

## ***Licitações nas Empresas Estatais***

**(Conferência de encerramento proferida no dia 18/06/2004, no “II Seminário de Direito Administrativo – Licitação e Contrato – Direito Aplicado”, realizado em São Paulo pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo).**

***Antônio Carlos Cintra do Amaral***

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, Conselheiro Antonio Carlos Caruso, Excelentíssimos Senhores Conselheiros, demais integrantes da Mesa, inclusive minha amiga Professora Dinorá Grotti, cuja palestra, que antecedeu à minha, infelizmente não pude assistir.

Minhas senhoras e meus senhores.

Em primeiro lugar, quero agradecer o honroso convite que me foi dirigido pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo para proferir esta conferência de encerramento, sobretudo pelo respeito que tenho aos Tribunais de Contas do País, que exercem uma atividade extremamente importante, que é o controle da

Administração Pública. Encontro, com alguma freqüência, uma injustificável reserva em relação à atuação dos Tribunais de Contas. Isso decorre do fato de que muitas vezes se costuma reagir ao controle dos atos administrativos, sem se atentar para o fato de que ele é essencial ao fortalecimento do Estado de Direito no País.

Passarei a desenvolver o tema que me cabe. Para isso desdobrarei a palestra em duas partes.

Na primeira, buscarei dar um depoimento pessoal sobre a evolução das licitações nas empresas estatais, desde o final da década de 60. Permito-me fazer isso pela quilometragem de estrada que possuo. Isso me lembra, guardadas as proporções, afirmação do historiador inglês **Eric Hobsbawm**, no seu livro “*Era dos Extremos – O Breve Século XX*”. Dizia ele que muito já havia escrito sobre séculos anteriores, mas sentia-se mais à vontade para escrever sobre o século em que viveu e estava vivendo. Recordava que, aos 15 anos, no dia 30 de janeiro de 1933, passou diante de uma banca de jornais, em Berlim, e leu manchete noticiando a eleição de **Adolf Hitler** para chanceler da Alemanha. Para ele, o nazismo não era algo

encontrável nos livros de história. Ele o tinha vivido, sobretudo na Inglaterra, para onde se mudou logo após.

Na segunda parte, efetuarei algumas considerações teóricas a respeito de um ponto que considero ao mesmo tempo relevante e polêmico, qual seja, como ficaram as licitações nas empresas estatais em face da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.

As empresas estatais podem ser classificadas, de acordo com a função que exercem, em (a) empresas que exercem atividade econômica, (b) empresas que exercem serviço público e (c) empresas que exercem atividade de suporte à Administração Pública. Aqui mesmo, no Município de São Paulo, encontramos, como exemplos deste terceiro tipo de empresas estatais, a Empresa Municipal de Urbanização – EMURB, a Companhia de Processamento de Dados do Município – PRODAM e a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET.

As empresas estatais surgiram no Brasil sobretudo em decorrência do fracasso das autarquias, que foram criadas, a partir do final da década de 30, para permitir que a Administração Pública exercesse sua função com maior eficiência e eficácia. Aos poucos, as autarquias foram perdendo autonomia e flexibilidade. Surgiu, em 1964, a Lei nº 4.320, que estabeleceu normas gerais de direito financeiro também a elas aplicáveis. Em seguida, em 1967, o Decreto-lei nº 200, embora este de menor impacto sobre a atuação das entidades autárquicas.

Transcrevo um texto de **Alfredo de Almeida Paiva** (RDA, vol. 60/15), ao escrever sobre as sociedades de economia mista:

*“Torna-se, por isso mesmo, indispensável não se repita com tais tipos de sociedade o que ocorreu com as entidades autárquicas, que, segundo Oscar Saraiva, envelheceram precocemente: surgidas, diz ele, em maior número no quinquênio de 1937 a 1942, trazendo em si condições de independência de ação e liberdade administrativa que as tornavam instrumentos flexíveis e eficientes de ação, logo a seguir as influências centralizadoras de padronização, uniformização e controle as alcançaram, tornando em muitos casos sua administração quase tão rígida quanto a do próprio Estado e **fazendo desaparecer as razões de conveniência que originaram suas instituições**”.* (grifos no original)

