

A Inconstitucionalidade por Omissão **(§ 2º do art. 103 da Constituição)**

Antônio Carlos Cintra do Amaral

O art. 22, inciso XXVII, da Constituição, dispunha, em sua redação original, 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.*”

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 uma nova norma constitucional ou legal devemos partir do pressuposto de que ela inovou no mundo jurídico. Vale dizer: que ela não foi apenas uma alteração da redação do texto, mas também do “*sentido*”, ou “*significado*”, da norma.

De acordo com a nova redação 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, inciso III.

O § 1º, inciso III, do art. 173, que também foi alterado pela Emenda Constitucional nº 19, determina que *“a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica ..., dispondo sobre: ... III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.”* Esses princípios estão elencados no art. 37 e são os da **legalidade**, **impessoalidade**, **moralidade**, **publicidade** e **eficiência**, podendo a eles acrescentar-se os princípios da **isonomia** (art. 5º) e da **economicidade** (art. 70).

A lei prevista no § 1º do art. 173 da Constituição refere-se apenas às empresas estatais que exercem **atividade econômica**. Mas a **interpretação sistemática** da Constituição leva ao entendimento de que, **à vista do inciso XXVII do art. 22**, o inciso III desse parágrafo – não o parágrafo inteiro, **mas este inciso** - 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.).

Como o legislador, infelizmente, nem sempre cumpre com a devida presteza os comandos constitucionais, a lei prevista no § 1º do art. 173 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 em desconformidade com a ordem constitucional, no que se refere a essa aplicação.

Adotando uma concepção kelseniana, entendo que o Direito é um sistema dinâmico de normas coativas, hierarquicamente estruturadas, postas em uma determinada comunidade. O Direito brasileiro está construído em três escalões, as normas de escalão inferior tendo como fundamento de validade as de escalão imediatamente superior, situando-se, no topo, as normas constitucionais. O Direito existe na medida em que é globalmente eficaz. A eficácia global da ordem jurídica é condição de sua existência como ordem coercitiva.

A eficácia da ordem jurídica – e portanto sua própria existência – pode ser atacada externa ou internamente. Ela é atacada **externamente** mediante atos de contestação ao Direito, tais como corrupção, violência, tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, violação de direitos humanos e outros. A ordem jurídica é atacada **internamente** quando os órgãos de produção do Direito desrespeitam a hierarquia das normas, descumprindo, por ação ou omissão, as normas por eles aplicadas, ou que deveriam aplicar.

A doutrina administrativista tem, com certa frequência, reduzido indevidamente o Estado de Direito ao **princípio da legalidade**. Retorna-se, com isso, à concepção liberal de que ele tem por função unicamente – ou quase unicamente – garantir a liberdade individual diante do arbítrio governamental. Vale dizer: sua função seria assegurar o “*governo das leis*”, em contraposição ao “*governo dos homens*”. Penso, porém, que acima do princípio da legalidade está o **princípio da constitucionalidade**. Mais precisamente: a questão básica não está em respeitar e cumprir a lei, mas sim em respeitar e cumprir a estrutura escalonada das normas jurídicas, a começar pela Constituição.

Na realidade brasileira atual, essa questão se reveste de extraordinária importância. Torna-se indispensável que os operadores jurídicos respeitem e façam respeitar o Estado de Direito. Tem sido comum atacar-se o Estado de Direito, sob a alegação de que ele conduz à perpetuação da injustiça social, corresponde à ideologia neoliberal, ou simplesmente está superado. Se bem que historicamente a noção de Estado de Direito tenha surgido em resposta a anseios de caráter liberal, não me parece que hoje exista vinculação entre ele e o neoliberalismo. Muito pelo contrário: a defesa e preservação do Estado de Direito é condição necessária, se bem que não suficiente, para a democratização do poder, estendendo-se o processo democrático do campo **político** para o **social**, o **econômico** e o **cultural**, criando-se, assim, um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Quanto à alegação de que está superado, sequer merece comentário.