



UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

DIÓGENES CORRÊA DE BARROS

**A DISPENSA E A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO
NAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA**

RIO DE JANEIRO

2003



DIÓGENES CORRÊA DE BARROS

A DISPENSA E A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO
NAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Projeto de Pesquisa apresentado no Curso de Direito, da Universidade Estácio de Sá, como parte das exigências do exame de qualificação para obtenção do título de Bacharel em Direito.

RIO DE JANEIRO

2003



DIÓGENES CORRÊA DE BARROS

A DISPENSA E A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO
NAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Rio de Janeiro, ____ de _____ de 2003.

Prof.^a Dr.^a Sílvia Maria Leite Mota _____ Grau: _____
Professora da Universidade Estácio de Sá.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 5 |
| 1.1 Considerações iniciais | 5 |
| 1.2 Questões norteadoras da pesquisa | 9 |
| 1.3 Objetivos da pesquisa | 11 |
| 1.4 Justificativa da investigação | 13 |
| 2 EMBASAMENTO TEÓRICO | 16 |
| 3 METODOLOGIA DA PESQUISA..... | 24 |
| 3.1 Tipo de pesquisa | 24 |
| 3.2 As fontes de pesquisa | 25 |
| 3.3 A análise dos dados | 25 |
| 3.4 Bibliotecas visitadas | 25 |
| 3.5 Outros recursos | 25 |
| 4 CRONOGRAMA E SUMÁRIO | 27 |
| 4.1 Cronograma da pesquisa..... | 27 |
| 4.2.Sumário provisório da monografia..... | 27 |
| 5 REFERÊNCIAS | 28 |

1 INTRODUÇÃO

1.1 Considerações iniciais

O Estado se vale, no desempenho de suas funções constitucionais, por seus próprios órgãos, que constituem a administração centralizada, a chamada administração pública direta e por outros entes da administração descentralizada, a denominada administração indireta, que possuem personalidade jurídica própria.

De acordo com o art. 37, inc. XIX, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 16.06.1998, podem ser instituídas pelo poder público, por lei específica, empresas públicas e sociedades de economia mista. Seu art. 173 ressalva que a exploração direta de atividade econômica pelo estado, só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei.

Diz mais esse artigo, em seu parágrafo 1º, com redação também modificada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. Esse estatuto deverá dispor, como consta do inciso III da citada Emenda, sobre a licitação e a contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Constata-se, assim, que o legislador vem evoluindo com os conceitos e o tratamento do regime jurídico que envolve as empresas públicas e as sociedades de economia mista, acompanhando o desenvolvimento da sociedade e do mercado globalizado.

A administração pública direta e indireta, para melhor desempenharem as atividades que lhes foram designadas, realizam, no seu dia a dia, obras, serviços, compras e alienação de

bens. Para realizar essas atividades, diante da busca da diminuição do tamanho do Estado, os entes da administração, normalmente, contratam serviços e obras de terceiros. Esses contratos obedecem a um processo de seleção prévia, denominado de licitação, que é o antecedente necessário para a materialização de um futuro contrato.

O processo licitatório tem como objetivos básicos escolher a proposta que ofereça a maior vantagem para a Administração e proporcionar um tratamento igualitário para os proponentes, e vem sendo regulado desde 1922, quando foram editados o Código da Contabilidade Pública da União e seu Regulamento, que vigoraram até 1967, ocasião em foram substituídos e atualizados pelo Dec.-lei nº 200, de 27.02.1967. Mais tarde, foi editado o Dec.-lei nº 2.300, de 21.11.1986, que revogou e substituiu toda a legislação federal anterior e instituiu o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos.

Atualmente, encontra-se em vigor a Lei nº 8.666, de 21.06.1993, que substituiu o Dec.-lei nº 2.300 e que rege a matéria até os dias de hoje, com algumas alterações instituídas por lei.

Os contratos efetuados pela administração direta e indireta vêm sendo objeto de efetivo controle e limitação determinados pelo legislador, com fundamento nos princípios constitucionais da isonomia e da indisponibilidade do interesse público. É preciso que o Estado conceda a todos, indistintamente, as mesmas oportunidades de com ele contratar.

A atividade de contratação está, então, intimamente ligada à atividade de licitação, podendo ser considerados atos administrativos vinculados, tendo o administrador pouca discricionariedade.

A licitação, em linhas gerais, é um convite do poder público aos administrados para que apresentem suas propostas para a execução de uma determinada prestação. A licitação abrange compras, alienação, locação, obras e serviços, inclusive de publicidade.

A Lei nº 8.666/93 foi modificada pelas Leis nº 8.883, 08 de junho de 1994 e 9.854, de 27 de outubro de 1999, o que mais uma vez demonstra o constante desenvolvimento e aperfeiçoamento da matéria.

É importante destacar que o art. 22, inc. XXVII, da CRFB/1988, concede, privativamente à União, a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, determinando que essas normas se aplicam, em todas as suas modalidades, às administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e também para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, inc. III, anteriormente citados.

