

A desburocratização no Anteprojeto de Lei Geral de Contratações da Administração Pública

Antônio Carlos Cintra do Amaral

A desburocratização é, sem dúvida, uma das maiores preocupações do Anteprojeto de Lei Geral de Contratações da Administração Pública, o que é elogiável. Mas ele é tímido pelo menos em dois pontos básicos. Vejamos.

Vimos no Comentário anterior que antes do Decreto-lei 2.300/86 as empresas estatais (e fundações instituídas pelo Poder Público) estavam livres para aprovar seus próprios regulamentos de contratações, desde que observassem os princípios da licitação. Com o advento desse decreto-lei, essas empresas continuaram autorizadas a aprovar seus próprios regulamentos, com procedimentos simplificados, observados não apenas os princípios da licitação, mas também os limites para escolha das modalidades de licitação e o elenco dos casos de dispensa e inexibilidade. A Lei 8.666/93 acabou com essa flexibilidade.

Em junho de 1998, veio a Emenda Constitucional nº 19 e alterou novamente a situação. Sobre essa alteração escrevi Comentário nesta página, que vale transcrever quase que na íntegra:

“A Constituição Federal dispunha, no art. 22, inciso XXVII, que a União tinha competência privativa para legislar sobre ‘normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle’.

Assim, a União tinha competência para legislar sobre normas gerais aplicáveis, em todas as esferas de poder:

- a. à Administração Direta, autarquias e fundações instituídas pelo Poder Público; e*
- b. às empresas estatais em geral (sociedades de economia mista e empresas públicas).*

A Emenda Constitucional nº 19, de 4/6/98, deu nova redação a esse inciso, que passou a referir-se a ‘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’.

À primeira vista, o texto permaneceu o mesmo. Quando, porém, nos deparamos com a alteração de uma norma constitucional ou legal devemos partir do pressuposto de que essa alteração inovou no mundo jurídico. Vale dizer: que ela não foi apenas de redação, mas também de ‘sentido’, de ‘significado’.

Volto a expor nesta página, em breve síntese, entendimento que já em setembro de 1998 sustentei em palestra pronunciada em Seminário promovido pelo Instituto de Direito Administrativo Paulista – IDAP.

De acordo com a nova redação (péssima!) dada a esse dispositivo constitucional, entendo que a União continuou com a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação aplicáveis, em todas as esferas de poder, à Administração Direta, autarquias e fundações instituídas pelo Poder Público. Quanto às empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), ficaram elas sujeitas apenas aos princípios da licitação, ‘nos termos do art. 173, § 1º, III’.

O § 1º, III, do art. 173, que também foi alterado pela Emenda Constitucional nº 19, dispõe que ‘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 administração pública.’ Esses princípios estão basicamente mencionados no art. 37, e são os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, podendo a estes acrescentar-se os princípios da isonomia (art. 5º) e da economicidade (art. 70).

*A lei a que se refere o § 1º do art. 173 da Constituição deverá estabelecer o estatuto jurídico das empresas estatais que exercem **atividade econômica**. Mas a interpretação sistemática da Constituição leva ao entendimento de que, **por força do disposto no inciso XXVII do art. 22**, o inciso III desse parágrafo abrange também as empresas estatais que prestam **serviço público**, assim como aquelas que exercem atividade de **suporte à Administração Pública** (empresas de planejamento, desenvolvimento, processamento de dados, urbanismo, pesquisa, etc.).”*

Voltei a defender essa tese em palestra pronunciada no **XIV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo**, realizado em Goiânia no período de 13 a 15/09/2000. Essa palestra foi publicada na Revista Diálogo Jurídico nº 3, junho de 2001, editada no site www.direitopublico.com.br, Salvador, Bahia. Desenvolvi o mesmo raciocínio jurídico e encerrei dizendo:

“Como o legislador, infelizmente, nem sempre cumpre com a devida presteza os comandos constitucionais, a lei prevista no art. 173, § 1º, até hoje não foi

aprovada. O que nos deixa em uma situação esdrúxula, qual seja a de aplicação às empresas estatais de uma lei que atualmente está, a rigor, em desconformidade com a ordem constitucional no que se refere a essa aplicação.”

Pergunto agora: por que não se aproveita uma lei **nacional**, tal como a que se pretende aprovar, lei essa que será editada exatamente no uso da competência conferida pelo art. 22, inciso XXVII, da Constituição, para autorizar **explicitamente** o que a meu ver já está **implícito**, ou seja, por que não se aproveita a oportunidade para autorizar as empresas estatais, **de qualquer tipo**, a adotar regulamentos de contratação próprios, desde que observados os princípios da licitação? Isso certamente contribuirá para a desburocratização das contratações por elas efetuadas, devolvendo-lhes a relativa flexibilidade que o legislador, em um momento de insensatez, retirou com a edição da Lei 8.666/93. Nada impede, aliás, que essa flexibilidade seja restaurada também no que se refere a obras e serviços de engenharia, ficando o âmbito de aplicação da Lei 8.666/93 restrito apenas às obras e serviços de engenharia contratados pela Administração Direta, autárquica e fundacional.

