

O ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98

ALICE GONZALEZ BORGES*

O tema que nos foi proposto para a presente exposição, dentro dos múltiplos aspectos da Emenda Constitucional nº 19, de junho de 1998, pela douta Comissão Permanente de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros, é o do estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, cuja elaboração é prevista no art. 173, § 1º do Texto Emendado. Mais precisamente, trata-se de definir como ficarão as licitações e contratações das empresas estatais, ante o disposto no item III do referido § 1º.

1. Nesta era de verdadeira corrida para as privatizações de empresas estatais dedicadas à exploração de atividade econômica; e quando, relativamente à prestação de serviços públicos, ganha cada vez maior relevo o ressurgimento, em novas bases, do instituto da sua delegação a particulares mediante concessão e permissão de serviços públicos, haveria que indagar-se, preliminarmente, o que é que ainda resta, no atual panorama brasileiro, para a atuação das entidades públicas regidas pelo direito privado, pois até pareceria estarem fadadas ao desaparecimento.

Não é, entretanto, o que ocorre na realidade prática em todo o País. Existem, ainda, não obstante, muitas sociedades de economia mista e empresas públicas nas administrações federal, estaduais e municipais. A maioria delas, aliás, são vocacionadas para a prestação de serviços públicos. Trata-se de uma realidade que não pode ser ignorada pelos intérpretes da Emenda Constitucional nº 19.

2. Em verdade, a elaboração de um estatuto jurídico especial das sociedades de economia mista e empresas públicas fazia falta no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Tínhamos, a respeito dessas entidades, esparsas disposições: as do Dec.-lei 200/67 e as do Dec.-lei 900/969; o capítulo XIX da Lei de Sociedades por

* Adv. Inscr. OAB/BA nº 1.315 Professora titular de Direito Administrativo da Universidade Católica de Salvador e da Universidade UNIFACS de Salvador.

Ações que, nos arts. 235 a 242, traça o regime jurídico das sociedades de economia mista; e a incompleta e defeituosa disciplina constitucional da espécie, nas Cartas de 1967 e 1969, e na própria Constituição de 1988.

A partir desse escasso material, durante longos anos os operadores do direito vinham tentando construir, com louvável esforço, uma disciplina das entidades públicas criadas pelo poder público sob o regime de direito privado, vulgarmente chamadas de estatais. Notável o trabalho doutrinário desenvolvido, a respeito, por juristas do porte de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, JOSÉ CRETELLA JUNIOR, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO e CINTRA DO AMARAL.

Como o antigo Império Romano, essas entidades, se agora se encontram praticamente em desprestígio, já tiveram a sua época de grandeza e esplendor.

A partir da euforia desenvolvimentista das décadas 60 e 70, proliferavam como cogumelos, em todos os entes da Federação. Em 1978, ao apreciar as contas do governo Geisel, o Tribunal de Contas da União ressaltava que as mesmas apenas se referiam a cerca de 4% das despesas da União, já que os outros 96% diziam respeito à área das empresas estatais, então fora do controle daquela Corte.

Pretendia-se que, através da criação das estatais, poderia o Estado melhor operar, seja na área da exploração de atividade econômica *strictu sensu*, seja na prestação de serviços públicos industriais e comerciais, com uma estrutura mais ágil, com maior flexibilidade de atuação, absorvendo o modelo e os métodos da grande empresa privada.

Através das disposições constitucionais anteriores a 1988, as entidades destinadas à exploração da atividade econômica *strictu sensu* poderiam ser livremente criadas para suplementar a iniciativa empresarial privada, toda vez que o poder público achasse necessário.