Observa-se, do estudo dos textos legais citados, que nenhum impõe a obrigatoriedade de regulação uniforme para as licitações e contratações da administração direta e indireta. O que é comum é o estabelecido no art. 37, inc. XXI, CRFB/1988 que determina a obrigatoriedade de contratação de obras, serviços, compras e alienações mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições para todos os concorrentes, ressalvados os casos especiais definidos em lei.

Percebe-se, ainda, que o legislador infraconstitucional estava e continua autorizado constitucionalmente a adotar regras diferenciadas para a administração indireta. Pode-se imaginar, diante da nova redação do art. 173, § 1º, inc. III, dada pela EC nº 19/1998, que o legislador tinha como objetivo com a reforma aliviar as restrições relativas às sociedades de economia mista e empresas públicas que exercem atividade econômica, flexibilizando as formas e os controles, porque há a previsão da elaboração de um estatuto jurídico próprio para as empresas paraestatais. Mas tal ainda não ocorreu.

A lei também estabelece os objetivos fundamentais da licitação, que são permitir que a administração selecione a proposta mais vantajosa e que todos os interessados, devidamente qualificados, possam apresentar suas propostas em igualdade de condições.

O legislador, diante de algumas situações particulares e específicas, houve por bem permitir que o administrador efetuasse a contratação sem efetuar a correspondente licitação.

É interessante notar, que, até mesmo nesse tópico, o assunto vem evoluindo e, em 1995, foi editada a Lei nº 9.074, que autorizou que a empresa estatal, participante de concorrência para a escolha de concessionário de serviço público, tenha dispensa de licitação quando, para compor sua proposta, precise colher preços ou serviços fornecidos por terceiros e assinar pré-contratos. Nota-se que foi criado mais um caso de dispensa, além dos previstos na Lei nº 8.666 e, mais importante, visando dar agilidade e competitividade a empresa pública quando em disputa de concessão associada a parceiro privado.

A Lei nº 8.666/1993 deixa clara a preocupação do legislador com a gestão do patrimônio público, pois é bastante rígida, vinculando todos os atos do administrador, que seja da administração direta, quer da administração indireta, no trato das licitações e contratos administrativos. Assim, estão elencados no seu art. 1º, § único, os agentes que se subordinam ao regime da lei, isto é, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ocorre que dessa forma, o legislador englobou tanto as entidades jurídicas de direito público como as de direito privado, subordinando-as a um único estatuto disciplinador das licitações.

No mundo moderno, provavelmente como fruto da globalização do mercado, as grandes corporações estão buscando outros mercados, inclusive em outros países, e há uma onda desestatizante muito forte, com o Estado se retirando de diversas atividades. Percebe-se no Brasil que temos pessoas jurídicas de direito privado com capital quase que exclusivamente privado e outras, ainda em bom número, operando no mesmo ramo de

atividade, com capital majoritário estatal. Isso acarreta várias dificuldades operacionais e também no momento das Agências Reguladoras fixarem os reajustes das tarifas de prestação de serviços públicos.

Muitas dessas empresas, concessionárias de serviços públicos, são totalmente superavitárias, têm apresentado lucros bastante elevados, remunerando adequadamente o acionista majoritário, a União, mas vêm tendo dificuldade de competir com suas co-irmãs, por estarem submetidas ao regime jurídico das licitações e contratações vigente. Há inúmeras críticas contra o diploma legal, dentre elas a de que é impossível exigir eficiência e ao mesmo tempo impedir a adoção de procedimentos rápidos, desburocratizados.

Dentro da própria política de desenvolvimento do governo brasileiro, não seria razoável dotar as sociedades de economia mista, superavitárias, de algum mecanismo que lhe permita ser mais competitiva?

1.2 Questão/questões norteadoras da pesquisa

O processo licitatório, como hoje se apresenta, é um fator de aumento de custos e de demora na efetivação de contratações. A obrigatoriedade de constituição de comissões de licitação, da obtenção de parecer e concordância jurídica, da elaboração de orçamento detalhado e projeto básico, o cumprimento de prazos alguns extensos, há ampla possibilidade de consultas e recursos administrativos, muitas vezes utilizados apenas para procrastinar o processo, são pontos que dificultam uma gestão eficiente e eficaz.

As sociedades de economia mista contratam com o setor privado, anualmente, valores bastante expressivos seja em obras, serviços ou compras. E com a redução da intervenção do Estado no domínio econômico, com a necessidade de administrar e concentrar recursos nas áreas sociais há uma forte tendência em aumentar a desestatização e a terceirização de

serviços. Mesmo diante da mudança de governo, essa é uma realidade que terá que ser enfrentada. Isso faz com que essas sociedades que atuam nas áreas tecnológicas como, petróleo e energia, ainda fortemente concentradas nas mãos do Estado, um enorme poder financeiro diante do setor privado.

Algumas dessas empresas estão competindo lado a lado com outras, inclusive buscando competitividade no mercado internacional. Com o processo de privatização, o Brasil vem sendo alvo de empresas públicas de outros países que aqui vieram para investir e adquiriram sociedades de economia mista durante o processo de desestatização, transformando essas empresas em privadas. O setor elétrico é um bom exemplo. Empresas estatais de outros países têm hoje o controle acionário de empresas anteriormente pertencentes ao estado brasileiro. Isso agrava o problema.

