Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado
Número 6 – junho/julho/agosto 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

LICITAÇÃO NAS ESTATAIS EM FACE DA E.C. Nº 19

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello
Titular da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo

Com a sobrevinda do assim chamado "Emendão" (Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.98), irromperam dúvidas sobre o regime licitatório suscetível de *vir a ser aplicado* (no futuro) às empresas estatais.

Presentemente, como resulta do precitado art. 1º da lei nº 8.666, ditas empresas, sejam elas prestadoras de serviços públicos, sejam elas exploradoras de atividade econômica, encontram-se sob sua regência. Registra-se, apenas, que, no caso das *exploradoras de atividade econômica*, 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. Já as prestadoras de serviço público, obviamente, não teriam porque deixar de ajustar-se inteiramente à totalidade das exigências normativas da lei nº 8.666.

A questão que surge agora, diz respeito à *futura mudança deste estado de coisas* em face da nova redação atribuída ao inciso XXVII do art. 22 da Constituição. De acordo com seus termos, vale dizer, dos introduzidos pelo Emendão, compete legislativamente à União expedir "normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades para as administrações 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".

2. Ocorre que o art. 173 e seu § 1º (ao qual se remete o artigo 22, XXVII) são perfeitamente explícitos em elucidar que o neles disposto está reportado *única e exclusivamente a entidades exploradoras de atividade econômica*. Veja-se. Diz o referido artigo: "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".

Assim, é claro a todas as luzes que o preceito em causa **não está a tratar da prestação de serviços públicos**, que são atividades estatais por excelência, típicas do Poder Público, mas, pelo contrário, de exploração de atividade econômica, que, inversamente, por definição constitucional, é atividade dos particulares. Tanto isto é exato que o Estado só pode desenvolvê-la diretamente em hipóteses invulgares: quando acicatado por "imperativos da segurança nacional" ou por "relevante interesse coletivo" e, ainda assim, obedecida a prévia caracterização legal daquilo que como tal se deva entender.

3. De seu turno, o § 1º do aludido artigo 173 dispõe: "A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e suas subsidiárias que **explorem atividade econômica** de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: .... ". Donde, é da mais esplendorosa obviedade que o estatuto jurídico *a que se refere o preceptivo em questão* é o estatuto das estatais que se ocupem da produção de bens, da comercialização de bens ou da prestação de serviços que se constituam em **exploração de atividade econômica;** não, portanto, daquel' outras entidades estatais que, ao contrário das mencionadas, se ocupam de atividades visceralmente distintas: serviços **públicos**; é dizer: atividades essencialmente da alçada do Estado. Segue-se que o sobredito parágrafo 1º, ao determinar que a lei estabelecerá o estatuto jurídico de tais empresas dispondo sobre "III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública", à toda evidência está reportado à licitação e contratos efetuados por empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias **que explorem atividade econômica**. Não está, de conseguinte, a prever estatuto jurídico (que disponha sobre as matérias mencionadas no § 1º - e entre elas licitação e contratos) para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que, ao invés de explorarem atividade econômica, foram criadas para prestar serviços públicos.

4. Por força disto, resulta que o inciso XXVII do art. 22, ao se reportar ao art. 173, § 1º, III, há de ser entendido como tendo se circunscrito às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, permitindo, assim, que venham a ser solvidas por via legislativa as dificuldades de sua má acomodação à integralidade do sistema licitatório previsto para a administração direta e indireta - dificuldades estas que até então tinham que ser solutas por via de esforço doutrinário.

A entender-se de outro modo, isto é, caso se pretenda que a abrangência do inciso XXVII, *apesar de sua expressa remissão ao art. 173, abarca as duas espécies de empresas estatais*, será forçoso concluir que

parificou ditas pessoas; ou seja: que, em despeito de estarem em causa atividades que ela própria - Constituição - considerou visceralmente distintas, como efetivamente o são (serviço público e exploração de atividade econômica), pretendeu fazer "tabula rasa" do sobredito discrímen, conquanto nele se estratifique a separação essencial entre o que é próprio do Estado e o que é próprio dos particulares, *com os correlatos regimes jurídicos díspares*.

