LICITAÇÃO — SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

— A sociedade de economia mista não está obrigada a fazer licitação nos termos do Decreto-lei nº 200, de 1967.

— As entidades paraestatais podem ter um sistema próprio e interno de seleção de contratantes.

PARECER

I

A Diretoria da DERSA — Desenvolvimento Rodoviário S.A. expõe que instaurou licitações para a construção de obras de engenharia no Trecho Serra — Pistas Descendente e Reversível da Rodovia dos Imigrantes, de acordo com os projetos, especificações e normas gerais estabelecidas de modo idêntico nos respectivos editais, de números 06/74 a 10/74.

Nessas licitações participaram várias empresas construtoras, sendo a ECISA — Engenharia, Comércio e Indústria S.A. considerada inabilitada e, por isso, interpôs recurso no dia seguinte da decisão, a qual foi confirmada pela Diretoria e, no dia imediato, a mesma firma apresentou nova impugnação ao julgamento, insistindo na sua qualificação mediante reconsideração do despacho anterior.

As propostas das empresas habilitadas foram abertas e estão sendo examinadas, permanecendo fechada a da recorrente, no aguardo de decisão final da Diretoria em face do protesto da ECISA, consignado na ata de abertura das outras propostas.

Havendo dúvida sobre a possibilidade legal de a Diretoria reapreciar a sua decisão anterior, confirmatória da inabilitação da recorrente, quando já estão abertos os envelopes das propostas dos demais participantes das licitações, a Diretoria da DERSA consulta-nos o seguinte:

1º) A DERSA está sujeita ao regime das licitações estabelecido pelo Decreto-lei nº 200/67 ou pela Lei estadual nº 89/72?

2º) As licitações realizadas pela DERSA através dos editais de números 06/74 a 10/74 se enquadram em qualquer das modalidades definidas na legislação federal ou estadual?

3º) Diante da natureza jurídica da DERSA e da situação exposta nesta Consulta, a sua Diretoria pode reconsiderar o despacho anterior e qualificar a recorrente, mesmo após a abertura das propostas dos demais participantes das licitações e, subseqüentemente, apreciar esta proposta em confronto com as outras para a classificação final?

As respostas aos quesitos exigem considerações prévias sobre a situação da DERSA, como sociedade por ações de capital estatal majoritário, em face do regime de licitações das entidades públicas, bem como sobre o sistema por ela adotado para a seleção de seus contratantes, a fim de equacionarmos a posição dos proponentes diante de seus editais e indicarmos a solução jurídica viável para o caso.

É o que faremos a seguir.

II

O REGIME DAS LICITAÇÕES NÃO ABRANGE AS SOCIEDADES POR AÇÕES EM QUE O ESTADO É MAJORITÁRIO

1. É hoje ponto pacífico que o regime das licitações instituído pelo Decreto-lei federal nº 200/67, e seguido pelos estados e municípios por determinação da Lei federal nº 5 456/68, não abrange as entidades paraestatais, isto é, as empresas públicas, as sociedades por ações em que o Poder Público é majoritário, as fundações governamentais e os serviços sociais autônomos. Essa orientação se firmou diante do disposto no artigo 125 do citado Decreto-lei nº 200/67 que, ao dispor sobre o novo sistema licitatório, só o impôs "na Administração Direta e nas autarquias".

2. E compreende-se que assim seja porque a Constituição da República, ao permitir que o Estado organize e explore atividades econômicas em caráter suplementar da iniciativa privada, declarou que as suas organizações, notadamente "as empresas públicas e as sociedades de economia mista, reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações (art. 170, §§ 1º e 2º). Com isto o legislador constitucional nivelou deliberadamente os estabelecimentos empresariais do Estado aos particulares, para que tivessem a mesma liberdade de ação e a mesma flexibilidade operacional das organizações congêneres da iniciativa privada.

3. Atenta a essa realidade, a Lei paulista nº 10 395/70, agora substituída pela Lei nº 89/72, liberou as entidades paraestatais de licitação para seus contratos, possibilitando-lhes, entretanto, que adotem esse procedimento administrativo "sempre que possível e conveniente", "caso em que declararão nos seus editais e convites essa circunstância" (art. 80).

