Lei de licitações de estatais peca pelo excesso de regras

O regime jurídico das empresas estatais vem sendo discutido com atenção e interesse impressionantes, notadamente em razão da preocupação com os abusos descobertos na esteira da operação “lava jato”. Em um cenário desconcertante e aterrorizante (para os que se preocupam com a correta aplicação dos recursos públicos, pelo menos), ganhou novo ritmo a regulamentação do artigo 173, § 1º da Constituição da República[1], culminando com a aprovação a jato (peço escusas pelo trocadilho) da Lei 13.303, de 30 de junho de 2016. A nova lei estabelece o “estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias”, com regras ligadas a toda a complexidade da existência e atuação dessas empresas no mercado. Um dos temas essenciais desse estatuto é o regime de licitações e contratos, questão que constitui objeto deste breve ensaio.

Empresas estatais: entre direito público e direito privado

A atuação empresarial do Estado possui perfil jurídico, sociopolítico e econômico variável a depender das características e do estágio de desenvolvimento de cada país. Como anota Bilac Pinto, em artigo pioneiro publicado em 1952, no Brasil a atuação do Estado no domínio econômico não se operou mediante planejamento prévio ou como consequência de elaboração doutrinária, mas teve caráter fragmentário e foi se operando em diversas situações de oportunidade e necessidade prática no curso das vicissitudes de uma longa história[2]. A nova lei é mais um desses fatos definitivamente influenciados pelas circunstâncias peculiares do momento político.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

O regime jurídico das *empresas estatais* encontra-se em campo de interseção entre o direito público e o direito privado e se desenvolve tendo como pano de fundo o cenário econômico. A atuação estatal sob as "vestes do direito privado" não é novidade. Com efeito, a história nos demonstra um movimento crescente de criação de entes descentralizados organizados sob os modelos típicos do direito privado que recebem tarefas que, direta ou indiretamente, os *instrumentaliza para buscar os fins de interesse público* atribuídos ao ente político respectivo pela Constituição.[3] Celso Antônio Bandeira de Mello há um bom tempo já apontava as possibilidades e as razões que levaram o Estado a adotar estruturas organizativasde direito privado:

"O Poder Público, invejando a eficiência das sociedades comerciais, tomou de empréstimo os figurinos do direito privado e passou a adotar-lhe os processos de ação, constituindo pessoas modeladas à semelhança delas para prestação dos mais variados serviços. Quer para a prestação de serviços públicos propriamente ditos, quer para o desempenho de atividades de exploração econômica em setores onde se fazia necessária sua atuação supletiva ou, até mesmo, monopolística, o Estado acolheu o sistema próprio do direito privado. A isto foi impelido tanto pelo objetivo de ganhar mais eficiência quanto, em certos casos, pela natureza peculiar da atividade que, por assim dizer, não se compatibilizaria com outro meio de ação."[4]

O fato de o regime jurídico das empresas estatais situar-se em um campo de interseção entre o público e o privado ainda causa hesitações na doutrina e na jurisprudência, geralmente acostumadas a trabalhar com modelos dicotômicos. O desafio para os juristas nesse campo é conseguir encontrar o equilíbrio na aplicação desse *amálgama entre público e privado*, de forma a permitir a utilização dos legítimos meios e procedimentos do direito privado sem olvidar dos condicionamentos impostos pelo direito público.

Complexidade das atividades das empresas estatais

A distinção entre *serviço público* e *atividade econômica em sentido estrito* tem merecido a atenção e acolhida de grande parte da doutrina e da jurisprudência. A distinção, encarecida sobretudo para precisar a distinção dos regimes jurídicos aplicáveis pelas empresas estatais que exercem uma ou outra atividade, tem seu fundamento principal nas regras constantes dos artigos 173 e 175 da Constituição. Como anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "[…] A distinção ganha relevo em matéria de interpretação das leis. Quando se trata de atividade econômica exercida pelo Estado com fundamento no artigo 173, que determina a sujeição ao direito privado, este é que se aplicará, no silêncio da norma publicística; por outras palavras, presume-se a aplicação do regime de direito privado, só derrogado por norma expressa, de interpretação estrita. Quando, porém, o Estado fizer a gestão privada do serviço público, ainda que de natureza comercial ou industrial, aplicam-se, no silêncio da lei, os princípios de direito público, inerentes ao regime jurídico administrativo"[5].

Apesar da dificuldade de se conceituar serviço público, não há controvérsia em se reconhecer que a atividade econômica em sentido estrito é exercida preponderantemente pelo particular e, por esta razão, deve se sujeitar ao direito privado. Nesse caso, há uma *reserva constitucional de direito privado* – expressão do português Paulo Otero – no âmbito da atuação empresarial do Estado voltada ao desempenho de atividades econômicas em sentido estrito.

