

LICITAÇÕES NAS ESTATAIS EM FACE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Mestre em Direito do Estado

Ex-Procuradora do Município de São Paulo

Professora da Puc/SP

1. A Emenda Constitucional nº 19, publicada no D.O.U. de 05-06-98, denominada “Reforma Administrativa”, trouxe alguma alteração em matéria de licitação e contrato referente às empresas públicas e sociedades de economia mista, ao modificar a redação dos arts. 22, XXVII e 173, § 1º da Constituição Federal.

A leitura da nova fórmula constitucional exige redobrada isenção e cautela, especialmente para evitar equívoco entre a “mens legislatoris” e a “mens legis”, pois o dever do intérprete não é o de buscar o propósito, a intenção, a vontade do constituinte reformador, mas o de identificar o que resulta da reforma promulgada, da própria norma constitucional, ou seja, seu sentido objetivo.

Os dispositivos vêm suscitando controvérsias, discussões e levantando alternativas de interpretação entre os estudiosos, não se encontrando sedimentadas. Senão vejamos.

O artigo 22, inciso XXVII estabelece a competência privativa da União para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

A novidade está apenas na remissão ao artigo 173, § 1º, inciso III, do texto constitucional, que deverá ser observado na disciplina da licitação e contratação para as empresas estatais. No mais, na redação original da Constituição de 1988 já era da União a competência para editar normas gerais de licitação e contratação para a administração pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como para editar normas gerais sobre a matéria para as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Faz-se necessário um primeiro esclarecimento sobre o alcance do § 1º do art. 173, que teve sua redação alterada pela EC 19/98: trata ele apenas do regime jurídico das empresas estatais que desempenham atividade econômica.

Segundo a distinção que mereceu adesão da maioria da doutrina (e a quase totalidade da jurisprudência), as entidades integrantes da Administração indireta, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, podem caracterizar-se pelo exercício de atividade econômica ou de prestação de serviços públicos. Isto é, há duas espécies de empresas estatais: uma formada pelas empresas estatais que desempenham atividades econômicas, que são aquelas atividades constitucionalmente reservadas aos particulares e que o Estado

pode desempenhar apenas excepcionalmente, em hipóteses invulgares, quando necessárias aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, e ainda assim, sob regime jurídico próprio das empresas privadas, em condições de igualdade com os privados. A segunda espécie é formada pelas empresas estatais prestadoras de serviços públicos, que são atividades estatais típicas do Poder Público, atividades essencialmente da alçada do Estado e que estão sujeitas ao regime publicista. Os particulares podem assumir a prestação desses serviços apenas por outorga do Estado, em regime de concessão ou permissão (art. 175 CF/98). Em termos sintéticos, trata-se de reconhecer a diferença de órbitas normativas dos arts. 173 e 175 da CF/88.

O § 1º do art. 173, cuida apenas das empresas estatais que desempenham atividade econômica, como, aliás, decorre de sua própria redação:

“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.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

A palavra “de”, antes de prestação de serviços, indica claramente a referência a “atividade econômica”. Ou seja, não se trata de abranger tanto aquelas que explorem atividade econômica como as que prestem serviços públicos, mas apenas as que desenvolvam atividade econômica (“de” produção ou comercialização de bens ou “de” prestação de serviços).

Destaca Marçal Justen Filho que

“é incorreto o argumento de que, por a nova redação do art. 173, § 1º aludir a atividade econômica de comercialização de bens e prestação de serviços, isso compreenderia também ‘serviços públicos’. Isso significaria ignorar a conceituação privatística de atividade empresarial, a que se reporta a nova redação constitucional. A empresa – núcleo em torno do qual se organiza o Direito Comercial deste século – consiste na organização profissional dos fatores econômicos para a produção e circulação de bens e pres-

tação de serviços. O art. 173 reportou-se a essa definição (que consta, aliás, do projeto do Código Civil). Destinou-se a evitar preconceito de que atividade econômica consistiria apenas na produção ou comercialização de bens, restringindo-a ao conceito oitocentista de 'comércio'. O domínio econômico é muito mais amplo do que isso e abrange também a exploração empresarial de atividades de prestação de serviços".¹

Não se há de descuidar a circunstância de que o parágrafo 1º do art. 173 da Constituição, objeto da modificação, somente pode ser interpretado segundo o "caput" a que se acha ele ligado umbilicalmente, que não passou por qualquer modificação, e que cuida da intervenção direta do Estado no domínio econômico. Portanto, na interpretação, não fosse pela redação do § 1º do art. 173, que já me parece clara, a disposição do § 1º, compatibilizada com o "caput" do artigo reforça a convicção de que o estatuto jurídico a que se refere o art. 173, § 1º é o das estatais que desempenham atividade econômica.

