RESSEGUROS — COLOCAÇÃO NO EXTERIOR — DISPENSA DE LICITAÇÃO

PARECER

I

Consulta

O Conselho Fiscal do Instituto de Resseguros do Brasil, em ofício nº 41/93, de 16 de setembro de 1993, solicitou à Presidência da instituição fosse realizado estudo sobre o alcance de dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 "no que toca aos contratos de colocação no exterior".

Renovou a indagação em novo expediente — ofício nº 61/93, de 2 de dezembro de 1993 — em face do advento da Resolução nº 40/93, de 9 de novembro de 1993, que regulamentou o assunto.

Com respeito à matéria é solicitado nosso parecer.

II

As Operações Externas do I.R.B.

O Instituto de Resseguros do Brasil foi criado pelo Decreto-lei nº 1.186, de 3 de abril de 1939, tendo "por objeto regular os resseguros no país e desenvolver as operações de seguros em geral" (art. 3º).

As sociedades seguradoras ficaram "obrigadas a ressegurar no Instituto as responsabilidades excedentes de sua retenção própria em cada risco isolado" (art. 20), podendo o Instituto, a seu turno, como retrocedente, redistribuir as responsabilidades excedentes de seus limites, "colocando no exterior a parte que não encontrar cobertura no país" (art. 21, § 1º).

O Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que tratou do Sistema Nacional de Seguros Privados, dedicou capítulo especial ao Instituto de Resseguros do Brasil (Capítulo VI).

Definiu o Instituto como sociedade de economia mista, assegurando-lhe autonomia administrativa e financeira (art. 41), e especificou como sua finalidade "regular o cosseguro, o resseguro e a retrocessão, bem como promover o desenvolvimento das operações de seguro, segundo as diretrizes do CNPS" (art. 42).

Ao IAB compete, entre outras atribuições, "promover a colocação no exterior de seguro cuja aceitação não convenha aos interesses do País ou que nele não encontre cobertura" (art. 44, alínea *d*).

Seus estatutos, originalmente aprovados pelo Decreto nº 60.460, de 13 de março de 1967, foram alterados pelo Decreto nº 65.318, de 10 de novembro de 1969, o qual inseriu norma especial sobre operações colocadas no exterior.

Dispõe a alínea *d* do art. 59, que ao I.A.B. cabe "promover a colocação no exterior, em seguro, cosseguro, dos riscos que não encontrem cobertura no mercado nacional ou cuja aceitação, a critério do próprio IRB, não convenha aos interesses nacionais".

De modo específico, o § 1º do mesmo art. 59 qualifica o procedimento a ser adotado na colocação das operações no exterior.

Determina o preceito em causa que:

"As colocações no exterior serão realizadas mediante concorrência pública, ressalvados os casos especiais que, a juízo da Diretoria. devem ser feitos de maneira diversa, a fim de atender aos interesses nacionais ou objetivar reciprocidade de negócios."

A par, assim, do critério geral de adoção do princípio licitatório, a norma consagra a competência discricionária da administração do IRB no sentido da dispensa de concorrência quando necessária ao atendimento do interesse nacional ou da política de reciprocidade.

Em estudo sobre a eficácia do art. 23 do Decreto-lei nº 73/66, com a redação adotada pelo Decreto-lei nº 296/67, a qual prevê quem em casos de seguros não tarifados, a escolha da sociedade seguradora pelas sociedades de economia mista deverá ser feita mediante concorrência pública, demonstrou Carlos Medeiros Silva a revogação do preceito pela Constituição Federal de 1967/69.

Destacou o ilustre jurista que:

"As operações de seguros e resseguros realizadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista devem pautar-se pelas mesmas regras estabelecidas para as entidades de direito privado, sem discriminação ou exigências de formalidades especiais (concorrência pública e sorteio) ante o dispositivo constitucional vigente (art. 170, § 2º) que revogou por incompatibilidade o art. 23 do Decreto-Lei nº 73, de 1966 e sua regulamentação" (Revista de Direito Administrativo — vol. 117) — julho-setembro 1974 — p. 403).

O invocado § 2º do art. 170 da Constituição de 1967/69 enuncia o princípio de que "na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, 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."

