prof. Cretella Júnior — Editora Revista dos Tribunais — 1997 — p. 16) “nas empresas estatais (como tal entendidas as empresas públicas e as sociedades de economia mista) a forma é privada, mas o substrato é público. A personalidade de direito privado e a liberdade de gestão atuam como efeito centrípeto, distanciando-as do controle centralizado. Contudo, a finalidade a que se destinam sob supervisão ministerial, gera

efeito centrífugo que as coloca no âmbito da administração indireta”.

Na definição de Hely Lopes Meirelles, são entidades paraestatais, dispostas “paralelamente ao Estado, ao lado do Estado” (Estudos e Pareceres de Direito Público — volume III, p. 13).

Como dissemos em outra oportunidade, “são entes satélites da administração direta, a cuja supervisão se subordinam e a cujas diretrizes devem acatamento” (Revista de Direito Municipal — 170/225).

A Lei de Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76, art. 235) adverte que a disciplina comercial das companhias de economia mista far-se-á “sem prejuízo das disposições especiais de lei federal”.

A distinção fundamental reside em que “a sociedade privada é voltada para o acionista; a empresa pública e a sociedade de economia mista — devendo também atender ao interesse dos acionistas — são voltadas para o usuário, ou seja para a comunidade (nosso livro “Temas de Direito Público — volume I — p. 691/692)

A qualidade jurídica de empresas estatais está, desde muito, atribuída às sociedades de economia mista assim como às suas subsidiárias, nos expressos termos do Decreto nº 84.128, de 29 de outubro de 1979, art. 2º, nº I.

O Superior Tribunal de Justiça destacou o caráter das sociedades de economia mista como entidades estatais, conforme acórdão no Recurso Especial 84.082/95-1ª Turma, em que assim se manifesta:

“Os princípios constitucionais a que está sujeita a Administração direta e indireta (incluídas as sociedades de economia mista) impõem a submissão da contratação de obras e serviços públicos ao procedimento da licitação, instituto juridicizado como de direito público. Os atos das entidades da Administração (direta ou indireta) constituem atividade de direito público, atos de autoridade sujeitos ao desafio pela via de segurança” (apud Mauro Roberto Gomes de Mattos — Licitação e seus princípios na jurisprudência — Editora Lumen Juris — 1999 — p. 363/364).

Em idêntico sentido o mesmo autor arrola decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região — no MS 232185/96 (ob. cit. p. 393).

O regime de direito público se estende às subsidiárias das sociedades de economia mista, como atesta o art. 37, nº XX, da Constituição Federal, quando as faz depender de autorização legislativa em cada caso.

É mister destacar, a esse propósito, que, tal como sublinhamos em estudo anterior,

“A especificidade de autorização legislativa para a participação de capital público em empresa privada não importa, necessariamente, na indicação expressa de empresa na qual deva ser feito o investimento.

A expressão constitucional “em cada caso” poderá ser entendida como indicativa apenas de área ou atividade específica a ser contemplada”.

(nosso estudo sobre “Regime Jurídico das empresas estatais” — Revista de Direito Administrativo — volume 195 — pág. 6).

E, na hipótese da consulta, como antes referido, o art. 65 da Lei nº 9.478/97 declaradamente adota, entre as atribuições específicas das subsidiárias, a construção de embarcações para transporte de petróleo, ou seja, torna específico o caso autorizativo da criação de subsidiária.

II

Tendo como objeto específico a aquisição de uma plataforma semi-submersível de produção, mediante conversão de uma embarcação existente, a BRASOIL celebrou contrato, em 10 de fevereiro de 1995, precedido de licitação, com a INDÚSTRIA VEROLME-ISHIRÁS (IVI) e com a SADE VIGESA S.A. (SADE), conforme projeto e especificações descritas na respectiva cláusula primeira, a serem executadas pelo rito estipulado na cláusula segunda, definindo-se, na cláusula terceira, os encargos e responsabilidades das contratadas.