Conto, a respeito, um fato que presenciei, em meados da década de 70. Prestava eu, através de uma empresa de consultoria de organização, serviços de consultoria jurídica ao Departamento de Operações do Sistema Viário – DSV. Cuidava-se de criar um órgão de engenharia de tráfego no Município de São Paulo. Certa vez, o engenheiro **Roberto Scaringela**, Diretor do DSV, telefonou-me perguntando se poderia ir com ele ao gabinete do Prefeito **Olavo Setúbal**, sem me adiantar qual seria o assunto a tratar. Chegamos lá e o Prefeito indagou quais seriam as vantagens da criação de uma autarquia que tivesse como objeto cuidar da engenharia de tráfego. O Diretor do DSV passou-me a palavra e eu procurei, meio de improviso, responder à indagação formulada. Falei no máximo 10 minutos. O Prefeito me interrompeu e, dirigindo-se ao Diretor do DSV, determinou que fosse elaborado um projeto de lei, a ser enviado à Câmara de Vereadores, autorizando a criação da Companhia de Engenharia de Tráfego. Como

empresário privado, logo compreendeu que a solução **autarquia** não era a mais conveniente para assegurar a flexibilidade e eficiência que se buscava atingir.

Quanto à legislação, vigorava na época o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que em seus artigos 125 a 144 dispunha sobre normas gerais aplicáveis à Administração Direta e às autarquias, deixando fora de seu âmbito de aplicação as empresas estatais.

O Estado de São Paulo, por sua vez, editou, em primeiro lugar, o Decreto-lei Complementar nº 7, de 6 de novembro de 1969, cujo art. 3º, inciso III, alínea “a”, dizia que as empresas estaduais deveriam proceder às contratações de compras, obras e serviços com observância dos princípios da licitação. E, posteriormente, a Lei nº 89, de 27 de dezembro de 1972, que dispôs, no art. 80, que elas deveriam, sempre que possível e conveniente, adotar os procedimentos previstos na lei. Seria inconcebível, na época, que empresas estatais, que haviam sido criadas exatamente para tentar resgatar a idéia de flexibilidade e eficiência que resultou na criação de autarquias, entendessem como conveniente, ou possível, a adoção das rígidas normas legais.

Dentro desse quadro, ainda em 1972 a Empresa Municipal de Urbanização – EMURB decidiu aprovar o seu regulamento de licitações. Foi constituído um grupo de trabalho sob a presidência do Diretor-Administrativo, **Carlos Alberto Felizola Freire**, para elaborar o Regulamento de Licitações da EMURB, sobretudo levando em consideração que ela exercia ou deveria exercer um papel fundamental na reurbanização da cidade, papel esse que, infelizmente, diga-se de passagem, não foi exercido adequadamente por uma série de circunstâncias. Esse grupo de trabalho, do qual fiz parte como consultor externo, produziu um documento que se tornou o Regulamento de Licitações da EMURB. Atrevo-me a dizer que esse regulamento foi pioneiro, levando em conta a eficiência e a flexibilidade necessárias às contratações da empresa.

Em 1973, partiu-se para um outro trabalho, que foi o Regulamento de Contratações da Companhia do Metrô de São Paulo, que, na época, também era municipal, regulamento esse elaborado por uma equipe multifuncional, chefiada pelo Superintendente de Compras, **Luiz Dória**, e da qual também fiz parte como consultor externo. O Regulamento de Contratações da Companhia do Metrô de São Paulo continuou vigendo em 1975, quando foi aprovada a Lei municipal nº 8.248, porque o art. 76 do projeto do qual ela resultou, que estendia suas normas às empresas municipais, foi vetado pelo Prefeito **Olavo Setúbal**, que, com sua visão empresarial, percebeu que deveria ser criada a Companhia de Engenharia de Tráfego e percebeu, também, que esse art. 76, estendendo as normas legais às empresas municipais, contrariaria o interesse público.

O Regulamento da Companhia do Metrô serviu de modelo para outras empresas municipais, como a PRODAM e a CET, para empresas estaduais, como a CONESP, a PRODESP e a EMPLASA, bem como outras empresas municipais e estaduais e até mesmo federais, como a Companhia Siderúrgica Paulista – COSIPA, então estatal. Isso ocorreu no Município de São Paulo – repito - dentro de um contexto histórico de reurbanização e de instalação da primeira linha do metrô, em que a flexibilidade das contratações era indispensável, já que – atrevo-me a dizer – se a Lei 8.666 vigorasse na década de 70, o metrô de São Paulo demoraria muito mais tempo para ser implantado, se é que o seria. Não houve progresso na reurbanização, não em

decorrência de inação ou incompetência da Administração Municipal, mas sobretudo porque se baseava naquela época na adoção da **desapropriação por zona**, que seria a desapropriação das faixas lindeiras à linha do metrô, a fim de que a valorização decorrente de sua construção viesse a reverter em benefício do interesse público, para cobrir parte dos investimentos que estavam sendo efetuados. A desapropriação por zona foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que a considerou inconstitucional.