Entretanto, a dicotomia *serviço público* e *atividade econômica* não é mais suficiente para abranger a complexidade das atividades executadas pelas empresas estatais e o seu respectivo regime jurídico, pois

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

existem atividades que não se enquadrarão nos respectivos conceitos estritos. Luciano Ferraz já anotou que a atuação empresarial do Estado também pode se verificar no âmbito da atividade de fomento, do planejamento econômico (como o BNDES e a Apex/Brasil) e da fiscalização (como empresas de controle de trânsito). Marçal Justen Filho, ao seu turno, identifica a existência empresas criadas para a prestação de serviços e o fornecimento de bens exclusivamente para a Administração, ou seja, atividades de suporte para o exercício das atividades da Administração Pública (servem como exemplo os serviços de tecnologia da informação e impressão de diários oficiais, que demandam alto grau de segurança e sigilo em sua execução). Outro problema reside na possibilidade de *desempenho cumulativo* das duas atividades – serviço público e atividade econômica em sentido estrito – por uma mesma empresa estatal.

A hipótese não é nova, mas tem despertado mais interesse em razão de sua utilização mais frequente e da complexidade das atuais estruturas empresariais. A Casa da Moeda do Brasil, por exemplo, é responsável pela impressão de cédulas, mas também oferece ao mercado os serviços de cunhagem de moedas comemorativas e produção de produtos gráficos de segurança, como selos fiscais, postais e cartoriais, bilhetes magnetizados, diplomas etc. Em suma, essas questões tornam complexa a identificação do regime jurídico das empresas estatais por meio do recurso ao exercício da atividade de serviço público *ou* atividade econômica.

Nesse cenário, a possibilidade de concorrência na prestação de serviços públicos passa a ser um dos mais importantes vetores para a identificação do regime jurídico das empresas estatais[6]. Com efeito, se a empresa estatal compete com o particular na prestação do mesmo serviço público, deve fazê-lo na maior condição de igualdade possível: não pode deter prerrogativas que a privilegiem frente ao particular, tampouco ser sujeitada a restrições injustificadas que a prejudiquem. A livre concorrência, enquanto fundamento da ordem econômica, é maculada tanto pela concessão de privilégios quanto pela previsão de amarras. Essa questão, que é crucial para a compreensão do regime jurídico aplicável às empresas estatais, passou despercebida pela nova lei.

Lei 13.303/2016 e sua abrangência

O regime jurídico das licitações das empresas estatais constitui questão importante e polêmica por materializar sujeição imposta pelo direito público a pessoas regidas predominantemente pelo direito privado. A Constituição trata do tema no artigo 22, XXVII e no § 1.º do art. 173, ambos com a redação que lhes foi conferida pela EC 19/1998:

> "Art. 22 […]
> 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, § 1.º, III.
>
> Art. 173. […]
> § 1.º 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:
> […]
> III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

administração pública.”

Na ausência da norma específica prevista no artigo 173, prevalecia o acertado entendimento doutrinário segundo o qual as empresas que desempenham atividade econômica não estariam sujeitas às disposições da Lei 8.666/1993 para as contratações estritamente ligadas às suas atividades negociais, que exigem agilidade e simplicidade para competirem com as empresas privadas. O TCU, em diversos julgados, entendia que a Lei 8.666/1993 era aplicável como regra, exceto nos casos em que sua observância acarretasse óbice intransponível às *atividades-fim* da empresa, o que deve ser devidamente justificado nos autos do procedimento[7].

A Lei 13.303/2016 inovou ao submeter às suas regras as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de *monopólio* da União ou seja de *prestação de serviços públicos*. Houve uma ampliação do campo de incidência previsto no artigo 173, §1º da Constituição, direcionado às empresas estatais que exploram diretamente *atividade econômica*.

A primeira pergunta que naturalmente se apresenta diz respeito à constitucionalidade dessa ampliação, ou seja, se a lei deveria ter restringido seu alcance apenas às empresas estatais que exploram atividade econômica. Há inconstitucionalidade ao prever um mesmo regime licitatório para essas empresas estatais com diferentes atividades? Especificamente no tocante às licitações e contratos, não vejo problema.

É clara a determinação constitucional para a criação de um regime licitatório específico para as estatais que exploram atividade econômica em decorrência do disposto nos artigos 22, XXVII e 173, §1º, III. Sendo mais preciso, a Constituição determina que o regime dessas empresas seja *diferente* das normas gerais aplicáveis à Administração direta, autarquias e fundações. No artigo 22, XXVII, não foi feita qualquer menção à necessidade de que o regime *geral* – aplicado à Administração direta, autarquias e fundações – fosse necessariamente o *mesmo* aplicado às empresas estatais prestadoras de serviços públicos.