Deve-se, porém, atentar que, embora o art. 173, § 1º da CF cuide do estatuto jurídico das estatais que desempenham atividade econômica, o art. 22, XXVII, prescreve que a União, ao editar normas de licitação e contratação para as empresas estatais – sem distinguir as de exploração de atividade econômica das prestadoras de serviços públicos – observará o inciso III daquele parágrafo. A norma do inciso III, portanto, deve ser observada na regulamentação do regime da licitação e contratação para as duas espécies de empresas estatais.²

E o que prescreve o inciso III do § 1º do art. 173? Que as empresas estatais devem realizar licitação e contratação com observância dos princípios da administração pública.

Essa norma já estava prevista no art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal, que alcança a Administração Pública Direta e Indireta sem qualquer distinção.

O dispositivo apenas reitera, para as estatais, o que já estava contido no art. 37, XXI, para todas as pessoas da Administração Pública.

O novo dispositivo tem a vantagem de afastar definitivamente o posicionamento daqueles que entendiam que as empresas estatais que realizam atividades econômicas, à vista do disposto no art. 173, § 1º CF, em sua anterior redação, estariam submetidas aos princípios e regras do direito privado e, conseqüentemente, dispensadas de licitação pública.

Tais empresas estão sujeitas à obrigatoriedade de licitação. Aliás, já no regime constitucional de 67/69, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello sustentava que as empresas estatais que desempenham essas atividades não podiam se esquivar a um procedimento

¹ MARÇAL JUSTEN FILHO. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 6ª ed. rev. amp. acresc. São Paulo: Dialética, 1999, p. 26.

² BENEDICTO PORTO NETO. Constituição Federal. Reforma Administrativa: licitação das empresas estatais. Revista Licitar, nº 4, out./1998 p.28.

licitatório. Esse entendimento veio a ser incorporado expressamente na Constituição de 88, no seu art. 37, inciso XXI, inciso esse que não foi alterado.³

O Supremo Tribunal Federal, coroando esse entendimento, decidiu que a sujeição das empresas estatais exploradoras de atividade econômica ao regime de direito privado impede o manuseio, por elas, das prerrogativas públicas, mas não as dispensa da observância das normas e princípios que condicionam a atuação do Poder Público (MS nº 21.322-1-DF, in Boletim de Direito Administrativo 5/291, 1995).

O dispositivo constitucional em análise estaria ampliando o dever das empresas estatais prestadoras de atividade econômica de realizar licitações públicas?

Tal questão se coloca em função do posicionamento adotado por inúmeros juristas, inclusive aqueles defensores da sujeição delas ao princípio da licitação, que entendem inexistir a necessidade de licitação para que elas possam desempenhar suas atividades-fim.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo reconhecendo que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica estão obrigadas a licitar, sempre sustentou que ter-se-á de dar como afastada a exigência licitatória perante as hipóteses em que o uso de tal instituto inviabilizaria o normal desempenho que lhes foi cometido; ou seja, na rotineira aquisição de seus insumos e na rotineira comercialização dos bens ou serviços que colocam no mercado.⁴

Cite-se, a propósito, jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

“Empresas estatais. Atividade-meio. Atividade-fim. O art. 37, XXI da CF submete os entes da administração indireta ao regime da licitação. Contudo, o art. 173 da mesma CF determina que as empresas estatais que explorem atividade econômica devem sujeitar-se ao regime de direito privado. Conciliando tais normas, em aparente conflito, cabe aplicar o dever de licitar às atividades-meio, enquanto que as atividades-fim que correspondem a atos negociais serão regidas pelo direito comercial” (TCU, TC-625.068/95-5, Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, 21/11/96, RDA, vol. 207, jan./mar. 1997, p. 313).

³O art. 3º da última versão da Proposta de Emenda à Constituição nº 173-B, de 1995 (vinda do Poder Executivo) previa a alteração de vários incisos do art. 37, inclusive o de nº XXI, que passaria a ter a seguinte redação:

“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações da administração direta, autárquica e fundacional serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes...”

O art. 3º da EC nº 19/98 não previu a alteração desse inc. XXI do art. 37, de modo que a redação que restou é a originária, ou seja, a da Constituição de 1988, que, como se sabe, não restringe a sua aplicação apenas à administração direta, autárquica e fundacional.

⁴ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, p. 169-170.

Como o inciso III do § 1º do art. 173 não faz referência alguma a exceções, estaria impondo a licitação também no exercício de suas atividades-fim?

Sustentamos que não, pois isso representaria a inviabilização do desempenho das atividades específicas para as quais a entidade foi instituída.

Com efeito, se analisarmos o contido nos incisos II e III do § 1º, art. 173, CF/88, veremos que a compatibilização de ambos leva à conclusão de que o inciso II, ao estabelecer a “sujeição das empresas estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributário”, subordina ditos contratos ao regime privado, referindo-se, portanto, ao desempenho das atividades-fim pelas empresas estatais. Por sua vez, o inciso III, ao prever a “contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”, subordina tais contratos ao regime público, referindo-se, dessa forma, ao desempenho das atividades-meio.