Esse Regulamento do Metrô chamou-se “*de contratações*” e o regulamento da EMURB “*de licitações*” porque o Regulamento da EMURB abrangia apenas uma etapa do processo de contratação. Ao elaborar-se o Regulamento da Companhia do Metrô, sob uma ótica multifuncional - que considero essencial à condução das atividades nas organizações modernas, seja na Administração Pública, seja na empresa privada - a licitação foi vista como uma etapa do **processo de contratação**. Se a empresa estatal pretende contratar uma obra, precisa primeiro planejá-la, planejá-la não apenas tecnicamente, mas também sua contratação. É necessário efetuar licitação, porque tem o dever de fazê-lo, naquela época observando apenas os princípios da licitação, hoje cumprindo as normas legais. À licitação segue-se a celebração do contrato, e, em seguida, a etapa de execução, que depende basicamente da adequada gestão do contrato. Essa gestão do contrato só será eficaz, ou seja, o processo de contratação só será eficaz se atingir o resultado que se planejou. Até há pouco tempo, os Tribunais de Contas davam muita ênfase à etapa de licitação, mas se esqueciam da execução. Hoje, isso está mudando e já percebo, nas decisões dos Tribunais de Contas de todo o País, a preocupação com a execução, porque é na execução que se verificam, talvez, as maiores distorções no processo de contratação. É na etapa de execução do contrato que mais se fere o princípio da isonomia.

Permito-me contar uma antiga anedota, que ilustra bem esse aspecto do processo de contratação. Diz-se que, certa vez, um brasileiro foi a Lisboa e lá visitou um museu. Foi recebido por um guia, que passou a descrever o significado das peças que ali estavam expostas. Em determinado nicho, viu dois esqueletos, um grande e outro pequeno. Perguntou: “*De quem são esses esqueletos*”? E o guia respondeu: “*Este grande é de Camões*”. E o pequeno? “*Este é de Camões quando era criança*”. No processo de contratação freqüentemente encontramos, na prática, uma situação semelhante. Este é o contrato que foi celebrado (Camões criança), este outro é o contrato que está sendo executado (Camões adulto). É claro que, muitas vezes, o contrato precisa ser alterado. Não estou dizendo que toda alteração contratual resulta de uma má gestão - seria absurdo dizê-lo -, mas que tem de haver muito cuidado com a juridicidade das decisões administrativas que alteram o contrato. Agora mesmo, no tocante às concessões de serviço público, costuma-se repetir um verdadeiro “*slogan*”: “*é indispensável cumprir os contratos para atrair investimentos da iniciativa privada*”. Costuma-se dizer que se precisa ter garantias de que os contratos não serão alterados. Mas isso não ocorre, nem irá ocorrer, é impossível que ocorra. Porque em contratos de duração, sobretudo nos de longa duração, como é que seus termos poderão manter-se inalterados, abstraindo a dinâmica da realidade sócio-econômica na etapa de execução?

O que é intangível – e é isso que interessa à empresa privada contratada – é a equação econômico-financeira do contrato, ou seja, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Essa equação deve ser respeitada, não mediante a imutabilidade do contrato - porque o **princípio da mutabilidade** é um dos princípios básicos dos contratos administrativos em

geral - mas em nome do **princípio do equivalente econômico**, a que se refere o jurista espanhol **Gaspar Ariño Ortiz** em sua *“Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos”*.

Esta é a que me parece ser a visão correta - porque realista - do processo de contratação. A licitação é uma etapa apenas, decorrendo daí a necessária visão multifuncional do processo. O Regulamento do Metrô não ficou apenas na licitação, abrangeu também o planejamento, a celebração do contrato e a execução.