O preceito reaparece na atual Constituição, em termos semelhantes, no § 1º do art. 173, *in verbis:*

"A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias."

Pela identidade de situações é válido que se entenda igualmente revogado por incompatibilidade com a norma constitucional a prescrição do citado § 1º do art. 59 do Decreto nº 60.460.

E sua repristinação, se pretendida, somente ocorrência mediante norma expressa, não se podendo presumir.

III

Conceito de Empresa do Estado

A empresa constituída pelo Estado visando a fins econômicos tem antecedentes históricos que remontam às companhias holandesas e portuguesas que, nos séculos XV e XVI, corporificavam investimentos da Coroa, destinados a alcançar, em complemento à conquista de mares e terras desconhecidas, novas fontes de suprimento para os mercados europeus mediante intercâmbio e importação de mercadorias.

Igualmente, na época, as tapeçarias francesas, assim como os empreendimentos ultramarinos de busca de matérias primas, eram fontes de captação de receita para o erário real (Aliomar Baleeiro — Uma Introdução à Ciências das Finanças — 13ª — edição — revista e atualizada por Flavio Bauer Novelli — Forense — 1981 — p. 130, nosso Direito Administrativo — editora Saraiva — 1975 — p. 171).

É, todavia, em período recente que se desenvolvem os serviços industriais e comerciais do Estado, como procedimento de intervenção no domínio econômico, tradicionalmente reservado à iniciativa privada.

O Estado, a par de sua típica atividade pública, ingressa nas categorias de produção e de comércio como um prestador de bens e serviços na execução de uma política de atendimento a interesses relevantes da coletividade.

O Direito Administrativo toma de empréstimo ao direito comercial o modelo das sociedades privadas, predominantemente o da sociedade por ações, como processo de organização flexível, liberto de entraves burocráticos.

Ao mesmo tempo em que evoca a atividade econômica, o Estado adota a personalidade de

direito privado para os entes econômicos que institui.

A finalidade pública da atividade estatal se concilia, em termos operacionais, com os modelos empresariais privados.

Na síntese expressiva de MASSIMO SEVERO GIANNINI, constata-se que "*el derecho privado, expulsado por la puerta, volvia a entrar por la ventana*" (*Actividades economicas publicas y formas jurídicas privadas — La empresa pública* — coletanea de estudos del Real Colegio de Espanã — tomo I — 1970 — p. 103).

A opção legal pela personalidade de direito privado de entes econômicos estatais é um recurso técnico de repúdio aos sistemas tradicionais da administração pública, de forma a propiciar-lhes agilidade funcional, elidindo o formalismo da administração pública direta.

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 pública a que se destinam, sob supervisão ministerial, gera efeito centrífugo que as coloca no âmbito da administração direta.

Na definição de HELY LOPES MEIRELLES, são entidades para estatais, dispostas "paralelamente ao Estado, ao lado do Estado" (Estudos e Pareceres de Direito Público — vol. 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" (parecer em 22 de dezembro de 1987 — Revista de Direito Administrativo — vol. 170 — p. 225).

Nas empresas estatais, *a affectio societatis*, peculiar à sociedade privada (comunhão de vontades individuais dirigida a um precípuo fim lucrativo) cede passo a um objetivo de utilidade pública, embora de teor econômico. A sociedade privada, nada obstante a função social da empresa, é voltada para o acionista. A empresa pública — e particularmente a sociedade de economia mista — devendo também considerar os interesses dos acionistas, é voltada para o usuário, ou seja, para a comunidade.

Na descrição de Hanson, "a empresa pública não é um negócio comum no qual o Estado mantém o capital; é uma agência de desenvolvimento econômico" (A. H. Hanson — *Public enterprise and economic development* — Londres — 1960 — p. 441).

Definindo o modelo britânico de empresa pública, Robson aponta como sua característica essencial a de "divorciar a administração das empresas de caráter econômico, industriais ou de utilidade pública, das atividades ordinárias de Governo; a separar a economia dessas empresas do orçamento nacional; a eliminar o incentivo do lucro substituindo-o pelo do serviço público".