Em se tratando de empresas concessionárias de serviços públicos, a perda de competitividade e os custos elevados dos processos licitatórios, reflete-se na tarifa, onerando o consumidor.

Parece bastante razoável e interessante, tanto para o governo, quanto para o cidadão, buscar alternativas para essas empresas, sem ferir preceitos constitucionais e, acima de tudo, preservando o interesse público.

Se o mais recente princípio constitucional é o da eficiência, por que não permitir que as sociedades de economia mista tenham um regime licitatório diferenciado e adequado ao perfil e área de atuação dessas empresas? Por que se privilegiar um princípio em detrimento de outro?

A competição com o setor privado deve se fazer em igualdade de condições. Se a Constituição determina que não se admitem vantagens e benefícios para as empresas públicas e sociedades de economia mista que não sejam também concedidos ao setor privado, também

não deveriam ser admitidas regras mais desvantajosas aplicadas exclusivamente ao setor público.

Assim, a questão norteadora da monografia é: “Diante do mercado altamente globalizado, poderiam os institutos de dispensa e inexigibilidade de licitação serem modificados para as sociedades de economia mista?”

1.3 Objetivos da pesquisa

1.3.1 Objetivos gerais

Diante do que foi apontado nas considerações iniciais, em que se deu ênfase às dificuldades das sociedades de economia mista na realização das licitações e materialização dos contratos administrativos, pretende-se identificar como esse processo afeta o seu e que alternativas poderiam ser utilizadas para agilizá-lo e aumentar a eficiência e a competitividade dessas empresas.

Pretende-se, também, identificar doutrinariamente as possibilidades de aplicação de outros modelos de gestão de licitação e contratos que possam ser aplicados dentro da lei em vigor e especificamente nos casos de dispensa e inexigibilidade. Há que ser analisado o regulamento específico já existente e aplicado a uma sociedade de economia mista, para verificar suas diferenças com o regime da lei e buscar identificar oportunidades de aplicar algo semelhante a outras sociedades de economia mista.

Os objetivos gerais são: “analisar os casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação nas sociedades de economia mista” e “verificar a aplicabilidade de critérios diferenciados de dispensa e inexigibilidade de licitação para as sociedades de economia mista”.

1.3.2 Objetivos específicos

Os objetivos específicos definem as etapas do trabalho a serem realizadas para que se alcance o objetivo geral, podendo ser citados:

a) objetivos exploratórios:

- “Conhecer o pensamento da doutrina sobre as sociedades de economia mista e o processo licitatório”.
- “Identificar fatores que possam contribuir para a ampliação dos critérios de dispensa e de inexigibilidade de licitação”.
- “Conhecer o regulamento licitatório específico da Petrobrás e identificar pontos aplicáveis a outras sociedades de economia mista”.
- “Conhecer as decisões jurisprudenciais sobre casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação envolvendo sociedades de economia mista”.
- “Identificar as tendências do Tribunal de Contas da União sobre o assunto”.

b) objetivos descritivos:

- “Descrever as principais correntes doutrinárias sobre os critérios legais de dispensa e inexigibilidade de licitação”.
- “Caracterizar o pensamento do Tribunal de Contas da União no que se refere à aplicação dos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação às sociedades de economia mista”.

c) objetivos explicativos:

- “Analisar a doutrina e a jurisprudência, com o intuito de verificar a aplicabilidade de critérios diferenciados nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação aplicáveis às sociedades de economia mista”.
- “Verificar o pensamento dominante no Tribunal de Contas da União sobre a licitação e os contratos realizados pelas sociedades de economia mista”.

Para alcançar os objetivos citados, será necessária uma ampla pesquisa doutrinária, bastante específica, inclusive nas decisões do Tribunal de Contas da União. Conhecido o pensamento dos nossos doutrinadores e especialistas na matéria, pretende-se identificar as possibilidades de estabelecimento de critérios diferenciados de dispensa e de inexigibilidade de licitação para as sociedades de economia mista.

1.4 Justificativa da investigação

Nos dias atuais, é notória a influência em nosso País do chamado mercado globalizado. Hoje, uma alteração econômica ou política num país distante, como uma alteração de regras internas de câmbio ou na política tarifária, sem falar nas situações mais dramáticas como a longa greve na Venezuela e a atual guerra no Iraque, provocam profundas e imediatas alterações na economia interna dos outros países.

No caso específico do Brasil, país ainda em desenvolvimento, com enormes problemas sociais, com uma perversa distribuição de renda, com queda na oferta de emprego, com as concordas e falências de várias empresas outrora produtivas e lucrativas, a repercussão é muito maior e muito mais sentida.

As divergências ideológicas entre nossos partidos políticos dominantes, são também fonte de dificuldades de gestão para as empresas. O governo anterior tinha como meta a total retirada do estado do setor produtivo, privatizando todas as empresas públicas e sociedades de economia mista. Encontrou fortes resistências, e o programa foi, de certa forma, interrompido.