Com frequência, quem planeja não sabe como os contratos estão sendo executados e quem administra os contratos não sabe como estão eles sendo planejados, porque falta à equipe que cuida da contratação a visão do processo. O planejador tem que receber o *“feed-back”* dos gestores dos contratos já celebrados. Estes têm que participar do planejamento, não necessariamente conduzir o processo nessa etapa, mas participar do planejamento. Para quê? Para fornecer informações, a quem está planejando novos contratos semelhantes, sobre os problemas que eles, gestores, estão encontrando na execução dos contratos. E vice-versa, se eles estão administrando a execução dos contratos precisam saber como esses contratos foram planejados. Não podem receber uma *“caixa preta”* e simplesmente ouvir que agora são eles que irão conduzir o processo. Não basta: precisam saber o que motivou a escolha de determinadas cláusulas, como o procedimento licitatório foi planejado e conduzido, as negociações que ocorreram etc.. Só assim eles poderão cumprir adequadamente sua função, que é fundamental, como acentuei acima, para a eficácia do processo de contratação.

Esse quadro legal foi inovado com a edição do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. O art. 86 desse decreto-lei, porém, não modificou substancialmente a situação, porque dizia que as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações instituídas pelo Poder Público poderiam adotar regulamentos com procedimentos seletivos simplificados próprios, observados os princípios da licitação. O Regulamento do Metrô, o Regulamento da EMURB, os regulamentos das empresas estatais em geral, editados nas décadas de 70 e 80, continuaram em vigor, por força dessa abertura contida no Decreto-lei 2.300, já que haviam sido elaborados e aprovados com observância dos princípios licitatórios. Aí surgiu a Lei 8.666/93 e acabou com a flexibilidade existente. Tanto os órgãos da Administração Direta, quanto as autarquias, as sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas pelo Poder Público passaram a ter que cumprir as normas legais.

As empresas estatais perderam flexibilidade e eficiência. Não irei dissertar aqui, saindo do campo estritamente jurídico, a respeito dos aspectos sociológicos e políticos que levaram a essa situação de extrema rigidez. Sobre o assunto, discorri no **I Congresso Brasileiro de Direito Público**, realizado em São Paulo em 2001, abordando os motivos extra-jurídicos que a meu ver levaram a esse engessamento das empresas estatais. Consta do *“folder”* deste Seminário uma afirmação minha de que a função do jurista, quer o cientista, quer o operador do Direito, é descrever ou operar o ordenamento jurídico vigente em seu país. Sou positivista jurídico, o que não significa que não possa ter raciocínio **sociológico**, ou **político**. Só que meu enfoque aqui, ao falar sobre licitações nas empresas estatais, é um enfoque **jurídico**. Limite-me a registrar que as empresas estatais tiveram sua eficiência comprometida pelo excesso de rigidez da Lei 8.666. A Professora Dinorá sabe disso, essa palestra foi incluída no meu livro *“Comentando as Licitações Públicas”*, editado em 2002 pela Temas & Idéias, no Rio

de Janeiro. Em um determinado trecho escrevi mais ou menos o seguinte: se um dirigente de empresa privada resolver adotar a Lei 8.666 para realizar as suas licitações, e não for demitido de imediato, a empresa irá à falência. Quer dizer: para mim, a rigidez, até certo ponto, é importante, mas a razão da existência dessas empresas frustrou-se, em parte por culpa delas mesmas, e em parte por outras razões, que não me cabe acentuar aqui e que foram expostas na aludida palestra.

Este é o depoimento a que me referi no início e que transmito, como falei, louvando-me no privilégio - que não sei se é realmente privilégio - da longa quilometragem que tenho de estrada.

Agora, vamos ver o quadro jurídico dentro do qual se colocam atualmente as licitações nas empresas estatais.

A Constituição de 1988 dispunha no art. 22, inciso XXVII:

*“Compete privativamente à União legislar sobre:*

.....  
*XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle.”*

A Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, deu nova redação a esse dispositivo:

*“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.”*

Meu entendimento pessoal, já exposto em setembro de 1998, em palestra que pronunciei em seminário promovido pelo Instituto de Direito Administrativo Paulista – IDAP, é o de que houve uma alteração substancial em relação ao texto anterior. As empresas estatais, hoje, não estão mais subordinadas à Lei 8.666, e sim aos princípios licitatórios.