Em que pese distinguir-se licitação pública do contrato que dela decorre, o que se quer enfatizar é que a distinção entre atividades-fim e atividades-meio acha-se resguardada no corpo constitucional pelo qual “*é razoável levar em conta a diferenciação estabelecida para identificação do alcance da norma que impõe a realização de licitação pública*”.⁵

A análise do texto constitucional nos ajuda a responder o questionamento anteriormente feito e, a concordar com o posicionamento dos juristas que sustentam que a celebração de contratos típicos às atividades-fim das estatais continua não exigindo a realização de licitação pública, sob pena de inviabilização de sua atuação, quais sejam, aquelas relacionadas com o desempenho das atividades operacionais da entidade, assim entendidas aquelas pertinentes à atividade de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços que constitui a finalidade da existência da sociedade.

O art. 173, § 1º, previu ainda a edição de lei específica que estabelecerá o estatuto jurídico de tais empresas para disciplinar a licitação e contratação das estatais que desempenham atividade econômica.

Deve-se atentar que a Constituição de 1988, mesmo antes da EC 19/98, não impunha obrigatoriedade de regulação uniforme para as licitações e contratações da Administração direta e indireta, não exigia que o legislador devesse dar tratamento idêntico às entidades públicas e privadas da Administração. E, no regime constitucional anterior, nada impedia a edição de uma lei disciplinando de uma dada maneira a licitação pública para as pessoas da Administração indireta e de uma maneira distinta para as pessoas da Administração direta. Aliás esse já era o regime do antigo Decreto-lei nº 2.300, de 21-11-86, que vigorava antes da vigência da Lei nº 8.666/93, que consagrava a dissociação de modelos normativos para os diversos âmbitos da Administração Pública. Referido Decreto-lei estabelecia que suas regras destinavam-se a reger licitações e contratos no âmbito da Administração centralizada e autárquica (art. 1º), mas permitia que as demais entidades da Administração indireta editassem regulamentos próprios, com procedimentos seletivos

⁵ BENEDICTO PORTO NETO. “A Constituição Federal. Reforma Administrativa: licitação nas empresas estatais”. *Revista Licitar*, vol. 4, out./1998, p. 30.

simplificados e observância dos princípios básicos da licitação, inclusive as vedações contidas no parágrafo único do art. 85. Ninguém imputou inconstitucionalidade ao diploma em virtude de tal opção legislativa.

No entanto, a Lei nº 8.666 consagrou a opção do regime único para toda a Administração, sem qualquer distinção, restando inquestionável a submissão das empresas públicas e das sociedades de economia mista, sejam elas prestadoras de serviços públicos, sejam elas exploradoras de atividade econômica, às suas normas (art. 1º).

Essa questão tem constituído motivo de sérios questionamentos e reclamações, no sentido de que a exigência de sua aplicação teria inviabilizado o funcionamento das empresas, sendo conhecida a posição dos Tribunais de Contas, no sentido de que as normas da Lei nº 8.666 são impositivas para todos os órgãos e entidades públicas, sem distinção, e de que alcançam as empresas estatais, independentemente de seu campo de atuação.

Portanto, a modificação da sistemática da Lei nº 8.666 não dependia de qualquer alteração constitucional. O legislador infraconstitucional já estava autorizado, antes da modificação constitucional, a adotar regras diferenciadas para a Administração indireta. Não parece que tenha ocorrido substancial alteração nessa situação jurídica.⁶

É certo que todas essas pessoas deverão observar os princípios da administração pública e os princípios comuns da licitação (vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, isonomia, publicidade, moralidade etc), mas isto como decorrência da própria Constituição. A partir daí, nada impede sejam fixadas regras próprias para as diferentes pessoas da Administração Pública.

Essa questão deve ser em breve apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668-5, promovida por alguns partidos políticos - PC do B, PT, PDT, PSB contra alguns dispositivos da Lei Geral das Telecomunicações, que é a Lei nº 9.472, de 16.06.97. Como se sabe, as licitações relativas a telecomunicações foram colocadas sob um regime próprio, por esse diploma legal. Salvo na contratação de obras e serviços de engenharia civil, em que ficou submissa à lei geral de licitações, em tudo o mais, a teor do art. 210 da lei da ANATEL, as concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente pelas regras fixadas na própria Lei Geral das Telecomunicações, a elas não se aplicando as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 07 de julho de 1995, e suas alterações. Os autores da ação sustentam a tese da obrigatoriedade da sujeição de todas as pessoas da Administração Pública às mesmas normas gerais de licitação e, assim, a impossibilidade de fixação de normas gerais distintas para as pessoas que integram a Administração Pública.

No que tange especificamente ao artigo 210 da Lei nº 9.472/97, o Supremo Tribunal Federal, por votação majoritária de 20.08.98, publicada no D.O.U. de 31.08.98, indeferiu o pedido de suspensão cautelar de eficácia do referido dispositivo, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator), que o deferia.

⁶ MARÇAL JUSTEN FILHO. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 6ª ed. ver. amp. e acrescida. SP: Dialética, 1999, p. 22.