A cláusula décima-primeira do contrato permite à BRASOIL solicitar, por escrito, durante a execução dos serviços, alterações que impliquem acréscimo ou decréscimo no esco-

po do contrato, até 25% do correspondente valor inicial, obrigando-se as contratadas à aceitação das alterações.

Em garantia da execução das obrigações contratuais as contratadas se obrigam, ainda, a efetuar contratos de cobertura do valor total do contrato (performance bonds), como prevê a cláusula 15ª.

Foi eleito o foro da cidade do Rio de Janeiro — Brasil, para dirimir questões vinculadas à execução do contrato, com renúncia de qualquer outro (cláusula 16ª).

Mediante Aditivo nº 3, de 3 de fevereiro de 1997, foram acrescidos serviços, em valor pouco acima de 10%, compatível, consequentemente, com a previsão do contrato que estipula o teto de 25% sobre o valor global do contrato (cláusula 11.1.1).

Dando cumprimento à estipulação contratual acima indicada, as contratadas (IVI e SADE) celebraram, no exterior, com assistência da BRASOIL, contratos (performance bonds) com empresas financeiras para cobertura do preço final dos serviços pactuados.

III

A consulta, relacionada com o contrato acima qualificado, tem como finalidade essencial definir a vinculação da matéria às normas consubstanciadas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e suas alterações, especialmente no que se refere à natureza e a forma dos contratos de que participem entes da administração pública indireta, notadamente as sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

Em atenção às indagações nela formuladas, passamos a responder aos quesitos propostos.

Primeiro quesito: “A Lei nº 8.666, no seu art. 1º, parágrafo único, dispõe que ao regime da lei se subordinam a todas as “entidades controladas direta ou indiretamente pela União”.

Sendo assim, tal norma se aplica à Braspetro Oil Services Company — Brasoil, sediada nas Cayman Islands, que é inteiramente controlada (subsidiária integral) pela Petrobrás Internacional — Braspetro, sociedade de economia mista sediada no Brasil que por sua vez

é controlada pela Petrobrás, também sociedade de economia mista, majoritariamente controlada pela União?”

Resposta: Como acentuamos no item inicial do presente parecer, a BRASOIL tem a natureza jurídica de uma sociedade de economia mista na medida em que dela participa, como controladora integral, outra sociedade de economia mista com sede no Brasil que, a seu turno, tem como controladora majoritária a PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. — PETROBRÁS, declaradamente sociedade de economia mista, dedicada à exploração da indústria do petróleo e de gás natural, nos termos do art. 61, da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, antecedida pela Lei nº 2.004, de 8 de outubro de 1953.

Esta última lei, declarando o então monopólio da União sobre a pesquisa e a lavra de jazidas de petróleo, explicitamente atribuiu-lhe o exercício “por meio da sociedade por ações PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. e das suas subsidiárias, constituídas na forma da presente Lei, como órgãos de execução” (art. 2º, nº II).

Em trabalho especial sobre “A natureza jurídica de subsidiária de sociedade de economia mista”, WALTER DOUGLAS STUBER encontra fundamento no preceito em causa para aplicar à Petróleo Química S.A. (PETROQUISA) a natureza de sociedade de economia mista de segundo grau (Revista de Direito Administrativo, volume 150, p. 30). É o símile da criação da BRASOIL, calcada em igual regra legal.

Todas as sociedades postas em colação no quesito têm a mesma finalidade legal, a saber, servem de instrumento à atividade petrolífera.

A sociedade matriz — PETROBRÁS — está distribuída, em termos operacionais, em subsidiárias sucessivas (PETRÓLEO INTERNACIONAL e BRASOIL) que conservam a mesma finalidade de agentes, em nível paraestatal, como uma típica presença da União no campo da atividade econômica. São, em seu conjunto, uma unidade de intervenção federal no domínio econômico, como expressão da política energética nacional.