O governo atual, não deverá dar prosseguimento ao programa de desestatização, pelo menos nos moldes e na velocidade que pretendia o governo anterior.

Ficamos, então, no meio do caminho. Num mesmo setor, temos empresas totalmente privadas, algumas até com a presença dominante de capital estrangeiro, e empresas ainda com o governo com capital votante majoritário.

Tudo isso expõe e agrava a situação das sociedades de economia mista.

Diante de tal quadro, há que se buscar o aumento da competitividade, a eficiência, a redução da burocracia, a redução de custos dos processos administrativos das sociedades de economia mista. Não há como mantê-las atreladas a critérios rígidos, bloqueadores e cerceadores de sua atividade. Há que se buscar alternativa para permitir que sobrevivam diante de tal quadro.

Uma das formas que poderá ser utilizada está na modificação dos critérios determinados pela lei; outra é buscar uma interpretação mais realista e mais condizente com a atualidade; uma outra é buscar tornar objetivos os casos subjetivos.

Ao final desse trabalho, pretende-se encontrar subsídios que possam despertar o interesse do legislador na matéria e, se possível, formular algumas soluções para o problema.

Insera-se o projeto na linha de pesquisa da Universidade Estácio de Sá, no que se refere a Desenvolvimento uma vez que, como comentado, a matéria vem sofrendo sucessivas alterações no tempo tentando a contemporaneidade da legislação com a visão empresarial do mundo moderno e a sobrevivência das empresas no mundo globalizado.

A busca pela competitividade é fator primordial para a continuidade das empresas, não basta a competência técnica, não basta cumprir rigorosamente preceitos constitucionais, não basta a improbidade e a eficiência na gestão, há que se ter agilidade, há que ter eficácia.

2 EMBASAMENTO TEÓRICO

O tema tem sido objeto dos mais variados questionamentos e discussões, sendo escolhido como ponto básico de debates em vários simpósios e congressos. Um dos motivos que fundamenta tal discussão é o grande valor envolvido nas contratações efetuadas pelo setor público, tanto em obras quanto em serviços, e o interesse daqueles que se situam no outro pólo, o de prestador de serviços para a administração pública.

Toda a vez que é emitida uma nova norma jurídica abordando o tema licitações e contratos administrativos, reacende a discussão e novas polêmicas são levantadas.

Da mesma forma, diversos autores se dedicaram ao seu estudo detalhado, existindo várias obras que abordam o tema sob os mais variados pontos de vista e até que comenta, um a um, todos os artigos da Lei nº 8.666/1993, conhecida como Estatuto dos Contratos e Licitações.

Doutrinadores, como Marçal Justen Filho, Jessé Torres Pereira Júnior, José dos Santos Carvalho Filho, Toshio Mukai, dentre outros, se dedicaram ao estudo do tema, esmiuçando-o e analisando-o de forma bastante ampla, em diversas obras publicadas e constantemente objeto de novas edições, acompanhando a evolução normativa.

O tema também é objeto de inúmeros artigos publicados em revistas jurídicas uma vez que desperta o interesse, tanto do lado daqueles que contratam, quanto do lado dos possíveis contratados. Justifica-se tal interesse, pois a lei estabelece diversos procedimentos que permitem aos proponentes participar e questionar ativamente todas as etapas do processo licitatório. Logo, faz-se mister que aqueles envolvidos na contratação e na execução de obras e na prestação de serviços para a administração direta e indireta, conheçam, em detalhes, toda a legislação que trata da matéria.

Mesmo na análise que será feita nesse trabalho, restrita a parte relativa à dispensa e inexigibilidade de licitação, em especial, do ponto de vista do enquadramento da sociedade de economia mista, há várias obras e trabalhos publicados.

Pretende-se identificar o pensamento dos diversos doutrinadores sobre os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, com foco no que se refere às sociedades de economia mista.

Uma das maiores polêmicas sobre o tema está relacionada com a obrigatoriedade da observação integral do disposto na Lei nº 8.666/1993, diante da Emenda Constitucional nº 19/1998, conhecida como a Emenda da Reforma Administrativa, que deu nova redação aos art. 22, inc. XXVII e 173, § 1º, inc. III, consagrando, de forma definitiva, a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação para as administrações direta, autárquica e fundacional, de acordo com o art. 37, inc. XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, conhecidas como empresas paraestatais, conforme o art. 173, §1º, inc. III.

Para um melhor entendimento do assunto, é conveniente transcrever o texto constitucional que rege toda a matéria, já com a redação dada pela citada Emenda Constitucional, e também o do art. 1º da Lei nº 8.666/1993:

Art. 22, inc. XXVII – Compete privativamente à União legislar sobre 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;

Art. 37, inc. XXI – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte: ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Art. 173, §1º, inc. III: 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. 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: [...] licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública. [...]

