

CONSTITUIÇÃO FEDERAL — REFORMA ADMINISTRATIVA: LICITAÇÃO NAS EMPRESAS ESTATAIS

Benedicto Porto Neto

Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público.

Foi recentemente promulgada pelo Congresso Nacional a Emenda Constitucional da Reforma Administrativa.

Durante sua tramitação, houve propostas para substanciais alterações no tratamento dispensado às licitações realizadas por empresas estatais. Chegou-se a propor, inclusive, que fosse retirada do texto constitucional a norma que lhes impõe o dever de licitar, o que poderia conferir mais flexibilidade à regulamentação legal da matéria.

A Emenda finalmente aprovada, porém, não trouxe novidades substanciais.

A primeira modificação no texto constitucional relacionada ao tema está no art. 22, XXVII:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

“XXVII – 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 art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;”

A parte inicial do inciso transcrito não traz modificação alguma. Antes da Emenda Constitucional já era atribuída a União a competência para editar normas gerais de licitação dirigidas a Administração Pública Direta da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Também já era da União a competência para veicular normas gerais sobre a matéria para as empresas estatais, como segue prevendo a segunda parte do inciso. A novidade está apenas na remissão ao art. 173, § 1º, III, do texto constitucional, que deverá ser observado no disciplinamento da licitação para as empresas estatais.

O § 1º do art. 173, introduzido na Constituição pela mesma Emenda, tem a seguinte 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.” (o *caput* do artigo não é novo)

Um primeiro esclarecimento se faz necessário sobre o alcance do novo § 1º do art. 173 da Constituição Federal: ele trata apenas do regime jurídico das empresas estatais que desempenham *atividade econômica*.

Há duas espécies de empresas estatais: uma formada pelas empresas que desempenham *atividades econômicas*, atividades reservadas constitucionalmente aos particulares e que estão sujeitas ao regime de direito privado. Nos termos do art. 173 da CF, apenas excepcionalmente, em casos de segurança nacional e relevante interesse público, o Estado pode desempenhar essas atividades. A segunda espécie é constituída pelas estatais que prestam *serviços públicos*, ou seja, os serviços reservados ao Poder Público e subordinados 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).

O § 1º do art. 173 da CF disciplina as empresas estatais que integram o primeiro grupo apontado, aquelas que desempenham *atividade econômica*. É que o *caput* daquele artigo cuida da intervenção direta do Poder Público na *atividade econômica*. Logo, o seu §1º disciplina o regime jurídico das empresas estatais que atuam naquele campo. Todo parágrafo está vinculado ao *caput* do artigo, com ele relacionando-se. Para que seja compreendida a norma contida no parágrafo é imprescindível sua compatibilização com o *caput* do artigo ao qual se vincula.

A expressão *atividade econômica* contida no § 1º do art. 173, portanto, afeta tanto aos termos “produção ou comercialização de bens” como a locução “prestação de serviços”. Sem preocupação com o estilo redacional, a norma também pode ser vazada nos seguintes termos: a lei estabelecerá o estatuto jurídico das empresas estatais que explorem *atividade econômica* de produção ou comercialização de bens ou *atividade econômica* de prestação de serviços (...).

Isso não significa que as estatais *prestadoras de serviços* públicos estejam dispensadas de promover licitação. A norma que lhes impõe o dever de promovê-la está contida no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que alcança todas as pessoas da Administração Pública Direta e Indireta.

Pois bem, embora o art. 173, § 1º, da CF cuide do estatuto jurídico das estatais que desempenham *atividade econômica*, o art. 22, XXVII, prescreva que a União, ao editar normas de licitação pública 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 pública para as duas espécies de empresas estatais.

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

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

“Art. 37. A Administração Pública Direta, Indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

XXI – Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

As estatais já estavam sujeitas ao dever de licitar com observância dos princípios da Administração Pública. Daí porque a norma do inciso III do § 1º do artigo 173 da Constituição Federal não inovou no tratamento da matéria. 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 constitucional, porém, tem o mérito de afastar definitivamente uma antiga polêmica.

Não se pode mais colocar em dúvida que as estatais que desempenham *atividade econômica*, embora sujeitas ao regime das empresas privadas, devem realizar licitação pública (a dúvida não se apresentava em relação às estatais prestadoras de serviços públicos).

É importante destacar que esse tratamento não representa novidade.

Ainda na vigência da Constituição Federal de 67/69, Celso Antônio Bandeira de Mello defendia a obrigatoriedade do certame licitatório para essas empresas.

A tese veio a ser incorporada expressamente no texto constitucional de 1988, como já foi dito (art. 37, XXI).

