AS LICITAÇÕES E AS EMPRESAS ESTATAIS EXPLORADORAS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Em resumo a licitação é definida como procedimento administrativo, de caráter vinculado, que visa a regular a relação de contratação entre os administrados e a Administração Pública, de forma que seja possibilitado proporcionar o negócio mais favorável ao interesse público, respeitando os princípios da administração, sobretudo, os da transparência e o da isonomia entre os participantes.

Segundo o art. 37 da Constituição Federal, a utilização do procedimento licitatório constitui instrumento de caráter obrigatório a todos os sujeitos da Administração Pública, seja direta ou indireta, importando elemento necessário ao estabelecimento de relações jurídicas que envolve as finanças do Estado.

Com base nesse entendimento, o certame licitatório toma forma como consagração clara do regime jurídico de direito público, enquanto expressão de interesse público, fundada em princípios, cujo materialização envolve aspectos de um formalismo extremamente rígido e com inúmeros pressupostos a serem preenchidos, findando num processo complexo, burocrático e bastante moroso do certame como um todo.

Diante desse cenário de um procedimento protocolar e formalista, é impossível não refletir acerca da incompatibilidade dentre o procedimento de licitação e o regime de exploração de atividade econômica exercida pelas empresas estatais, em especial, aquelas inseridas sob forma de competição econômica. Muito embora, segundo o Art. 37 citado e o próprio art. 1º da Lei nº 8.666/93, sejam imperativos em determinar que tais entidades tenham o dever de observar procedimento da licitação, apesar da dinamicidade do mercado competitivo, o que vai de encontro ao preceito da livre concorrência, visto que essas empresas sofrem com o excesso de formalidades e, de modo ideal, deveriam concorrer em iguais condições com os particulares.

Feitas as devidas considerações acerca da natureza jurídica que envolve as atividades meio e fim, das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, é plenamente aceito pela doutrina que no desempenho de suas atividades-fins, estas empresas não deveriam licitar ou deveriam seguir um procedimento simplificado no que ficou conhecido como atuação concorrencial.

Isto, por conta do previsto no art. 173 da CF, que em seu parágrafo primeiro, observa a atuação dessas empresas em margem de igualdade de condições com a iniciativa privada, inclusive no que tange as obrigações civis, trabalhistas, previdenciárias e tributárias, sem quaisquer benesses do Estado que sirvam de anteparo à competitividade.

Buscando desenvolver um encadeamento histórico sobre o tema, trazemos à tona o marco da publicação da Lei Federal nº 9.478/97 que, no caso específico da empresa Petrobrás, determinou que por meio de decreto presidencial seria estabelecido seu regime licitatório simplificado. Tal decreto teve sua publicação ocorrida no ano de 1998, o Decreto Federal nº 2.745/98, entrando em vigor na data de sua publicação, o dia 24 de agosto de 1998.

No entanto, ampla discussão se instaurou por conta da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, ocorrida em 5 de junho de 1998, portanto antes da edição do referido decreto, que além da competência privativa da União, teria exigido a edição de Lei nacional especifica estabelecendo 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, tratando, portanto, da formação de um regime licitatório diferenciado. Todavia, o TCU declarou inconstitucional esse regime.

Sob uma perspectiva formal quanto ao caso, a questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, que em primeiro momento entendeu que o Tribunal de Contas da União não poderia declarar a inconstitucionalidade de ato normativo. Entendimento modificado posteriormente com a emissão da súmula nº 347 que daria atribuição ao Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, poderia apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

Nos últimos anos as decisões do Supremo Tribunal Federal passaram a um entendimento diverso, e passaram a entender que, no caso específico da PETROBRÁS, com inexistência do monopólio, é visto com bons olhos a competência para o estabelecimento do regime licitatório diferenciado estabelecido por meio de decreto, cujo interesse toma forma da própria necessidade de manter a competitividade da estatal.

Desta feita, a construção da jurisprudência verteu-se no sentido de que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica deveriam seguir um regime licitatório diferenciado, conforme segue as ementas abaixo:

*EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PETRÓLEO BRASILEIRO S/A PETROBRAS. OBRAS E SERVIÇOS. CONTRATAÇÃO PELO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO. DETERMINAÇÃO DE ESPECIFICAÇÃO NO PLANO DIRETOR A QUE SE REFERE CADA CONTRAÇÃO REALIZADA. ALEGAÇÃO DE APLICABILIDADE DO DECRETO N. 2.745/1998 EM VEZ DA LEI N. 8.666/1993: FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA DO ATO ATACADO. AUSÊNCIA DE UTILIDADE DA IMPETRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.*

*(MS 30358 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-201 DIVULG 11-10-2012 PUBLIC 15-10-2012)*

*EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. 1) AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2) CONTROVÉRSIA SOBRE A NORMA APLICÁVEL: LEI N. 8.666/1993 OU DECRETO N. 2.745/1998. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.*

*(ARE 767997 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-236 DIVULG 29-11-2013 PUBLIC 02-12-2013)*

Assim, com base na ressalva da jurisprudência, diversas empresas estatais, passaram a ter regime licitatório diferenciado, como o caso da ELETROBRÁS cujo regime encontra-se estabelecido na Lei nº 11.943/09.

Nesse contexto, ficou-se consagrado que as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica devem se submeter a regime ímpar de licitação, visto participarem de mercado sob a égide da livre concorrência, sendo-lhe, portanto, prejudicial a submissão integral ao regime jurídico previsto pela Lei 8666/93, tendo em vista que as empresas concorrentes não têm que se sujeitar a regras de licitação, quebrando a isonomia que deve reger a concorrência na iniciativa privada.

No mesmo compasso, citemos a criação a instituição do capítulo I da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011, que regulamentado pelo Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011, resultou na criação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), que constitui disciplina excepcional e transitória facultativamente aplicável às licitações e aos contratos no âmbito da administração pública brasileira, se restringindo “exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização” Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações e da Copa do Mundo, além das obras de infraestrutura e contratação de serviços em aeroportos próximos às cidades que sediarão esses eventos esportivos.

O que pressupõe não somente uma priorização do Estado na realização desses eventos turísticos citados, mas sobretudo, a corroboração de que para se ter um resultado satisfatoriamente eficaz nos gastos foi necessário se impor uma maior simplificação, celeridade e transparência nos procedimentos para dispêndio de recursos públicos, visando eliminar percalços burocráticos.

Neste sentido, fica-se demonstrado que o próprio Estado já volta seus olhos a necessidade de renovação do atual regime licitatório, que de forma inequívoca, não é compatível a realidade de mercado e não pode ser entrave para o desenvolvimento das atividades desenvolvidas por empresas estatais, especialmente, as que atuam no mercado de capitais.