3. Já a partir da década de 80, fez-se sentir, em todos os setores jurídicos, uma forte reação em sentido contrário à multiplicação dessas estatais, devido a seus fortes efeitos perversos. Nessa época, precisamente em 27 de novembro de 1980, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia encaminhou ao governo do Estado um histórico documento, intitulado “Reorganização da Administração Descentralizada Estadual”, justificando e recomendando a extinção de várias delas (1). Apontavam-se, então, várias irregularidades, que não destoam essencialmente do panorama da realidade de outras unidades da Federação:

a) As chamadas estatais não se limitavam a, simplesmente, suplementar a iniciativa privada na exploração de atividade econômica, onde esta se mostrava insuficiente; mas, sim, em todo o território nacional, sufocavam o desenvolvimento desta livre iniciativa, que, entretanto, é, e sempre foi, um dos cânones constitucionais. Sempre denunciemos, em vários trabalhos profissionais e em pronunciamentos públicos, o efeito danoso da verdadeira concorrência desleal que o poder público então desempenhava com a iniciativa privada, acobertado em seus múltiplos privilégios.

b) A extrema multiplicidade de entidades estatais não obedecia a verdadeiras necessidades no setor de sua atuação; era ditada, em grande parte, pelas conveniências políticas da criação de verdadeiros “cabides de empregos” bem remunerados, e de sua distribuição entre apaniguados do governo.

c) Nessas sociedades de economia mista, em sua esmagadora maioria, a efetiva participação de capitais privados era apenas simbólica. Pois as disposições do Capítulo XIX da Lei das S.A. estabelece tantas e tamanhas restrições à capacidade de cogestão das minorias acionárias, que desestimulam completamente tal participação. Isto, quanto às sociedades de economia mista legalmente vocacionadas para o desempenho de atividades de exploração econômica. Já naquelas destinadas efetivamente à prestação de serviços públicos, a participação das chamadas minorias acionárias na co-gestão da empresa constitui mera ficção, alcançada pela mera “compra” de ações por servidores da própria entidade.

d) Anteriormente à Constituição de 1988, tais entidades eram praticamente subtraídas de controles estatais, já que eram submetidas a um regime de controle especial pelas Cortes de Contas. Extremamente falho, insuficiente, também quase simbólico, era o exercício do chamado poder de supervisão ministerial sobre as estatais pelos órgãos da administração direta a que eram vinculadas, nos termos dos arts. 19 e 26 do Dec.-lei 200/67.

4. A Constituição de 1988, em seu art. 173, veio estabelecer que SÓ será permitida a exploração direta de atividade econômica pelo Estado quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse público.

Ao menos no início, logo após, do programa de privatização de empresas estatais, no governo SARNEY, através da Lei 8.031, procurou-se, à luz de tais critérios, estabelecer um divisor de águas, para definir quais estatais NÃO poderiam ser privatizadas, dentro do critério constitucionalmente estabelecido.

Depois, é o que se vê: sobrevivem, ainda, certos “elefantes brancos” que desnecessariamente consomem recursos públicos, sem que haja algum “relevante interesse público” em sua manutenção. Por outro lado, têm sido altamente polemizadas, em todo o País, as condições em que vêm ocorrendo as privatizações de certas estatais, em detrimento, justamente, segundo se alega, de relevantes interesses públicos e de imperativos da segurança nacional.

A Carta de 1988 perdeu uma excelente oportunidade de definir as coordenadas para o regime jurídico das sociedades de economia mista e empresas públicas. Submeteu-as a um inconveniente e indesejável tratamento igualitário, como veremos, sobretudo em relação à subordinação às normas gerais de licitações e contratos administrativos. Deixou intocado o privilégio, estabelecido em lei ordinária, de não estarem submetidas a falência. Por outro lado, se fortaleceu, em relação às mesmas, as diversas formas de controle externo, sobretudo em relação aos seus gastos de dinheiro público, deixou intocada, em relação ao controle interno, aquela mesma inócua e superada supervisão ministerial do Dec.-lei 200/67.

Agora, a Emenda 19/98 prevê a edição de lei para a definição de um estatuto jurídico dessas entidades, fixando algumas diretrizes para sua elaboração.

O projeto dessa lei chegou a ser confiado, em 1998, a uma comissão de notáveis juristas pelo então Ministério da Administração e Reforma Administrativa, entre os quais destacamos os nomes de MARÇAL JUSTEN FILHO e ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL.