4. Com normas tão claras a respeito, puderam a doutrina e jurisprudência fixar-se no entendimento dominante de que tais entidades, embora organizadas pelo Estado, não se sujeitam às regras rígidas da licitação estatal para seus contratos,

sendo-lhes lícito adotar sistemas próprios de seleção de contratantes ou mesmo efetuar contratações diretas com empresas ou pessoas escolhidas para suas obras, serviços ou fornecimentos.

5. Nesse sentido já nos manifestamos em estudos e pareceres anteriores, desde a vigência do Decreto-lei 200/67 e, especialmente diante da Lei paulista correspondente à norma federal que propiciou a mesma liberdade contratual para as suas empresas públicas e sociedades de economia mista. A propósito escrevemos o que ora nos permitimos repetir:

"A licitação, em princípio, é obrigatória para as entidades públicas (*estatais e autárquicas*), não o sendo para as entidades privadas (*paraestatais*: sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações instituídas pelo Poder Público e serviços sociais autônomos). E justifica-se essa diversidade de tratamento porque as pessoas jurídicas de direito público estão sujeitas a normas de operatividade mais rígidas do que as pessoas jurídicas de direito privado, embora a serviço do Poder Público. Não se pode confundir a União, os Estados, os Municípios e suas autarquias com as demais entidades que prestam serviços públicos ou realizam atividades de interesse público, mas em regime de direito privado (civil ou comercial). Para aquelas a licitação é obrigatória; para estas é facultativa" (cf. nosso *Licitação e contrato administrativo*. 1973. p. 37 e, também, em pareceres para o METRÔ e para a EMURB). Do mesmo entender são Marcello da Silva (in *Contratações administrativas*. 1971. p. 10 e 167), Caio Tácito (in *Rev. Dir. Adm.*, v. 113/350), Cyl Paranhos de Lima (in *Rev. Proc. Ger. do RS*, v. 3/141), Vicente Rao (in Parecer ao METRÔ, de 12.1.1972) e Orlando Carlos Gandolfo (in *Rev. Tribs.*, v. 436/49 e *Rev. Proc Ger. Est. SP*, v. 5/87).

6. Fiel a essa doutrina, o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que não é obrigatória a concorrência para as contratações realizadas por sociedades de economia mista, em conhecido caso do METRÔ de São Paulo, expressando-se nestes termos:

"A Cia. do Metropolitano de São Paulo, como sociedade mista e pertencente à administração indireta, não está obrigada a fazer licitação nos termos do Decreto-lei nº 200/67" (*Rev. Tribs.*, v. 441/130).

7. Idêntica é a situação da Consulente — DERSA — que é uma sociedade por ações, com participação majoritária do Estado, conforme consta de sua lei instituidora (Decreto-lei nº 5/69, alterado pela Lei nº 95/72), de seus Estatutos (consolidados em 13.3.74 e arquivados na Junta Comercial do Estado em 23.3.74, sob o número 533 245) e da discriminação de suas atividades (Decreto de 18.9.69 e outros).

III

NATUREZA DAS "LICITAÇÕES" DA DERSA

8. As denominadas "licitações" da DERSA, consubstanciadas nos editais 06/74 a 10/74, que instruem esta Consulta, na realidade não têm a natureza administrativa das licitações estabelecidas no Decreto-lei nº 200/67 nem na Lei paulista nº 89/72 para as entidades estatais e autárquicas. Tais "licitações" são meros procedimentos seletivos de contratantes, *próprios da DERSA*, sem correspondência com o procedimento licitatório brasileiro, instituído padronizadamente para todas as entidades públicas, e com tramitação formal, rigida e vinculante, para as partes, em cada fase procedimental.

9. Tanto isto é exato que os editais em exame não indicam a modalidade de licitação em realização, quando é sabido que na técnica administrativa atual a palavra licitação expressa o gênero seletivo, do qual são espécies a *concorrência,* a *tomada de preços* e o *convite.* Portanto, nenhum órgão ou entidade pública promove genericamente *licitação,* mas sim, especificamente, *uma concorrência, uma tomada de preços* ou *um convite,* para a contratação desejada, mesmo porque não há um procedimento único para toda contratação, mas sim procedimentos especiais para cada contrato, segundo o seu valor. Só esta consideração bastaria para demonstrar que os editais em causa não configuram qualquer modalidade de licitação estabelecida na legislação vigente: o que eles contêm são critérios próprios da DERSA para a escolha do melhor interessado na execução das obras especificadas, sem se aterem ao rigorismo das normas de qualquer das modalidades de licitação impostas às entidades públicas.