A forma de sociedade por ações, segundo o modelo privado, não lhes desqualifica a subs-

tância e a essencialidade de seu objeto que se caracteriza pela presença do Estado como administrador, para um fim específico e declarado em lei, aplicando e gerindo majoritariamente recursos públicos em benefício direto da comunidade e do interesse coletivo especial.

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.201, em 19 de setembro de 1979, acolheu a tese esposada pelo Relator, Ministro Leitão de Abreu, com apoio em parecer do Consultor Geral da República, no qual se sustenta que

“sociedade de economia mista será não somente aquela criada pela União, em virtude de lei especial, com a detenção do controle acionário; sê-lo-á, igualmente, a que vier a ser instituída, por entidade da Administração Indireta (autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista) em face de autorização legislativa pertinente que poderá constar da própria lei institucional e não, necessariamente, de lei casuística, assegurado sempre o controle acionário por parte da entidade instituidora. Logo, as sociedades filiais, satélites ou subsidiárias, criadas, em tais pressupostos, pelas sociedades de economia mista matrizes, são, iniludivelmente, sociedades de economia mista, ditas de segundo grau, material e formalmente integrantes da Administração indireta” (Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nº 100, pág. 83).

Respondemos, assim, afirmativamente, à pergunta no sentido de que a BRASOIL é uma sociedade de economia mista e, como tal, sujeita ao regime da Lei nº 8.666 e suas alterações.

Ademais, como já indicamos, a lei reguladora da PETROBRÁS (art. 61, § 2º da Lei nº 9.478/97) expressamente admite a extraterritorialidade de sua função que, no caso, é exercida pela BRASOIL, fora do território nacional.

Segundo quesito: “A Lei nº 8.666, no seu art. 2º, parágrafo único, dispõe que “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 a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Portanto, tal significa que o disposto no respectivo art. 60, parágrafo único, se aplica a todos os contratos firmados pelas entidades reguladas pela Lei nº 8.666 e empresas privadas?”

Resposta — O art. 60 da Lei nº 8.666 torna indispensável a forma escrita dos contratos e seus aditamentos a se traduzir em requisitos expressos, cuja inobservância vicia-lhes a legalidade; como ali enumerado, necessariamente deverão ser lavrados nas repartições interessadas que deles manterão registro sistemático e conservarão em arquivo cronológico os seus autógrafos. Ademais, se cuidarem de direito real sobre imóveis exigir-se-á o instrumento público lavrado em cartório de notas.

Este é o modelo legal obrigatório para que o acordo de vontades referido no parágrafo único do art. 2º da lei se possa qualificar como contrato.

A Administração Pública é regida tanto pelo princípio da publicidade (a que faz alusão o art. 1º da Lei nº 8.666) como pelos demais que se inserem no art. 37 da Constituição federal, aditado pela Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98.

O controle administrativo e judicial da legalidade, da moralidade e da eficiência, a par da repressão de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º) toma fundamental que os contratos sejam pactuados e registrados por escrito, de modo a permitir-lhes o acesso não somente à substância como à forma das manifestações administrativas.

Daí a interdição aos acordos implícitos de vontade como aos contratos verbais, ressalvada a hipótese excepcionalmente admitida no parágrafo único do art. 60 da lei nº 8.666, na qual o limite ínfimo de valor como a reduzida expressão dos bens de uso comum abonam o procedimento verbal da aquisição. É exceção específica e restrita que não anula a regra geral da publicidade escrita.

Em livro fundamental ao entendimento da Lei de Licitações e Contratos, JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, atesta a exigibilidade do modelo contratual:

“Do parágrafo infere-se que a Lei nº 8.666/93 impõe que todos os contratos da Administração sejam escritos, admitindo exceção isolada e de contorno restrito: o contrato verbal para pequenas compras de pronto pagamento, feitas em regime de adiantamento.