Logo que concluído esse anteprojeto, seu conteúdo será objeto de amplo crivo de debates, em órbita nacional, durante sua discussão pelo Congresso. De um modo

ou de outro, como profissionais do direito, mais cedo ou tarde teremos de tomar conhecimento da matéria, e sobre ela fazer nossas reflexões.

Tais reflexões são particularmente desafiantes, porque:

1^a) — trata-se de um conjunto de dispositivos que advêm de nova filosofia, a da administração pública gerencial, gerada sob o impacto de novos acontecimentos, novas condições históricas, econômicas e sociais, que não tinham sido bastante refletidas pelo constituinte de 1988;

2^a) — é preciso ter sempre em mente que o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, como um todo, apesar de tantas mudanças operadas em vinte emendas, basicamente ainda permanece íntegro na maior parte dos seus dispositivos, e deve ser preservado e respeitado. Daí porque, dentro de seu conjunto, as novas disposições trazidas pela Emenda hão de ser incorporadas e interpretadas harmonicamente com o ordenamento jurídico-constitucional que ainda permanece intocado — pelo menos até a próxima revisão.

Temos sempre invocado, a propósito, e o fazemos mais uma vez, a clássica lição de CANOTILHO, de que “o intérprete deve sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas, sim, como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios” (2);

3^a) se é verdade que os cultores do direito administrativo, mais que quaisquer profissionais de outros ramos da ciência jurídica, têm que acompanhar e sentir o novo que surge, dentro dos novos acontecimentos e das novas tendências do momento histórico atual, isto não diminui, antes acresce mais ainda o seu dever, como estudiosos e como cidadãos, da intransigente defesa dos princípios que alicerçam a estrutura de nossa Carta.

5. Firmadas, que sejam, essas premissas essenciais, tentaremos empreender a leitura da Constituição como um todo, já integrada pela sua Emenda 19/98, consoante nos aconselha CANOTILHO, com redobradas e necessárias isenções e cautelas, para perquirir, pois, o que muda e o que não muda, e quais as coordenadas para a estruturação, afinal, do regime jurídico dessas estatais. E, dentro desse contexto, avulta, pela sua extrema premência prática, o problema de como ficarão suas licitações e contratações.

O art. 173 da Constituição, apesar de suas substanciais alterações, mantém intocado o texto do seu *caput*, na redação original: “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”.

Continua, pois, subordinada a criação de empresas estatais exploradoras de atividade econômica às condicionantes de imperativos da segurança nacional e relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Tal imperativo constitucional de logo autoriza, se houver vontade política apenas comprometida com o interesse público, a extinguirem-se todas e quaisquer estatais exploradoras de atividade econômica, cuja permanência institucional não obedeça a tais princípios.

O art. 173, apesar de suas substanciais alterações, mantém intocado o texto de seu *caput*. Continua, pois, subordinada a criação de empresas estatais à condicio-

nante: “ só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Isto não mudou.

Também não mudaram, é bom que se ressalve: o parágrafo 2º, vedatório da atribuição, a tais entidades estatais, de privilégios fiscais que não sejam extensivos às empresas do setor privado; o (3º, que até hoje ainda não saiu do papel, segundo o qual a lei regulará as relações das empresas públicas com o Estado e a sociedade; o (4º, relativo à repressão do abuso do poder econômico, e, por fim, o (5º, que trata da responsabilidade dos seus administradores, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Convém também ressaltar a permanência, intocada pela reforma da Emenda 19, das normas do art. 174, que, é bom repetir, destina ao Estado o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, este determinante para o setor público e apenas indicativo para o setor privado.

É importante constatar-se que o *caput* do artigo 173 não se refere, especificamente, a sociedades de economia mista, nem a empresas públicas, nem, muito menos, a suas subsidiárias. Apenas fala em exploração direta, pelo Estado, de atividade de exploração econômica.