Daí a conclusão de que "*a Public Corporation* é a mais importante inovação constitucional que se produziu na Grã-Bretanha nos últimos cinqüenta anos e está destinada a ter um papel tão relevante para a empresa pública no século XX como a que teve no século XIX a sociedade anônima para a empresa privada" (William A. Robson — *La Public Corporation en Grã-Bretaña — Revista de Administração Pública — Madrid* — nº 22 — janeiro — abril 1957 — p. 124 e 128).

Em razão de sua singularidade, a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista não é um ato livre do administrador público. Representa uma escolha política que, por sua qualidade, incumbe ao legislador (princípio da reserva legal).

Nos Estados capitalistas, a atividade econômica é por excelência conferida ao capital privado, ainda que a lei possa determinar os parâmetros da livre iniciativa.

A intervenção estatal na economia é, por definição, um procedimento excepcional, inspirado em fins de interesse coletivo e integrado no planejamento de economia nacional (Constituição — art. 173).

No sistema de sociedade aberta e de economia de mercado — que é nosso modelo constitucional — a atividade econômica pública é complementar da iniciativa privada, dominada pelo princípio da subsidiariedade e ocupando os espaços vazios dos quais se ausenta e iniciativa privada ou quando esta fracassa.

Na retração ou na inaptidão do capaital privado é que deve avançar o investimento estatal que a Constituição considera suplementar e, portanto, secundário em relação ao capital privado (Constituição de 1988 — art. 173; Constituição de 1967/1969, art. 170).

Por último, a iniciativa eonômica estatal é dirigida pelo princípio da especialidade, que limita a legitimidade de sua atuação a determinada finalidade específica que a lei a ela defere (ver, a respeito, nossos estudos sobre o tema, in Revista de Direito Público — vol. 62, p. 220/222; Revista de Direito Administrativo, vol. 151, janeiro-março 1983, p. 23).

IV

O Regime de Licitações nas Sociedades de Economia Mista

A disciplina dos contratos administrativos no direito federal teve como primeira matriz o Código de Contabilidade Pública da União (Lei nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, art. 49 a 52), que adotou o princípio da concorrência pública. O Regulamento Geral, baixado para a execução do Código (Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922) dispôs, extensamente, sobre o processo da concorrência e os contratos administrativos conseqüentes (art. 736 a 804).

Não se referiu o Código, nem o Regulamento, às autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, que eram vocábulos sem trânsito na terminologia da época, visto que tais pessoas administrativas somente adquiriram carta de cidadania na legislação e na doutrina brasileira a partir da década seguinte.

A Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatuiu normas gerais de direito financeiro sobre elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, reafirmou, quanto à aquisição de materiais, o fornecimento e a adjudicação de obras e serviços da administração direta, o respeito ao princípio da concorrência (art. 70 c/c art. 4º). No tocante às autarquias e empresas públicas apenas dispôs sobre o modo de aprovação de seus orçamentos e sua vinculação global aos orçamentos públicos (art. 107).

A Lei nº 4.401, de 10 de setembro de 1964, estabeleceu normas especiais para a licitação de serviços de obras e a aquisição de materiais "no serviço público de administração direta e de administração descentralizada" (art. 1º), excluindo implicitamente de seu âmbito as empresas públicas e sociedades de economia mista, sujeitas a regime de direito privado.

Essa exclusão implícita tornou-se expressa com o advento da lei da Reforma Administrativa (Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967), cujo Título XII é dedicado às normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações.

Fixando o campo de aplicação das normas gerais, o art. 125 determina que por elas passam a se regular as licitações "na administração direta e nas autarquias".

Tendo-se presente que a mesma lei, em seu Título I, havia classificado as categorias de entidades da administração indireta — a saber, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista — resulta da interpretação sistemática e a contrário *sensu, que a norma do art. 127, quando menciona uma dessas categorias (autarquias) exclui as duas outras (empresas públicas e sociedades de economia mista), às quais não ficam alcançadas pelo processo de licitações ali disciplinado.*

O entendimento, no plano federal, de que as empresas públicas e sociedades de economia mista não deviam obediência, em suas atividades e negócios, ao processo das licitações públicas era então tranqüilo e correntio, nada obstante a orientação de integrá-las no planejamento orçamentário e administrativo e de submetê-las ao controle de gestão financeira de seus serviços.