Lei nº 8.666/1993, art. 1º, *caput* e § único: Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Percebe-se do texto que o legislador manifesta sempre sua preocupação em envolver a sociedade de economia mista, mesmo que buscando uma separação efetiva entre os entes da administração direta e as empresas públicas. Verifica-se, também, que o art. 22, inc. XXVII explicita que as normas gerais de licitação e contratação se aplicam à administração pública direta, obedecido ao art. 37, XXI (que trata basicamente dos princípios da administração pública) e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, só que, agora, de acordo com o art. 173, §1º, III (que alude à empresa pública e a sociedade de economia mista que explorem atividade econômica ou comercialização de bens ou de prestação de serviços).

Surge então uma grande discussão sobre a aplicabilidade do estatuto jurídico específico para as empresas públicas e sociedades de economia mista, e se incluiria ou não também as empresas que prestam serviços públicos. Alguns autores entendem que todas as empresas estatais quer exploradoras de atividade econômica, quer prestadoras de serviços públicos, poderiam ter regulamento próprio dispondo sobre a licitação e contratação. Outros entendem que não, que as empresas prestadoras de serviços públicos têm lei própria e que não devem obrigação aos princípios gerais citados na Constituição.

A propósito dessa discussão, assim se manifesta Marçal Justen:

Antes de tudo, deve-se reconhecer que a Constituição, mesmo antes da Reforma Administrativa (EC 19/98), não impunha obrigatoriedade de regulação uniforme para as licitações e contratações de Administração direta e indireta. Lembre-se que, antes da vigência da Lei 8.666, vigorava o Dec. -lei 2.300, que consagrava a dissociação de modelos normativos para os diversos âmbitos da Administração Pública. Ninguém imputou inconstitucionalidade ao diploma em virtude de tal opção legislativa.

Portanto, a modificação da sistemática da Lei nº 8.666 não dependia de qualquer alteração constitucional. Sobre esse ângulo, pode-se afirmar que a alteração do art. 21, XXVII, foi irrelevante. O legislador infraconstitucional já estava autorizado, antes da modificação constitucional, a adotar regras diferenciadas para a

Administração indireta. Não parece que tenha ocorrido substancial alteração nessa situação jurídica.¹

Essa opinião, de que não há obrigatoriedade de regime normativo único para as empresas públicas e para as empresas para estatais, fica ainda mais clara quando o mesmo autor analisa a nova redação do art. 173, da Constituição:

A Reforma Administrativa (EC nº 19/98) deu nova redação ao art. 173, especificamente para prever que as entidades da Administração indireta, exercentes de atividade econômica, passariam a sujeitar-se a regime jurídico específico, no tocante às licitações. Ali se previu um “estatuto” para tais entidades, ao qual caberia disciplinar licitação e contratação, “observados os princípios da administração pública”.

Supõe-se que a vontade do legislador era de aliviar as restrições da Lei 8.666, relativamente a sociedades de economia mista e empresas públicas exercentes de atividade econômica. Mas a nova redação não assegurou tal resultado. Afinal, manter um único regime de licitações e contratos administrativos, aplicável tanto à Administração direta como à indireta, não infringe a nova redação constitucional. Respeitar os princípios da administração pública pode significar tanto necessidade de observar *todos eles* (tal como se põe com a Administração direta) como também pode ser interpretado como respeitar apenas os mais essenciais.

Enfim, a questão se resolverá no âmbito da legislação infraconstitucional. Há forte tendência a minorar o rigorismo da Lei nº 8.666. Dentre as críticas mais agudas contra o diploma, encontra-se aquela atinente ao tratamento reservado para entidades da Administração indireta exercentes de atividades econômicas. É impossível exigir eficiência e, simultaneamente, impedir adoção de procedimentos rápidos, simples e desburocratizados. A competição com o setor privado deve fazer-se em igualdade de condições. Se não se admitem vantagens ou benefícios, também não se podem admitir regras mais desvantajosas do que as praticadas no âmbito privado.²

Analisando o mesmo tópico, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes assim expõe o seu ponto de vista:

Quando se iniciaram os trabalhos administrativos, almejavam vários segmentos da sociedade dar elastério muito amplo às empresas públicas e sociedades de economia mista, o que de fato incorreu. Tiveram essas entidades jurídicas, apenas, o privilégio de contar com um estatuto próprio e diferenciado para reger o tema licitações e contratos, o qual deverá submeter-se aos princípios que regem a Administração Pública.

A iniciativa de elaborar estatuto único regendo todas as empresas públicas e sociedades de economia mista parece-nos salutar, fato que lhe dará uma sistematização orgânica mais apropriada e uniforme de procedimentos.³

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 19-20.

² *Ibidem*, p. 20.

³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 52.

Pode-se observar que as opiniões, em linhas gerais, não são conflitantes quanto à possibilidade de serem adotados regimes diferenciados para a administração direta e indireta, como se pode observar do entendimento de Jessé Torres Pereira Junior:

A Emenda 19 propõe as bases de uma revisão sobre o regime de atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista na administração estatal brasileira. [...]