Tais entidades vão aparecer no § 1º do artigo, com esta redação:

“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:”

Ora, neste parágrafo primeiro, já surgem polêmicas de interpretação.

Uns vêem neste dispositivo, quando alude a “exploração de atividade econômica, de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”, a abrangência, por esse estatuto jurídico, também, das sociedades de economia mista e das empresas públicas que se destinem à prestação de serviços públicos. É o que sustentamos, recentemente, perante o XII Congresso Brasileiro e II Congresso Sul-americano do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em Foz do Iguaçu em 1998.

Outros, — e são, precisamente, MARÇAL JUSTEN FILHO e ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, que fazem parte da comissão de elaboração do projeto da nova lei, — entendem que o estatuto jurídico do § 1º do art. 173 somente disciplinará um tipo de empresa estatal: a destinada à exploração de atividade econômica, nas suas modalidades de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviço. Não haveria lugar, pois, nesse estatuto jurídico, para as estatais destinadas à prestação de serviço público — que, entretanto, constituem a grande maioria atualmente existente no País.

Tal posição, altamente respeitável, fundamenta-se em que o *caput* do artigo direciona todo o sentido dos seus parágrafos. Tudo o que deles consta estaria condicionado pela regra principal da destinação à exploração da atividade econômica, consignada na cabeça do artigo.

Assim seria, efetivamente, se estivéssemos diante de uma Emenda Constitucional redigida com o necessário rigor técnico. Seria, então, inadmissível que se inserissem, num mesmo artigo, parágrafos que tratem de coisas diferentes.

Mas a Emenda 19 não prima pela correção e clareza da linguagem, nem muito menos pelo rigor técnico.

Basta lembrar que o § 4º desse mesmo artigo, relativo ao abuso do poder econômico, e o seu § 5º, que dispõe sobre a responsabilidade da pessoa jurídica nos atos praticados contra a ordem econômica e a economia popular, evidentemente nada têm a ver com o *caput* do artigo, que se refere à exploração de atividade econômica pelo Estado.

Aliás, aí o defeito de técnica legislativa não é somente da Emenda, pois já vinha da Constituição original. Nem por isso, em dez anos de prática constitucional, foi atribuída tal interpretação restritiva a esses dois parágrafos, que vêm sendo amplamente regulados em lei.

O que tivemos, como resultado de uma irrefletida e açodada votação da Reforma Administrativa no Congresso, como se dela dependesse a salvação nacional, foi uma Emenda anômala, em que não se casam, e até brigam entre si, certas proposições do Governo e as alterações produzidas pelo seu relator. Tais divergências poderiam perfeitamente ser aplainadas através da ampla discussão em um processo legislativo normal, que não houve.

Dentro dessa inafastável realidade histórica, com a devida vênua, não comungamos dos mesmos respeitáveis entendimentos supra referidos, justamente porque procuramos fazer uma leitura integrada de toda a Constituição, e não nos limitamos somente a interpretação gramatical do texto de um inciso de artigo.

É lição clássica de CARLOS MAXIMILIANO a de que “deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo”. e a de que “desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, DEVE-SE PRESUMIR QUE FORAM USADAS EXPRESSÕES IMPRÓPRIAS, INADEQUADAS, E BUSCAR UM SENTIDO LÓGICO E ACORDE COM O SENTIR GERAL.” (3)

Pois bem. Confira-se o art. 22, inciso XXVII, da Constituição, com a redação que lhe deu a Emenda.

Nesse inciso, prevê-se que compete 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.”