Hely Lopes Meirelles, na 1ª edição de seu clássico livro sobre Licitação e Contrato Administrativo (1973) confirma a liberdade das empresas públicas e sociedade de economia mista, dispensadas da obrigatoriedade de procedimento licitatório:

"O que convém saber é que as pessoas jurídicas de direito privado, como são as entidades paraestatais — empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações insti-

tuídas pelo Poder Público e serviços sociais autônomos — não estão originariamente sujeitas à licitação, que a lei geral só impõe às entidades estatais e autárquicas, na sua imprópria menção à "Administração direta e autarquias" (ob. cit. p. 88/89).

A promulgação do Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos (Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986) inaugura um novo estágio para o regime de obras e serviços da União.

Aplicável, primariamente, "no âmbito da Administração Federal Centralizada e Autárquica" (art. 1º), o Decreto-lei estende às sociedades de economia mista e às em apresas públicas os princípios básicos da licitação (art. 86).

A definição de tais princípios básicos se inscreve no art. 3º são "da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos",

O atual Estatuto, aprovado pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, não prima pela clareza Motivada pelo propósito de coibir abusos e desvios evidenciados na execução da lei anterior, ingressa no particularismo de normas e no verbalismo excessivo que não contribuem para a isenção de sua hermenêutica.

Começa com o enunciado equívoco de que todo o seu conteúdo se destina a estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, donde sua aplicação irrestrita a Estados e Municípios, assim como a todas as pessoas administrativas descentralizadas.

Se, de logo, ressalta a inconstitucionalidade de extensão aos Estados e Municípios de disposições que, por sua natureza, não se podem qualificar como normas gerais, não se concilia com o princípio de descentralização administrativa a absoluta identidade de procedimento licitatório entre a administração direta e as entidades a que a mesma Constituição atribui equiparação às empresas privadas como modalidade de gestão. Será inócua, ou meramente formal, a distinção de personalidade jurídica se a ela não corresponder um tratamento diverso de suas atividades.

A disposição unificadora entre a administração direta e os entes paraestatais, constante do art. 37 da Constituição, deve ser entendida em harmonia com o preceito de igual hierarquia que sujeita ao regime próprio das empresas privadas as figuras societárias de que se reveste a exploração, pelo Poder Público, de atividade econômica (art.173, § 1º).

O princípio da finalidade e o da razoabilidade inspirarão o intérprete na busca de soluções conciliatórias que afastem o conflito entre normas que se completam.

Certamente, em função desta particularidade, o art. 119 da Lei nº 8.666/93 determina para os entes descentralizados (entre os quais as sociedades de economia mista e as empresas públicas) a edição de regulamentos próprios sobre licitações e contratos.

Tais regulamentos próprios, pendentes de aprovação do órgão superior de surpevisão administrativa, qualificarão as situações singulares que, em cada qual, observados os princípios básicos, possam demandar normas especiais que atendam à peculiaridade da Instituição.

V

A Extraterritorialidade da Atividade Econômica Pública

As sociedades de economia mista e as empresas públicas, no desempenho de suas atividades, estipuladas na lei institucional ou em seus estatutos, são levadas a constituir relações jurídicas no exterior.

A legalidade dos atos e contratos que, para esse fim, devam celebrar, visando à adequada consecução de sua finalidade legal, estará sujeita quanto a regras de competência à lei nacional, mas terá, necessariamente, de se adaptar aos deveres e formalidades do direito estrangeiro, na sede de sua celebração.

O princípio da territorialidade impõe o duplo condicionamento dos negócios jurídicos a serem pactuados.

A autonomia de vontade do agente regulará a amplitude de validade das obrigações assumidas pela sociedade brasileira. Todavia, o direito estrangeiro, estabelecerá, paralelamente, tanto a capacidade do contratante estrangeiro

como os requisitos e efeitos do ato ou contrato celebrado no exterior.

A Lei nº 8.666/93 reconhece, embora em outra hipótese, esta realidade jurídica e factual quando distingue, em seu art. 123, que "em licitações e contratações administrativas, as repartições sediadas no exterior observarão as peculiaridades locais e os princípios básicos desta Lei, na forma de regulamentação específica".