A Emenda 19 veio distinguir o que antes era comum a esses órgãos e entidades de um lado, os órgãos subordinados da administração direta, bem como as autarquias e fundações vinculadas de sua administração indireta, continuam sujeitos às normas gerais veiculadas por lei federal, de abrangência nacional, em matéria de licitações e contratos, de outro, as empresas públicas e as sociedades de economia mista observarão estatuto jurídico próprio, que lei federal estabelecerá, e cujas normas acerca de licitações e contratos cumprirão os princípios da Administração Pública, porém desobrigadas da adoção das normas gerais impositivas para os órgãos da administração direta, autárquica e fundacional. É o que se extrai do articuladamente disposto nos art. 22, XXVII, e 173, § 1º, III, com as alterações da Ementa 19.⁴

Mais adiante, o mesmo autor conclui:

Em síntese, o novo regime: a) exclui da incidência das normas gerais referidas no art. 22, XXVII, as entidades de administração indireta que não as autarquias e fundações, ou seja, as empresas públicas e sociedades de economia mista, mantendo-as submissas apenas aos princípios que informam as licitações e contratações da Administração Pública; b) nos parágrafos do art. 173, autoriza que lei venha a estabelecer “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”.⁵

Complementando essa parte da exposição, é de se destacar a opinião de Toshio Mukai:

Como se verifica, a Emenda Constitucional nº 19/1998 acabou separando as licitações e contratos da administração pública, direta, autárquica e fundacional, de um lado, com regime jurídico legal sobre o qual incidem as normas gerais de licitações e contratos previstos na Lei 8.666/1993, e, de outro lado, as licitações e contratos que seguirão apenas e tão-somente as leis respectivas da União (no caso das estatais federais), dos Estados (nos casos das estatais estaduais) e dos Municípios (no caso das estatais municipais), com fulcro no art. 37, XXI, da Constituição; neste caso estão as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos (que estão incluídas na expressão “administração indireta” contemplada no caput do art. 37). [...]

Ainda um regime especial, previsto numa lei específica, deverá contemplar as regras para as licitações e contratos das empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividades econômicas, nos termos do §1º, inc. III, art. 173, da Constituição.

Nesta última hipótese, há que se dirimir a seguinte questão: as licitações e contratações previstas para as empresas estatais que explorem atividades econômicas não poderiam ser disciplinadas em regulamentos próprios? [...]

A questão merece resposta negativa. Se a disposição (inc. III) determina que as licitações e contratações observarão os princípios da administração pública [...] as empresas estatais que explorem atividades econômicas somente poderão

⁴ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 23-24.

⁵ *Ibidem*, p. 24.

efetuar suas licitações e contratações mediante autorizações específicas de lei formal e não de simples regulamento.⁶

Há também uma discussão sobre os destinatários da Lei nº 8.666, ainda no que se refere à interpretação do texto constitucional, no que diz respeito à exploração de atividades econômicas de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços pelas empresas públicas e sociedades de economia mista. O entendimento correto desse texto é fundamental, pois para essas empresas a Constituição assegura a existência de estatuto jurídico próprio para o tratamento do assunto.

É conveniente destacar a seguir a opinião de alguns doutrinadores sobre tal enfoque:

No que concerne a empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica empresariais, urge conciliar o art. 37, XXI e o art. 1º, § único, da Lei 8.666/93, com o art. 173, § 1º, CR. É que referidos entes, embora integrantes da administração indireta, desempenham operações peculiares, de nítido caráter econômico, que estão vinculadas aos próprios objetivos da entidade; são atividades-fim dessas pessoas. Nesse caso, é forçoso reconhecer a inaplicabilidade da Lei por absoluta impossibilidade jurídica. É o caso, por exemplo, [...] de sociedade de economia mista que explore supermercado para fins sociais. É claro que a venda de tais produtos e a prática de outras operações ligadas a esses fins terão que sujeitar-se às regras comerciais comuns. Para as atividades-meio, contudo, deverá incidir normalmente a Lei nº 8.666/93.

Em virtude, porém, da necessidade de distinguir tais situações, sobretudo porque órgãos públicos ou entes prestadores de serviços públicos não podem receber o mesmo tratamento dispensado a pessoas paraestatais voltadas para o desempenho de atividades econômicas, a Emenda Constitucional nº 19/98, alterando o art. 173, § 1º, da CR, admitiu que a lei venha a regular especificamente a contratação e as licitações relativas às empresas públicas e sociedades de economia mista, observados os princípios gerais desses institutos. Significa que nova disciplina sobre a matéria, específica para essas pessoas administrativas, será estabelecida em lei própria, seguindo-se, em consequência, que a Lei nº 8.666/93 sofrerá derrogação no que toca à aplicabilidade de suas normas sobre as referidas entidades.⁷

Especificamente, sobre a distinção entre atividade-meio e atividade-fim, e a possível exclusão da obrigatoriedade de licitação para as empresas que exercem atividade econômica, Marçal Justen afirma que tal obrigatoriedade não foi eliminada, distinguindo as hipóteses em que poderia ser desconsiderada:

Não seria imaginável impor obrigatoriedade de licitação como requisito para exercício pela entidade de contratos que constituam o núcleo de seu objeto. Assim, por exemplo, uma distribuidora de combustíveis não pode ser constrangida a

⁶ MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 174-175.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 196-197.

realizar licitação para ‘alienar combustível’. Do mesmo modo, uma instituição financeira não está obrigada a licitar contratos de conta corrente bancária.⁸

E continua o autor:

A disciplina das contratações administrativas deve ser compatível com o funcionamento eficiente das organizações administrativas. Logo, as entidades que desenvolvem atividade econômica não podem sujeitar-se ao mesmo regramento licitatório previsto para a administração direta e autárquica, Isso é incompatível com os próprios fins buscados por elas e acarreta frustração de sua competitividade no mercado. Enquanto os demais agentes econômicos privados realizam contratações segundo o ritmo de suas necessidades e sob absoluto sigilo (quando necessário) as pessoas da administração indireta são disciplinadas pelo padrão da Lei nº 8.666.