A exceção prende-se a três condições:

(a) ter por objeto compra (não será possível estender a exceção a aquisição de obra ou serviço de engenharia ainda que de pequeno valor);

(b) de pequeno valor (aquele que se contiver em até 5% sobre o valor que delimita o cabimento da tomada de preços);

(c) o pagamento imediato em regime de adiantamento — suprimento (modo de realização de despesa sujeito a limite de valor e vinculado a finalidades específicas, com prazo certo de aplicação e exigente de prestação de contas pelo servidor que receber o numerário), que não se confunde com antecipação de pagamento”.

(Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública — 4ª edição — Editora Renovar — 1997 — pág. 422.

O princípio da exceção em causa tem, aliás, como literal antecedente, preceito de idêntico conteúdo e redação na anterior lei de licitações e contratos administrativos (art. 50 do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986).

A explícita exigência de formalidade instrumental própria para a validade dos contratos administrativos, de modo a permitir-lhes a adequada publicidade e conhecimento público, repele a legitimidade de acordos de vontade de caráter meramente epistolar que lhes desnature a precisa comutatividade.

A correspondência trocada entre as partes não atende ao princípio da publicidade no sentido de que são atos internos das empresas, subtraídos ao livre conhecimento público e ao conseqüente controle de legalidade.

Tão rigorosa é a imposição legal de que todos os acordos de vontade da Administração tenham necessariamente forma escrita (salvo — acentue-se novamente — a estrita hipótese do parágrafo único do art. 60) que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União declara que

“prorrogação tácita de contrato administrativo equivalendo a contrato verbal é nula de pleno direito” (acórdão do Tribunal de Contas da União no processo nº 700.157/95 — Revista de Direito Administrativo — volume 201, pág. 307 a 311, especialmente pág. 309).

Terceiro quesito — Os Aditivos 1, 2 e 3 celebrados entre a BRASOIL e as contratadas (IVI e SADE), estipulando alterações de obrigações em aditamento ao contrato básico, satisfazem às formalidades presentes no art. 60 da lei nº 8.666?

Resposta — O aditamento ou alteração de cláusula contratuais, objeto dos mencionados Aditivos, são legítimos e válidos pela observância objetiva do procedimento escrito, bem como pelo respeito ao limite máximo de elevação do preço dos serviços contratados (cláusula 11.1.1).

São aditamentos que passam a integrar o contrato na medida em que se identificam com igual formalismo e expressa subscrição pelas partes contratantes.

Não alteram a substância bilateral própria do contrato em que a reciprocidade de obrigações entre as partes ao mesmo tempo as opõem quanto aos deveres e se integram quanto ao objeto.

E mister, em suma, não confundir a natureza contratual, que subsiste, com a pretendida alegação de que deles terá nascido uma novação e, menos ainda, um consórcio entre as partes.

A novação se caracteriza pela extinção do contrato original e a substituição de seu objeto.

A seu turno, o consórcio é a associação de partes que se unem de um mesmo lado, em oposição ao sentido antagônico entre as obrigações, que marca a tipicidade dos contratos.

No caso da consulta não se operaram quaisquer destas modalidades de institutos jurídicos.

Subsiste o contrato original, apenas aditado em termos e limites compatíveis com o seu objeto, que não se alterou.

Ademais, foram observados os princípios de publicidade e eficiência probatória, inexistindo nos Aditivos qualquer sentido implícito, ou presumido, de modificação do teor ou do procedimento de execução do contrato.

Quarto quesito — Diante do disposto no art. 60, parágrafo único da Lei nº 8.666, que veda contratos verbais com a Administração, salvo na hipótese nele prevista, seria possível à BRASOIL ou à PETROBRÁS constituir uma sociedade de fato ou implícita com uma empresa privada?

Resposta — Ratificando a resposta oferecida a quesito anterior, cumpre nos destacar que à PETROBRÁS, como a qualquer de suas subsidiárias, é vedado constituir outra relação jurídica marginal com qualquer das contratadas, sobre o mesmo objeto.

De nenhum modo, portanto, poder-se-á entender como sociedade de fato ou associação implícita seja os explícitos aditivos do contrato, seja qualquer iniciativa ou ato de colaboração informal que vise a esclarecer ou tornar mais nítida a execução do contrato.