Mas a mesma Lei Geral de Telecomunicações criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, e permitiu que ela realizasse licitações públicas para a contratação de serviços e fornecimento de bens através de duas novas modalidades de licitação, que a lei chama de pregão e consulta (parágrafo único do art. 54, arts. 55, 56, 57 e 58). São duas modalidades que não estão previstas na Lei nº 8.666; pelo contrário, a Lei Geral de Licitações proíbe expressamente a adoção de modalidades distintas (art. 22, § 8º).

Com relação a esses dispositivos especificamente o Supremo indeferiu o pedido de medida cautelar, é verdade que por votação majoritária, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Presidente (Ministro Celso de Mello), que o deferiam. Então alguns Ministros têm posição diversa, é uma posição provisória, porque ainda é em sede de liminar. Mas, já há uma manifestação, em relação pelo menos a essas modalidades, admitindo a fixação de regras diferentes, não para um conjunto de pessoas, mas para uma específica Agência, a ANATEL.

O Anexo à Resolução nº 65, de 29/10/98, da ANATEL, que estabeleceu o Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviços de Telecomunicações e de Uso de Radiofrequência, traz duas novidades: a primeira é a inversão das fases da licitação: primeiro há a fase de classificação, em que são examinadas as propostas e, depois, a fase de habilitação, para verificação do atendimento, pelo proponente que apresentou a melhor oferta, das condições fixadas, sendo certo que, em casos especiais, a ANATEL, por deliberação do Conselho Diretor, poderá inverter as fases de habilitação e classificação, quando os licitantes serão habilitados antes da fase de julgamento.

Outra novidade é o saneamento da documentação da habilitação. Após a manifestação dos licitantes sobre os documentos do proponente que apresentou a melhor oferta, sendo neles verificado vício apenas formal, inclusive a falta de documento exigido no instrumento convocatório, será fixado prazo adequado para que o proponente possa saná-lo (art. 27 da Resolução da ANATEL nº 65/98).⁷

⁷ Recentemente, a ANATEL baixou a Resolução nº 155, de 16 de agosto de 1999, aprovando o Regulamento sobre procedimentos de contratação de serviços e aquisição de equipamentos ou materiais pelas prestadoras de serviços de telecomunicações, com o declarado propósito de operacionalizar o disposto nas cláusulas 15.8 e 9.8 do Contrato de Concessão e do Termo de Autorização, como afirmado em seu artigo 1º.

Nesse instrumento de teor normativo, no Capítulo III, pertinente às obrigações da prestadora do serviço a ANATEL impôs a esta um típico regime licitatório com a imposição de formalidades no processo de contratação, sujeito, além de outros aspectos, a prazos operacionais e um duplo grau de validade.

A prestadora fica obrigada a publicar, durante pelo menos cinco dias úteis consecutivos, em página específica de seu endereço na Internet, sua intenção de adquirir serviços, equipamentos e materiais (art. 3º).

Feita a escolha entre propostas oferecidas, a prestadora deverá comunicar formalmente o resultado do processo de contratação, no prazo máximo de dez dias, aos fornecedores que apresentaram propostas (art.4º), assegurando a estes direito de recurso, mediante reclamação à ANATEL (art. 5º), a importar em efeito suspensivo de execução do ato de aquisição, sob pena de severa multa.

A Resolução, portanto, estabelece um procedimento burocrático de feição licitatória, submetido ao controle final da agência reguladora, que, provavelmente, acarretará demora nos atos de aquisição, como até mesmo o acréscimo de custos financeiros.

Privatizaram e agora trazem para a empresa privada um regime de direito público. A privatização se transforma em uma virtual publicização em virtude da disciplina imposta com vício de legalidade e abuso de poder à prestadora do serviço. Tal Resolução está sujeita, portanto, à correção judicial.

2. Mas seria de se perguntar: se o constituinte reformador remete-se às empresas públicas e sociedades de economia mista nos termos do art. 173, § 1º, III, onde e como ficam as empresas que compõem a administração pública indireta empresarial prestadora de serviço público? Ante a redação defeituosa da Emenda, isso produz um problema jurídico relevante.

Ante essa dificuldade o exegeta depara-se com as seguintes alternativas de interpretação:

A) Ou assume pura e simplesmente que, de fato, ficaram ao largo da incidência de tais normas gerais, e, portanto, foram excluídas do regime da atual Lei 8.666, como faz o professor Eros Roberto Grau que, em parecer sobre consulta formulada pela Cia. do Metropolitano de São Paulo - Metrô⁸, sustenta ter sido suprimida a competência legislativa federal para editar normas gerais de licitação e contratação para as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público.

O § 1º do art. 173 também não alcança tais entidades, aplicando-se apenas às estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito.

Todavia, ainda que não se apliquem às empresas estatais prestadoras de serviços públicos as normas gerais de licitação e contratação dispostas pela União, com fundamento no inciso XXVII do art. 22 - a Lei 8.666/93, atualmente - estão elas sujeitas à licitação, por força do princípio republicano e também do disposto no inciso XXI do art. 37 da CF, que, apesar do "emendão", as alcança.