Ora, o inciso III do referido § 1º do art. 173, é o que, ao disciplinar o conteúdo do futuro estatuto jurídico de tais entidades, assim dispõe:

“III — licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

Se entendermos como MARÇAL JUSTEN FILHO e CINTRA DO AMARAL, sua interpretação levaria a um absurdo, qual seja:

as licitações e contratações para a administração direta, autárquica e fundacional obedecerão a normas gerais da União, nos termos do art. 37, inciso XXI;
as licitações e contratações das sociedades de economia mista e empresas públicas, unicamente destinadas à exploração de atividade econômica, obedecerão a normas gerais estatuídas pela União, nos termos do art. 173, § 1º, inciso III.

as licitações e contratações das sociedades de economia mista e empresas públicas dedicadas à prestação de serviços públicos, se não obedecerão às normas gerais nos termos do art. 37, inciso XXI, porque não são da administração direta, autárquica ou fundacional, e se não obedecerão às normas gerais nos termos do art. 173, § 1º, III, porque este só cuidaria das entidades exploradoras de atividade econômica, então **NÃO ESTARÃO SUJEITAS A NENHUMA NORMA DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO!**

Outros juristas se deram conta desse verdadeiro impasse interpretativo, e chegaram a outras diferentes conclusões.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO entende, em obra recente (4), que as licitações e contratações das empresas estatais prestadoras de serviços públicos deverão reger-se, estritamente, pelo disposto no art. 37, inciso XIX, da Constituição.

Tal interpretação, com a devida vênia, resultaria em conferir-se uma nova redação ao art. 22, inciso XXVII da Constituição, pois contraria inteiramente a sua literalidade. A tanto não pode chegar o intérprete, mesmo em face das dificuldades oferecidas por um texto legal ou constitucional defeituoso, para construir-se, assim, um novo dispositivo, de sentido diametralmente oposto.

Em recente conclave realizado em Salvador (5), FERNANDO SANTANA ROCHA adotou uma outra solução, que lembra o histórico episódio de Alexandre Magno, ao cortar o nó gordio: “depois da Emenda Constitucional nº 19/98, não mais será possível a existência de sociedades de economia mista e empresas públicas que não se destinem, exclusivamente, a atividades de exploração de atividade econômica”. Tal postura cortaria o mal pela raiz, solucionando, de vez, o problema trazido pela infeliz redação da Emenda. Mas não resolve o problema de que tais sociedades de economia mista e empresas públicas realmente existem, no plano das realidades concretas. Mais ainda: é necessária, dentro da previsão do art. 175 da Constituição, tal opção do administrador para a exploração de serviços públicos.

6. Evidentemente, a lógica e o bom senso hão de prevalecer, afinal, para entender se que o multicitado art. 173, § 10, III, combinado com o art. 22, inciso XXVII, que ao mesmo expressamente se reporta, quis referir-se a todas as espécies de estatais, inclusive as que foram criadas para a prestação de serviços públicos.

Afinal, o § 1º se refere à prestação de serviços, sem distinguir se serão públicos ou não. Em simples interpretação gramatical, graças à versatilidade da conjunção ou, tanto se pode entender que sua regra abrange as “empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica, de produção ou comercialização de bens, ou de prestação de serviços”, como se pode ler “empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica, de produção e comercialização de bens OU (que explorem atividade) de prestação de serviços”.

Adotada esta segunda leitura, não há como enxergar, no texto constitucional, uma distinção entre prestação de serviços como exploração de atividade econômica e prestação de serviços públicos. Tal distinção, aliás, destoaria de nosso ordenamento jurídico, que os engloba em um mesmo tratamento, no que diz respeito à defesa do consumidor.

É bem de ver que isto não quer dizer, entretanto, que o estatuto jurídico previsto na Emenda Constitucional, ainda que abrangendo ambas as espécies de entidades, em suas disposições, deva, necessariamente, dar-lhes um DISCIPLINAMENTO ÚNICO, porque tal, concordamos plenamente, não seria constitucionalmente possível.

Certamente, o novo estatuto jurídico dessas empresas governamentais terá de dispor com a suficiente sensibilidade para distinguir, com suas regras, as essenciais e diferentes vocações constitucionais das duas espécies dessas entidades, preenchendo uma lacuna histórica já verdadeiramente intolerável, em nossa legislação sobre a matéria.

Mesmo porque, uma leitura integrada, coerente e harmônica da Constituição, terá necessariamente de compatibilizar o art. 173 com o art. 175, o qual estabelece o regime jurídico especial do serviço público.