Para entender o significado dessa alteração constitucional, tenho que estabelecer algumas premissas referentes à interpretação das normas jurídicas. Sou, confessadamente, um positivista jurídico, adepto das lições do grande jurista austríaco que foi **Hans Kelsen**, a meu ver um dos gênios da Ciência do Direito, cujas obras permanecem atuais, apesar de terem sido – e ainda serem – muito criticadas sob o argumento, absurdo, de que a teoria pura do Direito servia aos áulicos do poder. Logo **Kelsen**, que foi perseguido pelo regime nazista e teve que se exilar. Isso decorre do fato de que, muitas vezes, nós confundimos o **jurídico** com o **político**. **Kelsen** tinha uma idéia clara sobre a distinção dos papéis que exercia. Quando era jurista, era jurista, quando era sociólogo, era sociólogo, quando era político, era político. Na qualidade de

jurista, escreveu sobre o Direito, **pleonasticamente dito positivo**, na feliz frase do jurista alemão **Norbert Hoerster**.

Dizia **Kelsen** que a norma jurídica se contém em uma “*moldura*”. Aprendi com o Professor **Eros Roberto Grau** – que, com muito acerto, foi designado agora para o Supremo Tribunal Federal – que há uma distinção entre **norma** e **texto**. Quando digo que vejo uma norma, estou na verdade vendo o texto em que se expressa a norma. Quando vejo a Constituição, vejo textos constitucionais. A norma é extraída do texto, mediante interpretação. Para interpretar, utilizo-me de três métodos: o **lógico**, o **teleológico** e o **sistemático**. Para entender um dispositivo legal ou constitucional, ou seja, o texto de uma norma legal ou constitucional, tenho que efetuar um esforço interpretativo. Diz-se, com freqüência, que as regras devem ser claras, que não cabe interpretar as normas jurídicas. É o brocardo “*In claris, cessat interpretatio*”. A norma jurídica, porém, só passa a ser conhecida após a interpretação. Não concordo com o Professor **Eros Grau**, quando ele diz que a norma jurídica resulta da interpretação, porque considero que ela pré-existe à interpretação. Mas me parece óbvio que não posso extrair o “*sentido*” da norma antes de efetuar a interpretação, e, como diz **Kelsen**, **da interpretação podem resultar duas ou mais soluções de aplicação possíveis**. Assim, minha interpretação do texto constitucional, como de qualquer texto normativo – faço questão de enfatizar –, não é a interpretação **correta**, não é a interpretação **verdadeira**. Se disser isso, das duas, uma: ou estarei sendo ingênuo, ou falso. Minha interpretação da norma jurídica é apenas **minha** interpretação da norma jurídica, que, segundo o jurista belga **Chaïm Perelman**, um dos principais teóricos da **lógica do razoável**, é exposta mediante **argumentação**. Interpreto a norma e argumento em favor da minha interpretação. Para isso, parto da letra do texto normativo mas vou além, adotando os métodos lógico, teleológico ou finalístico e sistemático. Mais ainda, tenho que chegar a uma interpretação **razoável**.

Vou citar um exemplo, dado por **Chaïm Perelman** em um livro “*Ética e Direito*”, que contém vários ensaios seus e que foi traduzido e publicado no Brasil pela Martins Fontes.

Suponhamos que exista uma lei municipal que diga: é proibido o ingresso de veículos nos parques municipais. Na entrada de um determinado parque há uma placa: é proibido o ingresso de veículos neste parque. De repente, lá dentro, um cidadão tem um mal súbito, presumivelmente um enfarte. Chamam uma ambulância. Alguém diz, sensatamente, que não convém trazê-lo para fora do parque, porque isso pode comprometer sua saúde e causar até sua morte. Chega a ambulância e o vigia proíbe sua entrada no parque. Por que não entra? Porque é veículo. Notem como é insatisfatória, e totalmente absurda, a interpretação estritamente literal, já abandonada há décadas, mas que de vez em quando se tenta ressuscitar. Ocorre um desentendimento. O caso chega ao superior do vigia, que, com base na **razoabilidade**, dá uma contra-ordem: a ambulância pode entrar, porque este é um caso excepcional. Aí surge alguém e refuta que se é excepcional a lei deveria prevê-lo. Cabe responder com a afirmação de **Afonso Rodrigues Queiró**, eminente jurista português, de que o legislador não pode prever todos os casos. É óbvio. Mais ainda: como não pode prever, **ele sequer pretende fazê-lo**. Deixa vazios, para que o agente administrativo possa preenchê-los. Mediante o quê? Mediante interpretação, para aplicar a lei ao caso concreto. Suponhamos que o legislador tivesse previsto esse caso. Teria incluído na lei a exceção “*salvo se alguém tiver um enfarte*”. E se o cidadão tivesse caído da árvore ou da bicicleta (se bem que bicicleta é veículo e, provavelmente, não poderia estar lá)? Ou seja, se o legislador pudesse

prever todos os casos seria ótimo, mas como não pode formula a “*moldura*” legal dentro da qual a decisão administrativa deve ser tomada.