Deveras, a lei prevista no art. 173, § 1º constitui-se em habilitação para regular "exploração de atividade econômica" efetuada pelo Poder Público : atividade atípica do Estado. Logo, dela terá de resultar disciplina *informada pelos correspondentes critérios*, como é evidente, e não pelos critérios atinentes à prestação de serviços públicos. É verdade que a parte final do item III (do art. 173, § 1º) menciona: "observados os princípios da administração pública". Contudo, tais princípios serão os da administração pública *operante na esfera econômica* e não os da administração pública simplesmente, pois o que está em pauta é um regime diverso daquele que preside o comportamento típico da administração. Com efeito, se fora para adotar este último, não haveria necessidade do tal "estatuto", nem de uma regência específica de suas licitações e contratos, bastando a que se adota para a administração direta, suas autarquias e fundações. Aliás, o item II do mesmo parágrafo é claro ao estabelecer que o Estatuto a que alude a cabeça do artigo disporá sobre a sujeição de tais empresas "ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias".

5. Assim, seria rebarbativa a conclusão de que tanto entidades prestadoras de serviços públicos como exploradoras de atividade econômica, conquanto profundamente diversas em seus pressupostos de criação e em suas finalidades, devam ter suas licitações e contratos regulados na conformidade de dispositivo que se reporta - e até mesmo de modo enfático - exclusivamente às estatais exploradoras de atividade econômica. .

Não há negar que o reformador da Constituição - nos limites do poder de reforma - pode adotar as soluções que queira, mesmo se reveladoras de invulgar falta de descortínio, ou de senso jurídico. Sem embargo, o dever do intérprete não é o de buscar o "propósito", a "intenção", de quem produz a norma, mas o de identificar o que resulta da própria norma, ou seja, o *sentido objetivo dela*, independentemente do que haja sido desejado por seus fautores. Demais disto, entre duas interpretações possíveis, o exegeta tem que adotar a que melhor se harmoniza com o sistema como um todo, compatibilizando disposições diversas. "In casu", há outros preceptivos a serem considerados.

6. Deveras, o art. 37, que vasa, não apenas regras, mas *princípios* da Administração Pública *direta e indireta*, abrangendo, portanto, as empresas estatais, submete-as ao princípio da *moralidade administrativa*. O abrandamento do regime licitatório (ora previsto na lei nº 8.666) - única razão

para atribuir-se um regime peculiar às licitações das estatais - em nada contribuirá para a moralidade administrativa, como é óbvio. Só pode concorrer para que esta se exponha a defecções maiores. Se tal regime próprio, menos rígido, é compreensível no caso das exploradoras de atividade econômica, ante suas inevitáveis peculiaridades, inversamente, não é suscitado por necessidade alguma no caso das prestadoras de serviços públicos, já que desempenham atividade típica do Estado. Donde, supô-las inclusas neste mesmo abrandamento equivale a concluir que a Emenda Constitucional pretende escancarar-lhes facilidades gravosas à moralidade administrativa. Ora, entre alternativas hermenêuticas possíveis, o intérprete não pode jamais propender para aquela que desnecessariamente inculca à norma interpretanda um sentido conflitante com outra, maiormente se est' outra for veiculadora de um princípio e, no caso, do mais subido relevo: o da moralidade administrativa.

7. Demais disto, também não é de bom corte exegético enveredar por interpretações que aportem em resultados surpreendentemente despropositados. A entender-se que quaisquer empresas estatais ficarão sujeitas ao regime previsto para as exploradoras de atividade econômica, mesmo os contratos travados pelas prestadoras de serviços públicos serão havidos, consoante visto (item II, do § 1º do art. 173) como contratos de direito privado e *não contratos administrativos.* Logo, nem o contratante governamental desfrutará dos poderes **indispensáveis à proteção do interesse público** que lhe são reconhecidos no contrato administrativo, nem os contratados beneficiar-se-ão da garantia do equilíbrio econômico financeiro, fundamental para a segurança das relações em que estejam em pauta serviço ou obra pública. Por isto mesmo, está assegurado no art. 37, XXI, da Constituição. Este, todavia, no art. 22, XXVII, foi claramente afastado em relação às estatais ali mencionadas.