E conclui dizendo que a Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô, por ser uma empresa estatal estadual deve prontamente editar regulamento próprio de licitações e contratações pertinentes a obras, serviços, compras e alienações, adaptado às suas peculiaridades, com procedimentos seletivos simplificados e observância dos princípios básicos da licitação, regulamento esse que, nos termos do art. 91 da Lei paulista nº 6.544/89, após aprovação pelo Governador do Estado deverá ser publicado no Diário Oficial do Estado. E observa que, não estando o Metrô alcançado pelas disposições da lei federal, deverá até a edição de regulamento próprio de licitações e contratações, atender, quanto a ambas, ao disposto na Lei paulista nº 6.544/89.

B) Ou entende que o artigo 22, inciso XXVII, segunda parte, está reportado à generalidade das empresas estatais, pois tal disposição separa a administração direta, autárquica e fundacional, das empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, quer explorem atividade econômica, quer prestem serviços públicos, afastando-se a distinção, para esse fim, que antes se vislumbrava entre as entidades referidas nos arts. 173 e 175 da CF/88. Essas entidades continuam sujeitas aos princípios administrativos da licitação; todavia, as normas implementadoras desses princípios serão aquelas que o estatuto jurídico dessas entidades estabelecerá, mediante lei específica.⁹

⁸ *As Licitações e as Empresas Estatais após a Emenda nº 19. BLC - março /99, pp. 127-131.*

⁹ *JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR. Repercussões da Emenda Constitucional nº 19 sobre o Regime Jurídico das Licitações. RJ: R.D.A. 213: 1-9, jul./set. 1998. O professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca que a nova redação do art. 22, inciso XXVII elimina no direito positivo o tratamento uniforme sobre contratações e licitações, que não levava em consideração a natureza jurídica e as finalidades distintas das diferentes pessoas administrativas, não mais alcançando as empresas públicas, as sociedades de*

Adotando essa posição Jessé Torres Pereira Júnior ainda sustenta que

*“a solução para evitar a temporária indefinição normativa, estará em valerem-se as entidades do permissivo inscrito no art. 119 da Lei nº 8.666/93, e editarem regulamentos próprios, que, não reproduzindo as disposições da lei geral de licitações, já darão cumprimento ao regime delineado pela Emenda 19, estabelecendo regras procedimentais harmonizadas com os princípios licitatórios, com as peculiaridades da estrutura organizacional da empresa e com as características dos serviços que presta ou do mercado em que atua. Viável a solução porque o mencionado art. 119 não foi recepcionado na íntegra pela Emenda 19”.*¹⁰

Nessa trilha também se posiciona José Calasans Júnior.¹¹

C) Ou considera que a interpretação literal do art. 22, inciso XXVII não pode prevalecer diante de uma interpretação sistemática da Constituição e, portanto, as estatais prestadoras de serviço público não estariam fora das normas gerais de licitação editadas pela União e, pois, continuam e continuarão a ser regidas pela Lei nº 8.666, com suas alterações posteriores.

Nessa linha o professor Celso Antônio Bandeira de Mello tem entendido que o art. 173 e seu § 1º (ao qual se remete o art. 22, XXVII) está reportado única e exclusivamente à licitação e contratos efetuados por empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica, nada tendo a ver com as prestadoras

economia mista e suas subsidiárias, que passam a ter, em seu estatuto próprio, que deverá ser editado por lei (art. 173, § 1º), regras específicas que ficarão sujeitas apenas aos princípios da administração pública - art. 173, § 1º, III (Apontamentos sobre a Reforma Administrativa. RJ: Renovar, 1999, p. 33-34). E, ao comentar o art. 173, § 1º, acrescenta: “Desaparece, assim, finalmente e em boa hora, a espiciosa distinção que parte da doutrina ainda sustentava entre empresas estatais exploradoras de atividade econômica e empresas estatais exploradoras da atividade econômica caracterizada como serviço público.

Essa distinção, que desde logo, já não defluía nitidamente dos dispositivos constitucionais então vigentes, pois partia de diferenciações imaginadas entre atividades econômicas conforme estivessem ou não voltadas à prestação de serviços públicos, servia apenas para onerar e apenar desarrazoadamente as empresas estatais prestadoras de serviços públicos em comparação e desigual competição com as empresas privadas concessionárias, por vezes de serviços da mesma natureza.

Era uma inútil distinção que, em última análise, repercutia diretamente sobre o Tesouro da entidade pública matriz, que deveria arcar com os déficits das empresas estatais, e indiretamente sobre os usuários dos serviços.

Agora, com normas próprias e diferenciadas, conforme a atividade econômica desempenhada, as empresas do Estado, sem discriminação, estarão em melhores condições para enfrentar a competição própria do mercado e desonerarem-se de processos, delongas e de sujeições burocráticas que antes deveriam observar na contratação de obras, de serviços, de compras e na alienação de bens, substituindo-se com vantagem, nos estatutos, os controles processualizados pelos muito mais eficientes controles de resultado” (Op. cit. p. 114-115).