O concurso material que, de algum modo ou a qualquer momento, a PETROBRÁS ou suas subsidiárias tenham prestado ou venham a prestar às contratadas, não se reveste do aspecto de uma nova relação societária de fato ou de direito.

Quinto quesito — A obrigatoria observância da Lei 8.666 se aplica a todos os contratos elaborados por sociedade de economia mista e suas subsidiárias?

Resposta — As empresas estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias), como entidades da administração indireta, representam um processo de descentralização administrativa na execução de serviços públicos.

Mantêm, tal como os órgãos da administração direta, a finalidade social de servir à comunidade, mas operam com maior liberdade operativa, que é a motivação da desburocratização.

Nesse sentido, o art. 173 da Constituição, ao mesmo tempo em que reafirma-lhes a formação social e a submissão ao controle função da sociedade (item I), faculta-lhes o acesso ao regime jurídico próprio das empresas privadas (item II).

Os dois preceitos e seus objetivos devem ser entendidos harmonicamente.

As empresas estatais conservam em sua *atividade-fim* a publicização que é caracte-

rística da ação do Estado em benefício da comunidade.

Como prestadoras de serviço são um prolongamento do Estado (daí a qualificação de entidades paraestatais) na prestação do serviço público, que lhes é delegado, os contratos que venha a celebrar com os respectivos usuários ou consumidores, não estão sujeitos ao regime de licitações, à semelhança de que ocorre com os órgãos da administração direta, no atendimento ao público consumidor.

A obrigatoriedade da licitação prévia se dirige às *atividades-meio*, ou seja a captação do concurso de terceiros para a execução dos serviços que lhe são delegados. Em tais relações contratuais as empresas estatais são, em verdade, *receptoras* — e não prestadoras de serviço.

Nessa hipótese, a empresa pública e a sociedade de economia mista buscam, no processo licitatório, a escolha da melhor proposta pelo menor custo e a vedação de favorecimentos discriminatórios, à luz os princípios básicos da eficiência, moralidade e impessoalidade, impostos tanto a administração direta como à indireta (art. 37 da Constituição), bem como à regra da moralidade operacional.

Diversamente, como prestadora de serviços aos usuários, a empresa exploradora de atividade econômica se orienta no sentido da conquista de maior mercado e do melhor lucro.

Em síntese, em cumprimento da atividade fim, como prestadoras do específico serviço público, que lhes é atribuído pela lei, as sociedades de economia mista (e as subsidiárias que são seus braços executivos) gozam de li-

berdade de contratar, sem sujeição ao procedimento estabelecido na Lei nº 8.666/93.

As obras e serviços sujeitos ao processo licitatório, por força do parágrafo único do art. 1º da mencionada lei são aqueles de que se valem como *meios* de se habilitar à consecução de seus fins, como delegatárias de serviço público.

Em sua simplicidade, é oportuno trazer à colação o depoimento ilustrativo de ADILSON ABREU DALLARI:

“A licitação está para os contratos assim como o concurso público está para as pessoas. Quando a Administração Pública precisa de gente para seus quadros funcionais, faz um concurso público, ou seja, adota um procedimento administrativo tendente à seleção de pessoas que depois serão nomeadas. Quando a Administração Pública precisa de bens, de serviços, da realização de obras, faz uma licitação para selecionar alguém com quem, posteriormente, irá contratar”.

(Aspectos jurídicos da licitação — Editora Saraiva — 4ª edição — 1997 — p. 18).

Os contratos que a PETROBRÁS ou suas subsidiárias, venham a celebrar para o fornecimento aos usuários de serviços próprios de seu objeto social, não são, em suma, contratos administrativos submetidos ao procedimento licitatório.

Em verdade, correspondem a deveres que a lei lhes atribui como braços operacionais do Estado, para bem servir à comunidade.

Este é nosso entendimento sobre a matéria da consulta.

Rio de Janeiro, 18 de julho de 2000
CAIO TÁCITO