Bem se vê, então, que acolher a interpretação de que o art. 22, inciso XVII, está reportado à generalidade das empresas estatais conduz a autênticos disparates, a resultados desastrosos, que, sempre que possível, devem ser evitados em qualquer labor exegético, para não se incorrer de chapa na sempre lembrada advertência de CARLOS MAXIMILIANO, o príncipe de nossos mestres de exegese : *"Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis"*[1]

[1] - Interpretação e Aplicação do Direito, Ed. da Livraria do Globo, 2ª ed., 1933, pag. 183. No mesmo sentido é a lição do eminentíssimo ex-Ministro da Suprema Corte dos EUA, Edward Campbell Black, em sua vetusta e insuperável obra monumental sobre interpretação: "It is presumed that legislature does not intend an absurdity, or that absurd consequences shall flow from its enactments. Such a result will therefore be avoided, if the terms of the act admit of it, by a reasonable construction of the statute" (Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws, West Publishing, 1896, pag. 104). E logo além, à mesma página: "The presumption against absurd consequences of the legislation is therefore no more than the presumption that the legislators are gifted whit ordinary good sense".

8. Em suma: a correta interpretação do art. 22, inciso XXVII, em nosso entender, é - e só pode ser - a de que a lei a que ele se refere disporá sobre o Estatuto das empresas exploradoras de atividade econômica, nada tendo a ver com as prestadoras de serviço público.

Não se nega que também esta interpretação engendra problemas. Deveras, reconhecido, como se tem de reconhecer, que as prestadoras de serviço público não estão referidas no mencionado artigo, resulta 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.

Ante esta dificuldade, o exegeta se depara 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 constritiva ante os notórios abusos em que tradicionalmente incorriam nesta matéria.

Assim, haver-se-á de depreender que, ao respeito, a regra em apreço, segundo expressão corrente entre os exegetas, "dixit minus quam voluit". Em palavras simples: que foi muito mal redigida, o que não é de surpreender. Nisto estaria a revelar uma constante, encontrável também em outras disposições inseridas pelo Emendão, todas a demonstrar uma irremissível incapacidade de seus idealizadores operarem concreta e idoneamente no mundo das normas de direito as transformações que abstrusamente excogitaram.

9. Dessarte, cumpre, firmar a conclusão de 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.

Ao fim e ao cabo dir-se-á que as alternativas de interpretação levantadas - inclusive, pois, a que aqui é proposta como juridicamente adequada - não se livram de dificuldades que exigem tormentosas contorções exegéticas para extrair-se a solução sufragada pelo Direito. É verdade. Sem embargo, naqueles raros casos em que a regra jurídica foi produzida por quem não tinha o mínimo de competência técnica para a tarefa a que se propôs, sobra inevitavelmente para o intérprete um redobrado trabalho para compor um sentido racional, coerente e idôneo à face do direito posto tomado em sua unidade, ou seja, em seu conjunto, como, sabidamente, está obrigado a fazer.

Resulta, em última instância, que é inevitável, entre alternativas de interpretação, adotar aquela que se apresenta como mais ajustada à inteireza do texto onde se encarta a regra "sub examine", aquela que não contravém princípios básicos e que não se choca com outros dispositivos a que se reporta e que, ademais, evita incoerências, absurdos ou inconveniências óbvias.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Licitação nas estatais em face da E.C. nº 19. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 6, junho/julho/agosto, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Trabalho publicado originalmente na Revista Trimestral de Direito Público (RTDP), São Paulo, Ed. Malheiros, 1993, pp. 221-224; Revista do Serviço Público, Brasília, Escola Nacional de Administração Pública, ano 46, vol. 119, n. 2/3, maio-dez, 1995, pp. 95-119.