Também em função de peculiaridade deverão ordenar-se as relações jurídicas a serem estabelecidas na colocação de resseguros no exterior, fazendo imbricar as normas nacionais e o direito estrangeiro na formação, validade e eficácia dos contratos de risco colocados no exterior.

VI

A Natureza Especial da Atividade — Fim do IRB

O IRB tem, como atividade essencial, a absorção de responsabilidade pelos riscos excedentes aos limites de cobertura de seguradoras nacionais, a demandar garantia complementar.

As sociedades seguradoras nacionais são obrigadas, para esse fim, a adotar o procedimento de resseguro, que, por lei, é privativo do IRB.

Não há, portanto, como cogitar de licitação, pela óbvia razão de que as partes contratantes estão predeterminadas. De um lado, a seguradora específica necessitada do resseguro e, de outra parte, a exclusividade que a lei atribui ao IRB para a realização do negócio jurídico.

A possibilidade de opção quanto a uma das partes somente se apresenta quando o IRB é conduzido a colocar, no exterior, a operação de resseguro que exceda aos seus limites, ou não convenha aos seus interesses.

Os princípios de moralidade administrativa e de eficiência operacional vinculam, no caso, a discricionariedade da administração na escolha do agente corretor ou da sociedade resseguradora. Pela natureza pública da atividade a ser exercida, devem ser respeitados os princípios básicos de igualdade e impessoalidade na seleção dos contratantes, eliminando a eventualidade de favorecimentos discriminatórios.

Cumpre, neste particular, que a regulamentação própria do ente paraestatal discipline o procedimento aplicável, adequado à flexibilidade de ação da entidade e assecuratório do interesse público posto em causa.

O rito procedimental fixado na Lei nº 8.666/93 regulará as atividades-meio exercidas internamente pelo IRB.

Contudo, as atividades externas que se tornem necessárias ao cumprimento dos fins próprios da sociedade deverão ser objeto de regulamentação emitida pelos órgãos competentes, respeitados — insista-se — a finalidade peculiar aos serviços da Instituição e os princípios básicos da lei geral.

Nesse sentido, a Resolução nº 40/93, emitida pela Diretoria, fixou normas especiais para o processo de negociação da cobertura de resseguro no exterior.

Semestralmente, a Diretoria Plena avaliará os critérios recomendáveis à colocação externa dos riscos, com base em estudo do mercado e, especialmente, na capacidade econômico-financeira e na tradição de competência das possíveis resseguradoras, bem como em seu desempenho em anterior prestação de serviços.

Igual seleção qualitativa será feita quanto aos corretores externos, em função de comprovada competência.

Entre tais empresas e corretores pré-qualificados será feita, em cada caso, mediante estudos dos setores competentes, a escolha final do contratante externo.

O sistema por esta forma adotado, que se adapta à singularidade do serviço, representa, em suma, um modelo de cadastramento prévio com a aplicação de critérios objetivos para a decisão atributiva do negócio jurídico a ser pactuado.

Configura-se, pela via regulamentar, um esquema competitivo entre candidatos à prestação do resseguro exterior, o qual atende às peculiaridades do mercado e à necessária velocidade na colocação do risco, sem solução de continuidade, em harmonia com o princípio de julgamento objetivo.

VII

Conclusão

Por todo o exposto, somos de parecer que se impõem as seguintes conclusões:

1ª) Na colocação de resseguros no exterior não goza o IRB de discricionariedade plena, devendo vincular-se a critérios de objetividade e de impessoalidade na escolha do contratante externo;

2ª) Não se aplica, porém, a esta modalidade de contratos externos o processo de licitação fixado na Lei nº8.666/93, com vista às contratações administrativas no País;

3ª) A decisão administrativa na matéria deverá obedecer a procedimento estabelecido em regulamentação especial que assegure julgamento objetivo e preserve o interesse público e a moralidade administrativa;

4ª) A Resolução nº40/93, aprovada pela Diretoria da sociedade atende satisfatoriamente aos pressupostos em causa.

Rio de Janeiro, 7 de fevereiro de 1994. *Caio Tácito.*