O intérprete da norma jurídica deve buscar o seu “*sentido*”. Se entendermos que a nova redação do art. 22, inciso XXVII, da Constituição não alterou a situação pré-existente chegaremos à esdrúxula – e **desarrazoada** - conclusão de que a alteração constitucional não teve “*sentido*”. Só terá “*sentido*” se realmente alterou o texto anterior.

Abro um parêntese para dizer que também não concordo com o antigo brocardo jurídico de que a lei não contém palavras inúteis. A lei não só contém palavras inúteis, como também muitas vezes não tem “*sentido*”. Mas pelo menos devemos nela buscar um “*sentido*”. Vou citar exemplos concretos de normas sem “*sentido*”.

A Lei 8.987/95, que trata da concessão de serviço público, no seu art. 10 diz: “*Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro*”. Ao escrever um livro, logo em seguida, sobre concessão de serviços públicos, afirmei que não conseguia entender o “*sentido*” desse dispositivo, e nove anos após continuo não entendendo. Decodificando, chego à conclusão de que o legislador disse que “*desde que não tenha ocorrido desequilíbrio, considerar-se-á que o equilíbrio terá sido mantido*”. Há algo mais inútil do que isso?

Vou mencionar outro dispositivo inútil. O § 6º do art. 1.072 do novo Código Civil dispõe: “*Aplica-se às reuniões dos sócios, nos casos omissos no contrato, o disposto na presente Seção sobre a assembléia.*” E logo adiante, no art. 1.079: “*Aplica-se às reuniões dos sócios, nos casos omissos no contrato, o estabelecido nesta Seção sobre a assembléia, obedecido o disposto no § 1º do art. 1.072.*”

Esclareço que o § 1º do art. 1.072 diz que “*A deliberação em assembléia será obrigatória se o número dos sócios for superior a dez*”. Se alguém continuar insistindo que a lei não contém palavras inúteis, recomendo que verifique o novo Código Civil. Há nele um dispositivo inútil. Qual deles não sei, se é o § 6º do art. 1.072, ou o art. 1.079, mas qualquer um pode ser retirado sem prejuízo, desde que o outro permaneça.

Volto à norma do art. 173, inciso III, da Constituição. Diz que as empresas estatais devem realizar suas licitações com a observância dos princípios da licitação. Adotada a interpretação **sistemática**, entendo que essa norma, **por força do inciso XXVII do art. 22**, aplica-se às empresas estatais de qualquer tipo, sejam as que exercem atividade econômica, sejam as que exercem serviço público, sejam as que exercem atividade de suporte à Administração Pública.

A Lei 8.666 estabelece normas rígidas aplicáveis à Administração Pública em geral, não se limitando aos princípios da licitação, pelo que não foi recepcionada pela nova ordem constitucional no que se refere à sua aplicação às empresas estatais. Conclusão: a Lei 8.666 não tem mais validade relativamente às empresas estatais. Volto a frisar: não digo que esta interpretação seja a **verdadeira**, nem que seja a **única**, mas sim que é a interpretação que me parece ser **a mais razoável**.

A norma do art. 173, inciso III, é de **eficácia plena**, na classificação do Professor **José Afonso da Silva** em sua *“Aplicabilidade das Normas Constitucionais”*. Além do mais, o Congresso Nacional, ao não aprovar a lei prevista no art. 173 da Constituição, está cometendo uma inconstitucionalidade por omissão. Essa previsão data de 4 de junho de 1998. Estamos em junho de 2004, a emenda constitucional acabou de completar seu 6º aniversário. Certa vez, juntamente com alguns juristas, fomos convidados pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado para uma reunião em Brasília, e lá foi constituída uma Comissão que iria providenciar a elaboração de anteprojeto de lei que disciplinasse esse art. 173 da Constituição. Apesar de trabalhos desenvolvidos por mim, pelo Professor **Marçal Justen Filho** e pelo Professor **Adilson Dallari**, com os quais tive a satisfação de integrar essa Comissão, a iniciativa não foi para a frente. O Ministério da Administração foi extinto, as funções dele foram absorvidas pelo Ministério de Planejamento, e nunca mais se falou nesse anteprojeto. Tanto é que, na época, coloquei no meu currículo uma tirinha: *“Membro da Comissão designada pelos Ministros da Administração e do Planejamento para...”*, e depois a suprimi, para esquecer que tive essa função. Nunca mais se falou nessa lei, mas a inconstitucionalidade por omissão é prevista no § 2º do art. 103 da Constituição. Não é opinião minha, está dito lá que pode ser proposta ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sendo que se for contra agente administrativo deverá ser fixado um prazo de trinta dias para cumprimento da decisão.