10. Desde que a DERSA não se ateve a qualquer modalidade de licitação, não se pode dizer que está realizando uma concorrência, ou uma tomada de preços ou um convite, em moldes administrativos. Seu procedimento seletivo é próprio e peculiar de uma empresa privada, de atividade econômica permitida pela Constituição da República para complementar a iniciativa particular (art. 170, §§ 1º e 2º). Diante dessa liberdade de atuação empresarial, a DERSA criou um *procedimento seletivo próprio,* inominado, mas por ela chamado impropriamente "licitação", o que propicia confusão com a *licitação* propriamente dita, ou seja, com o procedimento administrativo vinculado aos termos da legislação pertinente.

11. Diante desse procedimento seletivo próprio, a escolha do melhor proponente não se subordina aos rigorismos da legislação licitatória federal ou estadual, nem a tramitação dessa seleção de contratantes se fraciona em fases estanques e preclusivas como as da licitação das entidades públicas. Trata-se de um procedimento interno, só subordinado às disposições do edital que ela elabora com muito mais liberdade que os entes estatais, pois não está sujeita ao formalismo imposto à Administração Direta e aos seus desmembramentos autárquicos. Nesse procedimento interno a DERSA só fica adstrita aos mandamentos gerais da Constituição e da legislação privada (civil e comercial) que lhe é aplicável, e aos preceitos específicos de suas normas instituidoras e de seu Estatuto. No mais, tem plena liberdade de ação, como as outras organizações empresariais.

12. O procedimento seletivo em exame pautou a conduta da DERSA aos itens do seu edital e, dentre eles, não se encontra nenhum que estabeleça a preclusão das fases anteriores pela não interposição de recursos ou pela superação da fase seguinte, até porque o edital é omisso a respeito de recursos.

IV

OS RECURSOS APRESENTADOS PELA PROPONENTE DESQUALIFICADA

13. Mesmo com essa omissão do edital, a proponente desqualificada apresentou recurso hierárquico para a Diretoria da DERSA contra a sua inabilitação, recurso esse que foi conhecido e desprovido, conforme consta da ata de 5.12.1974 e comunicação epistolar datada do dia seguinte. Neste mesmo dia — 6.12 — foram abertas as propostas dos demais proponentes e ato contínuo a ECISA in-

gressou com protesto contra o desprovimento do seu recurso, para reapreciação pela Diretoria, o que equivale a pedido de reconsideração, conforme se vê da respectiva ata, embora formulado em termos imprecisos quanto ao seu objetivo.

14. Mas o indubitável é que a DERSA, ainda que não prevendo recursos de suas decisões, nem estabelecendo tramitação e prazos para esses apelos, os recebeu da empresa inabilitada — e agiu bem em recebê-los porque as decisões irrecorríveis são contra a índole do direito — e desde que recebidos merecem apreciação e julgamento pela Diretoria.

15. Outra observação que se impõe é a de que os recursos hierárquicos, em regra, não têm efeito suspensivo, mas apenas devolutivo. O efeito suspensivo depende de norma a respeito (cf. nosso *Direito administrativo brasileiro.* 1966. p. 85: e, no mesmo sentido, os seguintes julgados: TJSP, *Rev. Tribs.*, v. 318/241 e 1º TA-CIVIL-SP, *Rev. Dir. Adm.*, v. 83/258) ou de despacho que o admita expessamente ao conhecer do recurso na omissão da norma. Daí porque a DERSA agiu corretamente quando suspendeu o julgamento da sua seleção de proponentes ao receber o primeiro apelo e não o fez quando da apresentação do segundo, sob a forma de pedido de reconsideração, certamente para não retardar a apreciação das propostas não impugnadas, tanto mais que o pedido de reconsideração, já é um *recurso de recurso,* que, normalmente, não justifica o efeito suspensivo.

16. Mas, a apresentação desse *pedido de reconsideração,* embora com denominação imprópria de *protesto* consignado em ata, tem duas conseqüências inafastáveis: o impedimento de eventual preclusão da fase de qualificação (que já vimos não ocorrer no caso, por não se tratar de concorrência formal) e a obrigatoriedade de nova decisão da Diretoria sobre a matéria impugnada (inabilitação da recorrente). Com efeito, todo recurso, uma vez interposto, merece julgamento da autoridade ou órgão a que é dirigido, seja para não conhecê-lo, seja para conhecê-lo e negar-lhe provimento, seja para provê-lo quanto ao seu mérito.