¹⁰ Op. cit. p. 8

¹¹ A Licitação nas Empresas Estatais. RJ: RDA, 214: 107-114, out./dez. 98.

de serviço público, embora admita que esta interpretação engendra problemas. Isto porque se tem de reconhecer que as prestadoras de serviço público não estão referidas no mencionado artigo, resultando que, para elas, não está prevista – ou ao menos não o está expressamente – a submissão a normas gerais de licitação e contratos expedidas pela União. Diante dessa situação, diz o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, o exegeta depa-
ra-se com as seguintes alternativas de interpretação:

“ou assume pura e simplesmente que, de fato, ficaram ao largo da incidência de tais normas gerais, ou considera que a redação infeliz do texto não deve prevalecer sobre uma compreensão sistemática da Lei Magna. Neste último caso, para composição da diretriz hermenêutica correta, levará em conta os seguintes elementos relevantes Como o dispositivo em causa reputou ditas normas gerais necessárias até mesmo para a administração direta dos Estados, Distrito Federal e Municípios, tanto como para suas autarquias e fundações, ‘obedecido o disposto no art. 37, XXI’ – no qual residem pautas comandantes de licitações e contratos administrativos em todo o País – não seria crível que, incoerentemente, deixasse à margem destas normas gerais justamente empresas prestadoras de serviço público que, além de desenvolverem atividades da mesma natureza das exercidas pela administração direta e autarquias, representam figura jurídica ainda mais necessitada de disciplina constrictiva ante os notórios abusos em que tradicionalmente incorriam nesta matéria.

Assim, haver-se-á de depreender que, a respeito, a regra em apreço, segundo expressão corrente entre os exegetas, dixit minus quam voluit”.

Conclui o professor que

“as empresas estatais prestadoras de serviço público também se assujeitam às normas gerais de licitação e contratos expedidas pela União e, pois, que continuam e continuarão a ser regidas pela Lei nº 8.666, de 21.06.93, com suas alterações posteriores. Já as empresas estatais exploradoras de atividade econômica futuramente terão suas licitações e contratos regidos pela lei a que se refere o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, com a redação que lhe deu o Emendão, isto é, na conformidade do Estatuto para

*elas previsto no art. 173 da Lei Magna. Enquanto isto não ocorrer persistirão regidas pela Lei nº 8.666, com as ressalvas inicialmente feitas”.*¹²

Também nessa linha Marçal Justen Filho sustenta que

“as entidades prestadoras de serviço público não podem estar fora da Lei nº 8.666. Ofenderia aos princípios jurídicos fundamentais que as prestadoras de serviço público dispusessem de maior liberdade para contratar do que as entidades que desempenham atividade econômica. Seria de incongruência insuperável que o regime jurídico para licitar e contratar previsto para a Administração direta não fosse aplicável também às entidades da Administração indireta prestadoras de serviço público. A interpretação sistemática e a prevalência dos princípios jurídicos inerentes ao regime de Direito Público, produzem uma única conclusão: a referência do art. 22, inc. XXVII, a ‘administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais’ abrange também as entidades prestadoras de serviço público.

*Aliás, deve dizer-se que idênticos argumentos se aplicam às entidades da Administração indireta cujo objeto for a prestação de suporte à atividade administrativa do Estado.”*¹³

Faz, porém, o professor Marçal uma espécie de “reserva” acerca da sistematização desenvolvida, que leva em conta a distinção entre entidades do art. 173 e do art. 175 da CF/88. Porém, a evolução hermenêutica pode conduzir a outros critérios, relacionados com a inserção do Estado no mercado, quando terá de aplicar-se o regime de Direito Privado.

Observa o jurista que

“Esse raciocínio poderá ser aplicado ainda quando o Estado explorar serviço público. Ou seja, há a possibilidade de o Estado assumir a prestação do serviço público em situação de competição com os particulares. Suponha-se uma lei estadual que faculte a uma entidade da Administração indireta disputar a obtenção de con-

¹² Licitações nas estatais em face da EC nº 19. *Boletim de Licitações e Contratos*, nº 12/98, Ed. NDJ, p. 583-586.

¹³ *Op. cit.* p. 28.

cessão de serviço público em outro Estado.¹⁴ Quem poderia defender que essa entidade 'estatal', ainda que 'prestadora de serviço público', estaria sujeita a regime jurídico diverso do reservado para particulares?