Finalmente, aniquilando qualquer resistência à interpretação pioneiramente defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, o Supremo Tribunal Federal 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 n.º 21.322-1 - DF, in Boletim de Direito Administrativo 5/291, 1995).

O que se pode discutir agora é se a norma constitucional em comento veio *ampliar* o dever de realizar licitação pública para as empresas estatais que desempenham *atividade econômica*. É que mesmo os juristas que sempre defenderam a sujeição dessas empresas ao princípio da licitação entendem que elas estão dispensadas do certame licitatório para desempenhar suas *atividades-fim*, ou seja, para exercer as atividades para as quais foram criadas.

Como o inciso III do § 1º do art. 173 não faz referência alguma a exceções, estaria

impondo a licitação também nesses casos?

Entendo que não.

A exigência de que as estatais que desempenham atividade econômica realizem licitação também no exercício de suas atividades-fim representaria a inviabilização da sua atuação. A interpretação mais abrangente do dispositivo impediria, de fato, que as estatais ingressassem no campo dos particulares, mesmo em casos de segurança nacional e relevante interesse público (hipótese admitida pelo art. 173 da CF).

A Constituição Federal atribui regimes jurídicos distintos para as atividades-fim e as atividades-meio das empresas estatais. Com efeito, prescreve o art. 173, § 1º, inciso II, que as empresas estatais estão sujeitas ao *regime próprio das empresas privadas*, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; os contratos que celebram, portanto, estão subordinados ao regime privado. Mas logo em seguida, no inciso III do mesmo parágrafo, está previsto que a *contratação* de obras, serviços, compras e alienações deve observar os *princípios da administração pública*; esses contratos, então, ficam sujeitos ao regime de direito público.

A compatibilização dos dois preceitos conduz à conclusão de que o inciso II trata do desempenho das *atividades-fim* pelas empresas estatais – quando seus contratos serão regidos pelo direito privado – e o inciso III, das *atividades-meio*, sempre submissas ao regime público.

É certo que a licitação pública não se confunde com o contrato dela decorrente; é procedimento administrativo que o antecede. O que se quer colocar em destaque, porém, é que a Constituição erigiu distinção entre o desempenho daquelas atividades, pelo que é razoável levar em conta a diferenciação estabelecida para identificação do alcance da norma que impõe a realização de licitação pública. A interpretação sistemática da Constituição conduz à conclusão de que a celebração de contratos peculiares às atividades-fim das estatais continua não reclamando a realização de licitação pública, sob pena de restar inviabilizada sua atuação.

O art. 173, § 1º, da Constituição contempla ainda a edição de *lei específica* para disciplinar a licitação das empresas estatais que desempenham atividade econômica (a norma, reitere-se, não alcança as empresas prestadoras de serviço público).

Nada impedia, antes da promulgação da EC, que fossem criadas normas diferenciadas para as empresas estatais, particularmente para as que desempenham atividade econômica. Não havia no texto constitucional qualquer norma ou princípio que determinava a submissão de todas as pessoas da Administração às mesmas normas gerais de licitação.

É bem verdade que há princípios jurídicos da licitação que são comuns para todas essas pessoas: o da legalidade, da competitividade, da vinculação aos termos do edital, do julgamento objetivo, da publicidade. Mas a imposição deles decorre da própria Constituição Federal. A partir daí nada impede a adoção de regras distintas para as diferentes pessoas da Administração Pública.

Essa questão deve ser apreciada em breve pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade promovida por partidos políticos contra a Lei n.º 9.472, de 16

de julho de 1997, Lei Geral de Telecomunicações, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, autarquia federal reguladora dos serviços de telecomunicações (Adin n.º 1.668-5). Os autores da ação insurgem-se contra o art. 210 da LGT que exclui as licitações da Anatel do regime da Lei n.º 8.666, de 21 de novembro de 1993. Para eles, todas as pessoas da Administração Pública, nas três esferas de governo, devem estar sujeitas às mesmas normas gerais sobre o tema.

O Supremo Tribunal Federal ainda não julgou o pedido de suspensão da eficácia do preceito referido, mas negou liminar para suspender outro dispositivo daquela Lei (art. 54, parágrafo único), também impugnado, que criou duas novas modalidades de licitação para a Anatel – o pregão e a consulta – não admitidas pela Lei n.º 8.666/93 (art. 22, § 8º). Assim, em juízo preliminar, o STF, por maioria de votos, não vislumbrou vício de constitucionalidade no artigo da LGT que cria novas modalidades de licitação especialmente para a Anatel, o que indica a tendência daquela Corte em relação ao art.210 da mesma Lei. Por ora resta aguardar a manifestação do STF.