Uma das reformas essenciais do sistema de licitações públicas reside nesse ponto. É imperioso diferenciar o regime de licitações entre as pessoas integrantes da administração pública. A sistemática padrão da Lei nº 8.666 pode ser aplicada à administração direta e autárquica. Também as entidades administrativas prestadoras de serviços públicos podem sujeitar-se ao mesmo regime. Mas as pessoas que desempenham atividade econômica tem de ser submetidas a regime distinto.

[...] Em síntese, as entidades da administração indireta permanecerão sujeitas ao regime da Lei nº 8.666 até a edição de novas regras. No futuro, haverá dois regimes básicos, um destinado à administração direta, autárquica e indireta prestadora de serviços públicos e outro para as entidades privadas exercentes de atividade econômica. O regime especial para essas últimas não consistirá na liberação pura e simples para realização de contratações, sem observância de limites ou procedimentos determinados.⁹

É preciso destacar que a Constituição em seu art. 173, § 1º trata exclusivamente das presas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, não se referindo às empresas de direito privado prestadoras de serviços públicos, que são abordadas no art. 175, § único, inc. I.

Marçal Justen, em sua análise da situação após a Emenda Constitucional nº 1/1998, deixa claro que a redação do texto legal do citado art. 173, não abrange a prestação de serviço público, até porque se limita à definição de empresa constante do projeto do novo Código Civil (o art. 966, do Código Civil de 2002, considera empresário aquele que exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços). Chama a atenção, o autor, para o texto do art. 173 que se refere à atividade econômica *de* prestação de serviço e não à prestação de serviço, afirmando que “a palavra ‘de’, antes de ‘prestação de serviços’,

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 24-25.

⁹ *Ibidem*, p. 21.

indica claramente a referência a ‘atividade econômica’. Ou seja, abrange apenas as que desenvolvem atividade econômica.”¹⁰

No que se refere aos artigos específicos da Lei nº 8.666/93 que tratam dos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação pretende-se abordar aqueles que diretamente se aplicam às sociedades de economia mista, descrevendo os demais de forma genérica, apenas para complementação do trabalho.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 23.

3 METODOLOGIA

3.1 Tipo de pesquisa

Doutrinadores e estudiosos do assunto, por sua importância e por envolver toda a administração pública, dedicam-se à análise da matéria em vários livros e artigos publicados em periódicos jurídicos e administrativos de interesse da coletividade. O tema também tem sido objeto de tratamento em conferências e mesas-redondas em congressos, seminários e simpósios.

Há, também, resoluções e julgados de tribunais, em especial do Tribunal de Contas da União, que tratam especificamente dos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, analisando a correção dos atos praticados pelos administradores.

Segundo Antônio Henriques e João Bosco Medeiros, “critica-se a pesquisa bibliográfica quanto ao fato de que não se trata de pesquisa propriamente dita, visto que lida apenas com reelaboração de conhecimentos e, portanto, lhe faltaria originalidade.”¹¹ Os mesmos autores citam Antônio Carlos Gil que afirma: “esta parece ser, no entanto, uma visão muito estreita das possibilidades que oferecem as pesquisas bibliográficas e documentais [...], pois o investigador pode, na realidade, conceber e solucionar problemas novos.”¹²

Assim, para tratamento do assunto, será utilizada, de forma predominante, a pesquisa bibliográfica face à grande disponibilidade de livros e periódicos que o abordam, sem prejuízo da pesquisa documental, sempre que necessária a sua melhor compreensão.

Em razão das constantes alterações na legislação pertinente, cuidado especial deverá ser tomado quanto à efetiva atualização do material disponível, sem prejuízo da leitura de textos anteriores para melhor compreensão da evolução legislativa.

¹¹ HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. *Monografia no curso de direito: metodologia e técnicas de pesquisa: da escolha do assunto à apresentação gráfica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 60.

3.2 As fontes de pesquisa

Como fontes de pesquisa para a coleta de dados, é forçoso buscar toda a legislação pertinente, conhecer o pensamento e o entendimento da doutrina e dos estudiosos da matéria, além da jurisprudência dominante, em especial a oriunda do Tribunal de Contas da União.

3.3 A análise dos dados

As informações que serão obtidas constam, basicamente, dos livros, artigos e documentos disponíveis, que nas bibliotecas, quer em meio digital, e também nas decisões das nossas cortes, isso faz com que a leitura e a interpretação, críticas e reflexivas, sejam essenciais na análise dos dados que serão coletados.