17. O fato de já terem sido abertas as propostas dos demais participantes do certame, sobre as quais não havia qualquer impugnação, não impede se julgue o pedido de reconsideração da recorrente como for de direito e, se provido, lícita é a apreciação de sua proposta, em confronto com as outras, para a classificação final do vencedor, nos termos dos editais respectivos. Esse retardamento na apreciação de sua proposta, em razão de recurso recebido sem efeito suspensivo, não desnaturaria a seleção de proponentes instaurada pela DERSA em forma própria e sem qualquer vinculação com a licitação administrativa das entidades públicas, nem lesa direitos subjetivos dos demais proponentes, porque suas ofertas não serão alteradas, nem prejudicadas pelo confronto com a do recorrente que tiver o seu recurso provido quanto à fase inicial da habilitação.

18. E pode a DERSA conhecer e prover o pedido de reconsideração, mesmo depois de abertos os envelopes de propostas dos demais proponentes, porque as suas "licitações" ainda não estão concluídas, pois só terminarão com a *homologação da adjudicação* das obras, conforme se depreende dos itens 6.1 dos respectivos editais. Enquanto não houver *homologação* do julgamento das propostas pela Diretoria, lícito lhe é reexaminar qualquer decisão anterior, mediante recurso ou *ex-officio,* pois a função homologatória é,

precisamente, de *controle* do órgão superior sobre os inferiores e, conseqüentemente, nessa função está implícito o poder de revisão hierárquico que a Diretoria exerce sobre a atividade de seus departamentos, comissões ou empregados da empresa.

19. O que se impõe, em tal hipótese, se o recurso for provido para considerar-se qualificada a recorrente (ECISA), é a convocação das demais proponentes para assistirem à abertura dessa proposta, em ato público, possibilitando a todos que a examinem e rubriquem, podendo oferecer as impugnações e recursos cabíveis, para oportuno julgamento. Assim, ficará preservada a publicidade do ato da abertura da proposta, à semelhança do que fora feito com as outras, em tratamento igualitário e de todos os proponentes, no desenvolver do procedimento seletivo estabelecido pela DERSA.

V

RESPOSTAS AOS QUESITOS

20. Examinados os aspectos fáticos e jurídicos da Consulta, à luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência pertinentes, com base nos documentos que a instruem, passamos a responder sinteticamente aos quesitos, na seguinte conformidade:

Ao 1º quesito

Não. A DERSA, como entidade paraestatal — sociedade por ações com controle acionário do Estado — não está sujeita, para suas contratações, a qualquer das modalidades de licitação estabelecidas pelo Decreto-lei nº 200/67 ou pela Lei estadual 89/72, podendo selecionar seus proponentes por sistema próprio e compatível com sua atividade empresarial, desde que não contrarie mandamento constitucional ou disposição legal do direito privado que lhe seja aplicável, e observe ao seu edital.

Ao 2º quesito

Não. As denominadas "licitações" realizadas pela DERSA, de acordo com os editais 06/74 a 10/74, não se identificam com qualquer das modalidades administrativas de licitação, regida pela legislação federal ou estadual, constituindo um sistema próprio de seleção de contratantes para suas obras e serviços, à semelhança do que fazem as demais entidades paraestatais e as congêneres empresas particulares.

Ao 3º quesito

Sim. Diante da situação empresarial da DERSA e dos termos dos editais 06/74 a 10/74, sua Diretoria pode, a qualquer tempo, antes da homologação da classificação das propostas, reconsiderar a decisão de inabilitação da recorrente (ECISA), mesmo depois de abertas as propostas das demais proponentes, e apreciar a proposta daquela recorrente, sem ofensa a direito subjetivo das outras participantes do certame, desde que o faça em ato público, conforme o recomendado neste parecer. Isto porque o seu sistema de seleção de contratantes, consubstanciado nos editais examinados, não é rígido nem formal como o da concorrência das entidades públicas. O essencial é que a habilitação da proponente preceda a abertura pública de *sua* proposta, comunicada com antecedência aos demais participantes do certame, para que a presenciem, se o desejarem.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

São Paulo, 14 de janeiro de 1975.

Hely Lopes Meirelles. Advogado em São Paulo.