Prevalecendo o entendimento que ora sustento, a Reforma Constitucional não era necessária para permitir lei especial sobre licitação para as empresas estatais que desempenham atividade econômica; bastava a edição, pelo legislador ordinário, do diploma legal específico.

Em relação às estatais *prestadoras de serviço público* a situação é igual. Embora não haja previsão no texto constitucional de lei específica para disciplinar as licitações por elas promovidas, continua não existindo restrição ao estabelecimento de regime jurídico próprio para elas. Ao legislador ordinário, pois, cabe decidir sobre a orientação a seguir.

O mais importante na reforma administrativa, parece-me, é a intenção do Governo Federal (seu verdadeiro artífice) que está por trás dela.

As novidades inseridas no § 1º do artigo 173, em minha opinião, revelam a disposição do governo de ver deslocado o *foco de controle* da atuação contratual da empresa estatal que desempenha atividade econômica. O objetivo perseguido parece ter sido a viabilização da edição de lei que concentre o controle no *resultado final dessa atuação* e não no processo de *formação da vontade contratual*.

O procedimento administrativo foi concebido como importante e eficiente instrumento para garantir a validade e eficiência da atuação estatal. A procedimentalização da conduta estatal conduz à despersonalização da vontade dos agentes públicos para convertê-la em vontade *objetiva* da Administração. Por meio do procedimento, procura-se garantir que a atuação do Poder Público esteja afinada com as leis que a disciplinam. Quer-se, com a licitação, garantir a celebração de contratos vantajosos para a Administração e a observância do direito de igualdade dos particulares (art. 3º da Lei n.º 9\8.666/93). O procedimento é instituto voltado a defesa do interesse público e dos direitos dos particulares.

Esse mecanismo de controle, porém, trouxe um inconveniente: a burocratização da atuação administrativa, que, no caso da licitação, alcançou seu ápice com a edição da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. A preocupação em controlar os inúmeros desvios verificados na celebração de contratos pelo Governo Federal em momento histórico muito

recente, fez com que, na alteração da legislação sobre a matéria, fossem adotadas regras rigorosas para contratação, com complexos requisitos formais que acabam dificultando sobremaneira a atuação do Poder Público. A burocracia própria dos procedimentos foi agravada com a edição daquela Lei.

A submissão das estatais que desempenham atividade econômica às mesmas regras de licitação revela-se ainda mais inconveniente, porquanto elas foram criadas com personalidade de direito privado justamente para agilizar a atuação do Estado.

Esse, portanto, passa a ser o grande desafio: encontrar o equilíbrio entre o controle da Administração e a eficiência da sua atuação.

A reforma administrativa não viabiliza o fim da licitação para as empresas estatais que desempenham atividade econômica. O art. 173, § 1º, III, da Constituição reitera a submissão delas ao princípio da licitação, com obediência aos princípios da administração pública. Daí porque é impossível, por lei, afastar o procedimento licitatório para essas empresas.

O § 1º do art. 173, contudo, acrescenta que a lei definidora do regime jurídico das estatais deverá criar mecanismos para avaliação de seu desempenho e para apurar a responsabilidade dos administradores (inciso V). Assim, ao que me parece, o propósito da reforma foi conduzir o foco do controle administrativo para o resultado da atuação estatal, o que talvez propicie oportunidade para flexibilização do rigor no controle do processo da formação da vontade contratual. Nesta linha, poderão ser adotadas regras procedimentais mais simples, menos burocráticas, já que o controle da legalidade e eficiência administrativa pode ser complementado com o exame do resultado final da sua atuação.

Esse sistema de controle, porém, depende de lei que o adote e discipline. E a tarefa do legislador será árdua.

A idéia de sistema de controle do resultado da atuação administrativa não é nova. Agustin Gordillo já relata experiências nesse sentido na sua obra *Problemas del control de la Administración pública en América Latina* (Editorial Civitas, S.A., Madrid: 1981), apontando a dificuldade na sua implementação. Segundo o jurista, não se logrou ainda encontrar mecanismo que permita o funcionamento eficiente desse sistema de controle. Como será possível coibir favoritismos e perseguições nos negócios realizados pela Administração com o controle do resultado de sua atuação? Essa é a grande questão a ser enfrentada. No mais das vezes, diz o jurista argentino, o controle se limita à apuração de responsabilidades dos agentes e imposição de sanções, o que, fora de dúvida, é insuficiente para garantir a correção dos caminhos percorridos pelo Poder Público. Faltam, portanto, instrumentos corretivos da conduta administrativa. Esse é o desafio do legislador, se ele, de fato, encampar a idéia que o Governo Federal parece ter para a licitação das empresas estatais que desempenham atividade econômica.