3.4 Bibliotecas visitadas

Foram visitadas, para o levantamento bibliográfico necessário ao desenvolvimento do trabalho as bibliotecas da Universidade Estácio de Sá, campus Tom Jobim; de Furnas – Centrais Elétricas S.A.; e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

3.5 Outros recursos

Atualmente, o acesso à informação está cada vez democratizado e simplificado com a Internet, que se transformou em excelente meio de consulta para a busca de dados sobre os

¹² GIL, Antônio Carlos apud HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco, idem.

mais variados temas. Inegável que não se pode dispensar a consulta a esse grande banco de dados nacional e internacional em qualquer pesquisa que se pretenda realizar.

No caso presente, a pesquisa na Internet é também da maior importância, em especial na busca de informações jurisprudenciais e doutrinárias.

4 CRONOGRAMA E SUMÁRIO PROVISÓRIO DA MONOGRAFIA

4.1 Cronograma da pesquisa

O presente trabalho foi desenvolvido, basicamente, com o seguinte cronograma:

- a) levantamento bibliográfico:** 15 fev. 2003 a 25 mar. 2003;
- b) coleta de dados:** 01 mar. 2003 a 16 maio 2003;
- c) análise dos dados:** 25 mar. 2003 a 16 maio 2003;
- d) redação provisória:** 29 mar. 2003 a 08 abr. 2003;
- e) redação definitiva:** 17 maio 2003 a 30 maio 2003;
- f) revisão:** 31 maio 2003 a 11 jun. 2003;
- g) entrega do projeto:** 18 jun. 2003.

4.2 Sumário provisório da monografia

O sumário preliminar da monografia é o seguinte:

1. Introdução
2. Evolução legislativa
3. Considerações sobre a sociedade de economia mista
4. A lei de licitações e contratos administrativos
 - 4.1. Comentários gerais
 - 4.2. A dispensa de licitação
 - 4.3. A inexigibilidade de licitação
5. Conclusão

5 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Leila Tinoco da Cunha Lima. Dispensa e inexigibilidade de licitação: casos mais utilizados. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <http://www.1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=427>>. Acesso em: 25 fev. 2003.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Licitação: administração indireta: normas gerais e especiais. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 25, n. 100, p. 100-108, out./dez. 1991.

BARROSO, Luís Roberto. Modalidade de intervenção do Estado na ordem econômica: regime jurídico das sociedades de economia mista: inoportunidade de abuso do poder econômico. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 343, n. 94, p. 294-312, jul./set.1998.

BARROSO, Luís Roberto. Princípios constitucionais, licitação e empresas estatais. *Forum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 2, n. 20, p. 1275-1284, out. 2002.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. A qualificação técnica no procedimento licitatório e a capacidade técnico-operacional do licitante. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 211, p. 193-199, jan./mar. 1998.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. Licitações e contratos administrativos das estatais na emenda constitucional n. 19/98. *Interesse Público*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 50-58, abr./jun. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 30009, da Terceira Seção, Brasília, DF, 13 de dezembro de 2001. Disponível em: <<http://www.juris.cjf.gov.br/cjf/resultado.jsp...livre-licitacao+e+paraestatal&plural=true>>. Acesso em: 7 mar. 2003.

BRASIL. Tribunal de Contas. Empresas estatais. Edição de regulamentos próprios de licitações. Constitucionalidade. *BDA: boletim de direito administrativo*, São Paulo, v. 18, n. 06, p. 481-486, jun. 2002.

BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997.

CAETANO, Fabiano de Lima. Emenda 19/98–Lei 8.666/93–o que muda para as empresas públicas e de economia mista. Considerações aos casos de dispensa previsto no inc. VIII do art. 24 da Lei 8.666/93. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www.1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2239>>. Acesso em: 25 fev. 2003.

DIAS, Rui Berford. Sociedade de economia mista. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 83, n. 300, p. 95-103, out./dez. 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1995.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

GRAU, Eros Roberto. As licitações e as empresas estatais após a emenda 19. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 23, p. 70-75, 1998.

GROTTI, Dinora Adelaide Musetti. Licitações nas estatais em face da Emenda Constitucional n. 19. *Interesse Público*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 107-121, abr./jun. 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. A licitação nas entidades paraestatais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 74, n. 261, p. 49-52, jan./mar.1978.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho da. *Licitação e contrato administrativo*. Belo Horizonte: LÊ, 1990.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho da; CAMMAROSANO, Marcio; MONTEIRO, Yara Darcy Police. Edital. Exigências e alterações que inibem a ampla competitividade. Excesso de formalidades. *BLC: boletim de licitações e contratos*, São Paulo, v. 13, n. 5, p. 233-255, maio 2000. Palestra proferida no 6º Seminário Nacional de Direito Administrativo.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MUKAI, Toshio. *Estatutos jurídicos de licitações e contratos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral. Dispensa e inexigibilidade de licitação e a moralidade administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://www.1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3604>>. Acesso em: 25 fev. 2003.