O que faz o Anteprojeto? Sujeita às normas legais as contratações das empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos (art. 1º, § 2º). Dispõe, no art. 185, que as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas devem observar as normas legais até que seja editado o estatuto jurídico a que se refere o § 1º do art. 173 da Constituição (do Anteprojeto consta menção ao art. 174, mas é claro que houve erro de digitação). E quanto às empresas que exercem atividade de suporte à Administração Pública, ignora-as.

Não se diga que a questão passou a ser irrelevante após as privatizações ocorridas nos últimos anos. Na esfera federal temos as empresas do setor energético, que prestam serviço público, como FURNAS e CHESF, as que exploram atividade econômica, como o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, e outras empresas, como SERPRO, DATAPREV e EMBRAPA, que exercem atividade de suporte à Administração Pública. Sem contar inúmeras empresas que se espalham pelo Brasil sob controle de Estados, Municípios e Distrito Federal.

O segundo ponto é a exigência que se faz de certidões comprobatórias de regularidade fiscal. Há quem sustente que ela contraria o art. 37, XXI, da Constituição, que somente permitiria que se exigissem requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira. Não quero discutir, no momento, essa questão. A exigência de regularidade fiscal pode até ser constitucional. Mas é altamente burocratizante e, portanto, desarrazoada. A licitação não deve ser utilizada como instrumento de combate à sonegação fiscal. Esse expediente foi utilizado pelo Decreto-lei 2.300/86, foi preservado pela Lei 8.666/93 e – pelo menos é o que penso – deveria agora ser abolido, ressalvadas as certidões do INSS e do FGTS, que devem ser exigidas para a contratação com o Poder Público, como determina o art. 195, § 3º, da Constituição.

Poder-se-ia argumentar que não é tanto assim, porque o Anteprojeto prevê a apresentação das certidões de regularidade fiscal apenas pelo licitante vencedor. Esse argumento, porém, não procede. Primeiro, porque se dá bastante ênfase ao cadastramento, e, para cadastrar-se,

todos os interessados em contratar com a Administração devem apresentar – e **manter atualizadas** – essas certidões. Segundo, porque nenhuma empresa, mesmo não cadastrada, cometerá a insensatez de ingressar em uma licitação sem que conte com tais certidões atualizadas, para a eventualidade de vir a ser contratada.

O Anteprojeto, além de não aliviar essa carga burocrática, prevê a apresentação de dois documentos novos. No art. 102, exige da pessoa física, para qualificação econômico-financeira, “*declaração do imposto sobre a renda do último exercício financeiro*” (inciso II, alínea “a”) e “*declaração de que não há execução judicial do seu patrimônio que afete sua boa situação financeira*” (inciso II, alínea “b”). Esta última deverá ser substituída, na contratação, pela respectiva certidão comprobatória (art. 111).

Essas exigências são inconstitucionais. Contrariam o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição, que somente permite “*as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”. Não consigo vislumbrar sequer a “*pertinência*” da apresentação desses documentos, quanto mais sua “*indispensabilidade*”. Por outro lado, os dados contidos na declaração de rendimentos, especialmente na declaração de bens, são confidenciais, protegidos pelo art. 5º, inciso X, da Constituição, que determina a inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas. Seria inconstitucional a lei que exigisse a exibição desses dados a autoridades públicas que não têm – como a Receita Federal tem – o dever de manter sigilo. Além do mais, seria desarrazoado que pessoas que tivessem acesso aos documentos licitatórios, em decorrência da publicidade do procedimento, passassem a ter informações que poderiam muito bem ser usadas para fins escusos, ou até mesmo criminosos.

Encerrando: a experiência tem mostrado que quando se fala em desburocratizar freqüentemente está-se pensando apenas no interesse da Administração Pública. Esquece-se o interesse das pessoas privadas. Se a pessoa interessada em contratar com a Administração Pública tem aliviada a carga de exigências burocráticas que se costuma fazer-lhe – mantidas, é claro, as exigências **indispensáveis**, tal como prescreve a Constituição – estimula-se a competitividade e reduzem-se os custos. Em conseqüência, melhor se atende ao **interesse público primário**, da sociedade.

(Comentário CELC nº 58, de 15/04/2002, divulgado no site www.celc.com.br)

Esta página é renovada quinzenalmente, nos dias 1 e 15 de cada mês.

☞ *É permitida a transcrição de trechos deste Comentário, desde que indicada a fonte.*