Faz-se necessária, nesse passo, uma pertinente observação. Se esse regime jurídico especial é obrigatório para os próprios particulares, delegatários de serviço público, mais ainda o será para as entidades estatais a ele dedicadas. Se o Poder Público preferir explorar diretamente o serviço público através da criação de suas entidades, submetendo-as a um regime jurídico de direito privado, não é isto que irá mudar as coisas.

Vejamos qual, em nosso entendimento, deverá ser o conteúdo do estatuto jurídico, cuja elaboração a Constituição deferiu à lei ordinária.

Segundo os incisos I a V do § 1º do art. 173, deverá esse estatuto dispor sobre:

a função social da empresa e as formas de sua fiscalização pelo Estado e da sociedade;

a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias;

a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

a constituição e funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação das minorias acionárias;

os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Ora, não nos parece que haja nada, aí, que, conceitualmente, impeça a inclusão das sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras da prestação de serviços públicos nesse estatuto jurídico.

Isto porque, quando a Administração resolve criar entidades públicas para a prestação de serviços públicos comerciais e industriais sob a égide do direito privado, é porque, consoante pacificamente sempre se entendeu, tanto na doutrina do direito pátrio como na do direito comparado, está pretendendo conferir-lhes, repitamos, tendo em vista a natureza desses serviços, maior flexibilidade de atuação, pela absorção dos métodos da gestão empresarial privada.

Que se analisem os demais itens do § 1º do art. 173, dedicados ao futuro estatuto jurídico das sociedades de economia mista e das empresas públicas. Entendemos que seria rematado engano supor que somente se aplicariam às estatais exploradoras de atividade econômica *strictu sensu*.

Bem ao contrário, são necessárias, sim, para as entidades estatais prestadoras de serviços públicos.

Tais coordenadas constitucionais propiciam o efetivo disciplinamento de questões importantes e atualmente não muito claras na legislação ordinária, quais sejam a garantia da função social da empresa, atualmente só prevista nos arts. 116 e 154 da Lei das S.A.; as pertinentes a duração de mandatos, avaliação e desempenho e as responsabilidades dos seus administradores.

A Emenda propicia um melhor disciplinamento dos direitos das minorias acionárias dentro das companhias mistas, que somente constavam da lei ordinária e constituíam verdadeira ficção formal, incompatível com a ideologia da Administração Gerencial, que supõe uma participação cada vez maior dos setores privados na gestão da coisa pública. Sejam prestadoras de serviços públicos, sejam exploradoras de atividade econômica *strictu sensu*, a co-gestão das minorias acionárias há de ser adequadamente garantida, para que efetivamente se assegure a participação de capitais privados nos seus empreendimentos, tão necessária e útil, na realidade prática, para a melhoria da gestão de certos serviços públicos. É esta uma opção que se deve garantir ao administrador público, que nem sempre pode recorrer à delegação dos serviços mediante concessão.

Já assinalamos que, do modo como as atuais regras da Lei de Sociedades por Ações, no capítulo XIX, tratam as minorias acionárias, estas são verdadeiramente afugentadas de qualquer participação societária com o poder público.

Será esta, na elaboração do estatuto jurídico das entidades governamentais regidas pelo direito privado, uma excelente oportunidade para remover-se a excrescência do inconstitucional privilégio do art. 242 da Lei das S.A., que coloca as sociedades por economia mista — e, por tabela, também as empresas públicas, — a salvo da falência em caso de insolvência, elegendo-se a pessoa jurídica estatal instituidora como avalista de seus desperdícios, ao assumir a responsabilidade subsidiária dos débitos não honrados. Diz-se inconstitucional, porque, excluídas dos efeitos da falência em caso de insolvência, se tornam altamente privilegiadas em relação às demais empresas privadas, em desrespeito ao § 2º do art. 173. Há que fazer-se, também aí, um divisor de águas entre ambas as espécies de entidades, que, nessa matéria, não podem ter um tratamento igualitário.