Agora mesmo discutem-se importantes temas referentes a agências reguladoras e parcerias público-privadas e enfatiza-se a necessidade de contar-se com um *“marco regulatório”*. Já que se fala tanto em *“marco regulatório”*, nas concessões de serviço público e nas parcerias público-privadas, por que o Congresso não aproveita para nele incluir a Lei de Defesa do Usuário de Serviço Público, que pela mesma Emenda Constitucional nº 19, de 1998, no seu art. 27, a ele competia elaborar no prazo de 120 dias? Isso foi em junho de 98, estamos em junho de 2004 e continuamos a aplicar ao usuário de serviço público uma lei juridicamente inadequada, que é a Lei de Defesa do Consumidor. O usuário de serviço público não é **consumidor**, nem **cliente**, o usuário de serviço público é o que a expressão indica que é: **usuário de serviço público**. Não é de hoje que sustento esta tese, cujas razões estão expostas no site do CELC ([www.celc.com.br](http://www.celc.com.br)), em Comentário nele divulgado e também publicado na Revista Diálogo Jurídico, em Salvador, no site [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br).

Em face da omissão do Congresso, entendo que as empresas estatais podem aprovar seus regulamentos próprios de licitação e contratação, observados os princípios da licitação, **o que significa que voltamos à situação que existiu na vigência do Decreto-lei 2.300**. Mas isso não está sendo feito. E podem perguntar-me: por quê? Para responder a essa pergunta teria que me despir da condição de jurista e fazer reflexões de ordem sociológica e política. O que não farei neste momento, porque não é este o enfoque com que me proponho a enfrentar o tema a meu cargo. Além do mais, não haveria mais tempo para fazê-lo. Limito-me, portanto, a dizer que as empresas estatais estão juridicamente desvinculadas da Lei 8.666, embora continuem, na prática, a cumpri-la. Mas para isso elas precisariam aprovar regulamentos próprios. A única empresa que tem regulamento próprio no País, desvinculado da Lei 8.666, é a PETROBRÁS, mas esta não pode servir de exemplo porque seu regulamento foi aprovado, por decreto do Presidente da República, poucos dias antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 19. Trata-se de um caso diferenciado, sobre o qual não há mais tempo para discorrer.

Termino reafirmando que agradeço a oportunidade de estar aqui com as Senhoras e os Senhores, prestando este depoimento pessoal e fazendo algumas considerações de caráter teórico. Manifesto mais uma vez meu agradecimento por ter sido convidado pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo para pronunciar a conferência de encerramento neste seminário. Agradeço a homenagem. Certamente não a mereço, e não tenho nenhuma pretensão de merecê-la, mas de qualquer maneira é uma honra para mim. Deixa-me sensibilizado. Sobretudo porque se trata de um Tribunal de Contas ligado ao Município de São Paulo, à cidade de São Paulo, e há três cidades às quais minha vida está intimamente ligada: a primeira é a cidade onde nasci e vivi os primeiros anos de minha vida, **Olinda**, Pernambuco; a segunda é a cidade onde cresci, **Recife**; e a terceira é **São Paulo**, onde estou radicado há quase 40 anos. São Paulo que coloco em pé de igualdade com as outras duas, porque ao vir para cá ela me recebeu de braços abertos. Não me perguntou de onde vim, nem por que vim, simplesmente me acolheu. É sensibilizado, portanto, que agradeço, do fundo do coração, esta homenagem que me é prestada pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

Agradeço a todos pela paciência com que me ouviram.

Muito obrigado!

---

***(Comentário CELC nº 121 – 01.08.2005, divulgado no site [www.celc.com.br](http://www.celc.com.br))***

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