A nova problemática deriva da radical alteração do panorama jurídico e político brasileiro. Em primeiro lugar, permitiu-se o amplo acesso dos particulares (inclusive do capital estrangeiro) à prestação de serviços públicos. As reformas constitucionais eliminaram o monopólio estatal no tocante a inúmeros segmentos de serviços públicos relevantes. Em segundo lugar, deixou de existir controle político central sobre as diferentes órbitas federativas: cada ente federativo deliberar, com autonomia, sobre o destino de suas entidades da Administração indireta. Como decorrência, o setor econômico dos serviços públicos passou a ser enfrentado como instrumento de produção de lucros 'inclusive para o próprio Estado'. Se o Estado dispuser-se a competir com os particulares pela obtenção de lucros,¹⁵ terá de subordinar-se ao mesmo regime jurídico.

Mas há outro dado, relacionado à captação de recursos da poupança privada. Se o Estado constituir sociedade de economia mista e recorrer efetivamente

¹⁴ O eminente jurista Celso Antônio Bandeira de Mello manifesta-se contrário a tal entendimento, ao destacar: "nem Estado nem município (ou Distrito Federal) – e, portanto, nenhuma de suas respectivas estatais – teriam, constitucionalmente interesse juridicamente válido que lhes permitisse disputar serviços públicos fora dos próprios territórios, pois suas capacidades jurídico-administrativas cifram-se às suas correspondentes órbitas territoriais. Além disto, as leis criadoras de tais empresas governamentais, e que, pois, lhes definem as finalidades e delimitam o objeto social, obviamente não lhes terão conferido aptidão jurídica senão nestes mesmos termos. Logo, sem violá-las, não teriam como disputar certames licitatórios fora de suas circunscrições.

De outro lado, também não se lhes poderia reconhecer um legítimo interesse de mera exploração econômica do objeto posto em certame. [...] É que jamais seria de admitir que entidades governamentais de Estados e Municípios (ou Distrito Federal) exercessem exploração de atividade econômica fora da esfera pertinente a cada qual, pois mesmo dita exploração só seria justificável na medida em que se constituísse em meio requerido para preencher uma insuficiência (econômica) gravosa ao próprio Estado, Município ou Distrito Federal. Note-se que, 'in casu', não se poderia falar em insuficiência econômica – e nem mesmo do Estado (ou Município ou DF) onde seria prestado o serviço –, pois estaria em causa um serviço público; não uma atividade econômica. E tudo isso sem se falar nas sérias restrições impostas no art. 173 da Constituição de 1988 à possibilidade de o Poder Público de atuar como empresário, isto é, como agente interessado em exploração econômica.

Registre-se que, 'mutatis mutandis', por razões análogas, também as estatais da União estariam obstadas de disputar concessões de serviços públicos pertinentes a Estados, Municípios ou Distrito Federal (Curso de direito administrativo. 12. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 616-617, nota de rodapé n. 22).

¹⁵ Supondo-se, é claro, que tal seja constitucionalmente possível.

ao acionariado popular, estará constrangido a submeter-se a regime próprio. Será dever da entidade assegurar a melhor rentabilidade aos acionistas, sujeitando-se à incidência de um regime jurídico próprio (companhias abertas), que é unitário e incidível.

Essas peculiaridades têm de ser ponderadas. Especialmente após a E.C. nº 19, é necessário repensar a concepção tradicional fundada no objeto da atividade desenvolvida pela entidade da Administração indireta. Parece-me perfeitamente possível uma alteração hermenêutica, que redundaria em submeter ao regime próprio da iniciativa privada inúmeras entidades prestadoras de serviço público. Mas não me parece que essa conclusão dependerá da consolidação do modelo constitucional. Essa situação de reforma permanente e contínua apresenta inúmeros inconvenientes, entre os quais está a inviabilização de interpretações com alguma estabilidade.”¹⁶

No nosso entender, não era necessária a Reforma Constitucional para permitir lei especial sobre licitações para as empresas estatais que desempenham atividade econômica; bastava a edição do diploma legal específico pelo legislador ordinário.

Em relação às estatais prestadoras de serviço público a situação é igual; continua não existindo restrição a um disciplinamento diferenciado para elas. Ao legislador ordinário caberá decidir sobre a orientação a seguir.¹⁷

3. As modificações trazidas com a Reforma Administrativa introduziram no texto constitucional o vocábulo “subsidiária”, a propósito de empresas públicas e sociedades de economia mista. Nesse sentido, veja-se os arts. 37, § 9º e 173, § 1º. Equivale a sociedade controlada. É aquela cujo controle acionário se encontra em poder de sociedade de economia mista ou empresa pública, a qual tem o poder de eleger a maioria dos administradores e determinar o destino societário. Tanto pode tratar-se de subsidiária integral como não, sendo relevante o fenômeno do controle.¹⁸

¹⁶ MARÇAL JUSTEN FILHO. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 6ª ed. rev. amp. acresc. São Paulo: Dialética, 1999, p. 28-29.