Na verdade, a interpretação favorável à predominância do *direito público* advém, sobretudo, da importância da relação jurídica existente entre o cidadão e o prestador do serviço público, independentemente de sua estrutura organizacional (se empresa estatal, concessionária, órgão da administração direta, etc.).

O artigo 175 da Constituição prevê a edição de norma específica a respeito da concessão e permissão de serviços públicos, incluindo a respectiva licitação. Essa norma possui como objeto as relações jurídicas existentes na concessão, notadamente entre concessionário-concedente e concessionário-usuário. Não há qualquer intenção da norma (materializada, em linhas gerais, na Lei 8.987/95) de se disciplinar licitações e contratos de concessionária de serviços públicos, ainda se pertencentes à Administração Pública. A discussão a respeito do enquadramento das empresas estatais como concessionárias, aliás, renderia outro artigo.

Desta forma, as empresas estatais que prestam serviços públicos não estão necessariamente sujeitas às normas gerais de licitação aplicáveis à Administração Direta. As normas relativas às licitações dessas empresas poderiam ser tratadas em leis específicas – tal como ocorre com a ANATEL, autarquia, cuja

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

lei de criação trouxe regras a respeito de licitações. Porém, com o advento da Lei 13.303/16, o legislador simplesmente optou por submeter também essas empresas estatais às mesmas regras aplicáveis àquelas que exploram atividades econômicas em sentido estrito. Pode-se discutir a constitucionalidade dessa opção em um confronto entre as regras específicas e o conteúdo de princípios constitucionais, mas não somente em razão de suposta extrapolação da competência constante do artigo 173.

A Lei 13.303/2016: o que foi e o que poderia ter sido

As afirmações acima apenas analisam, sob o ponto de vista formal, a constitucionalidade da inclusão das empresas estatais que prestam serviços públicos no regime de licitações e contratos instituído pela nova lei. Não há qualquer análise aprofundada a respeito do conteúdo da lei, com opinião a respeito das regras licitatórias postas — isto será feito em outra oportunidade. Entretanto, é possível adiantar que o legislador perdeu uma ótima oportunidade de modernizar e simplificar o regime licitatório das estatais. As regras são muitas, em uma confusa mistura das leis 8.666/93, da Lei 12.462/2012 (RDC) e da Lei 10.520/2002 (pregão). A disciplina exaustiva poderia ter cedido lugar a cânones essenciais, que preservassem a possibilidade de ajustes mais ágeis e flexíveis, sem prejuízo da transparência e da prevenção à corrupção.

O excesso de procedimentos pode dificultar a atuação das empresas, notadamente as que atuam em regime de concorrência. Abundância de regras não garante contratação proba, eficiente, econômica e eficaz. O foco excessivamente formal nas etapas pré-contratuais não se repete durante a execução dos contratos, etapa costumeiramente utilizada para fins espúrios. Penso que a ideia seria adotar os modelos e práticas existentes no mercado com as adaptações impostas pelos princípios da isonomia, publicidade e interesse público; entretanto, a impressão inicial é que foi feita uma barafunda com as regras existentes, aperfeiçoando algumas e relaxando outras.

De toda forma, há uma luz no fim do túnel. No dia 23 de junho 16 foi publicada portaria do Ministério do Planejamento nomeando comissão de reputados juristas para elaborarem anteprojeto de lei para as normas gerais de licitação e contratação. Espero que possam colocar (ou pelo menos, tentar) um pouco de ordem e luz nessa tremenda incongruência e confusão.

[1] § 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.(Incluído pela

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
[2] PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas emprêsas públicas. *Revista de direito administrativo* – seleção histórica, p. 257-270, Rio de Janeiro, 1991.
[3] VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedades anônimas ou companhias de economia mista. *Revista de direito administrativo* – seleção histórica, Rio de Janeiro, n. 1-150, 1991. p. 29-38.
[4] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e Administração Indireta*. 2. ed. São Paulo: RT, 1979. p. 77.
[5] DI PIETRO, 2014, p.516-517.
[6] Nesse sentido já escreveram Alexandre Santos de Aragão, Carlos Ari Sundfeld, Floriano Azevedo Marques Neto e Marçal Justen Filho, dentre outros.
[7] Decisão 663/2002; Acórdãos do Plenário 1.268/2003, 1.581/2003, 403/2004; e Acórdão 1.854/2009 da 2.ª Câmara, entre outros.

Date Created
21/07/2016

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.