¹⁷ A propósito, pela Portaria Interministerial nº 13, de 16/04/98, dos então Ministros de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado e do Planejamento (DOU 17/04/98) foi constituída uma comissão composta pelos professores Adilson Abreu Dallari, Antonio Carlos Cintra do Amaral, Antonio Carlos Mendes, João Roberto Marques Amaral, Marçal Justen Filho, Maria Teresa Correia da Silva, Otacilio Caldeira Junior, Pedro Paulo de Almeida Dutra e Pêrsio Marco Antonio Davison para elaborar os seguintes anteprojetos de lei: a) lei sobre estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias no âmbito da União; b) lei sobre revisão dos estatutos jurídicos das entidades da administração indireta da União.

¹⁸ MARÇAL JUSTEN FILHO, op. cit. p. 32.

Ressalte-se que o regime jurídico dessas entidades não é peculiar nem diferente. Caracterizam-se como empresas públicas ou sociedades de economia mista também elas.

4. Prevê-se lei (ordinária federal) nacional que definirá o estatuto jurídico, válido para todas as unidades políticas, dadas as reservas da União para legislar sobre intervenção do Estado na economia, sobre direito societário e sobre normas gerais de licitações e contratações para a Administração Pública. Nesse sentido Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁹.

5. A regra constitucional em questão, na terminologia mais comumente adotada doutrinária e jurisprudencialmente, é de eficácia limitada, vindo ela a se aplicar integral e plenamente quando sobrevier a norma infraconstitucional a que se remete o constituinte. Observe-se que alguns doutrinadores – Carlos Pinto Coelho Motta,²⁰ Jessé Torres Pereira Júnior²¹ classificam essa norma como de eficácia contida.

Enquanto não for sancionada a legislação pertinente, demandada pelo art. 173, § 1º da Constituição, as sociedades de economia mista, suas subsidiárias e as empresas públicas não poderão, de modo próprio, adotar regra específica de licitação, como alguns admitem. Continuarão sob a égide da Lei nº 8666/93 e respectivas alterações. No mesmo sentido posiciona-se Alice Gonzalez Borges (Licitações e Contratos Administrativos das Estatais na EC 19/98. Revista Interesse Público. São Paulo: Notadez nº 2: 50-58, abr./jun. 1999, p. 53)

Cite-se a advertência do professor Caio Tácito, em parecer específico, datado de 02.12.91, comentando o art. 175 da Constituição:

*“A aplicabilidade da norma constitucional está, portanto, vinculada à existência de lei que regule a matéria. Quando, porém, a Constituição condiciona a aplicação de seus preceitos à disciplina em lei reguladora, o requisito não se subordina necessariamente à edição de lei nova. O ordenamento legal que a antecede tem sua validade e vigência confirmadas pelo princípio da permanência do direito anterior, o qual, perante o advento de uma nova Constituição, mantém a vitalidade da ordem jurídica existente, salvo se conflitante com a norma superveniente de maior hierarquia, hipótese em que a lei ordinária desaparece por revogação, e não por inconstitucionalidade”.*²²

¹⁹ Apontamentos sobre a Reforma Administrativa. RJ: Renovar, 1999, p. 114

²⁰ “Impactos da Emenda Constitucional nº 19/98 e da Lei nº 9.648/98 na lei de Licitações”. BLC nº 06, jun. 1999, Ed. NDJ, p. 276-284).

²¹ Op. cit. p. 8.

²² RDA nº 186, p. 362.

Conclusões

Em síntese, a EC introduziu alguma mudança no que concerne ao regime jurídico constitucional das empresas estatais, e, conseqüentemente, à sua forma de atuação, instrumentos disponíveis ao seu desempenho e mecanismos de controle pelo seu uso.

Contudo, é de se considerar que as mudanças processadas no sistema constitucional, independente do que teria sido a intenção do constituinte reformador, mas considerando-se o subsistema administrativo que acabou constando da reforma promulgada, não chegaram a ser de molde tal a extinguir a distinção feita entre empresas estatais prestadoras de serviço público e aquelas outras exploradoras de atividade econômica.

O art. 22, inciso XXVII CF/88 com a redação dada pela EC 19/98, ao prescrever que a União, ao editar normas gerais de licitação e contratação para as empresas estatais - sem distinguir as exploradoras de atividade econômica e as prestadoras de serviços públicos - observará o inciso III do § 1º do art. 173 CF, não quer dizer que o legislador deva conferir-lhes um disciplinamento único. Ao legislador ordinário caberá decidir o caminho a seguir.

Todavia, não se nega que a redação defeituosa do art. 22, inc. XXVII, CF propicia vários entendimentos e, qualquer que seja a interpretação que vier a ser adotada, engendra problemas.

Considere-se também, que com a reforma do Estado que vem sendo promovida, a presença de empresas públicas tende a reduzir-se substancialmente, perdendo a importância que possuía nos últimos cinquenta anos. As empresas estatais estão virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivas transformações na legislação infraconstitucional. Eliminou-se o monopólio estatal no tocante a inúmeros segmentos de serviços públicos relevantes. Introduz-se a competição entre prestadores, suscitando a aplicação do direito de concorrência e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la.

É um assunto complexo e fértil que, sem dúvida, está sendo trabalhado em nível doutrinário em busca de sua exata expressão jurídica.