De outra parte, outra distinção ainda poderá ser feita, no futuro estatuto jurídico, obedecendo aos reclamos da melhor doutrina: os bens dessas estatais, quando diretamente afetados à prestação de um serviço público, ficariam a salvo dos efeitos da penhora.

Abre-se, ainda, a oportunidade de estabelecer-se definitivamente a enigmática forma jurídica das empresas públicas unipessoais, já que nosso direito, presentemente, não acolhe a figura da empresa individual.

Tais disposições, repetimos, não apenas somente cabem para as empresas estatais prestadoras de serviço público, como, ainda, seriam de incontestável utilidade.

7. É preciso que se observem, entretanto, no estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista, as suas diferenças estruturais para o efeito da abrangência das normas gerais sobre licitações e contratos, quanto ao que dispõe o inciso III do referido § 1º do art. 173. Também aí é necessário estabelecer-se um divisor de águas.

Em pronunciamento perante a Conferência Estadual da Ordem dos Advogados escrevíamos, já em 1990, que:

“As mesmas regras não haverão de ser aplicadas a pessoas estatais norteadas por princípios tão diferentes. As salutares para as empresas de exploração econômica são desastrosamente permissivas para as prestadoras de serviços públicos — que, por natureza, obedecem a um regime de direito público. As plenamente adequadas às empresas vinculadas ao regime especial disciplinador dos serviços públicos são absolutamente entravadoras para as empresas de exploração econômica, que vão necessitar de maior flexibilidade empresarial e dinamismo de ação, sob pena de falharem na sua missão constitucional.” (...)

Sempre sustentamos que ambas as espécies de entidades estariam sujeitas à obrigatoriedade de licitação, como forma de realização dos princípios constitucionais de impessoalidade e de moralidade administrativa (e, já agora, ao da eficiência).

Mas cabe especial reflexão, quanto à aplicação igualitária das normas gerais dos contratos administrativos, para essas duas espécies de entidades. O regime jurídico especial dos contratos administrativos caracteriza-se por cláusulas ditas “exorbitantes”, consagradoras de prerrogativas especiais, tais como a auto-executoriedade de suas sanções, o poder de modificação unilateral das cláusulas contratuais de serviço, a possibilidade de rescisão unilateral e antecipada do ajuste.

Tais cláusulas não se compatibilizam, de maneira alguma, com as regras do § 2º do art. 173 da Constituição — estas, sim, típicas apenas das entidades exploradoras de atividade econômica, — quanto à sua submissão ao regime de competição leal de mercado, mediante condições isonômicas e sem quaisquer privilégios, relativamente às empresas particulares.

A Constituição de 1988 incorreu no grave erro de tornar igualmente obrigatórias, para toda a Administração direta e indireta, as normas gerais sobre contratos administrativos. Inovou, pois, quanto ao disciplinamento anterior da espécie pelo Decreto-lei nº 2.300/86, e o fez para pior.

A Emenda, no inciso III do parágrafo 1º do art. 173, somente exige, para as licitações das empresas governamentais regidas pelo direito privado, a obediência aos princípios da Administração Pública.

Não compartilhamos os argumentos daqueles que enxergam, nessa regra, a eliminação pura e simples da obrigatoriedade de licitações nessas empresas, ou sua realização livre de quaisquer freios. Não é bem assim. Todos, os princípios da licitação, corporificados atualmente na lei 8.666/93, emanam de princípios constitucionais da Administração Pública. Na medida em que o dispositivo emendado vincula a espécie aos princípios da Administração Pública, tem-se aí um norte seguro para o estabelecimento de modalidades especiais de licitação, de regras e procedimentos mais flexíveis, em regulamentos próprios.

Mas, por outro lado, é preciso frisar que as normas sobre licitação dessas empresas não ficarão exclusivamente ao seu talante nos regulamentos próprios, porque o art. 22, inciso XXVII, determina, para tanto, também o estabelecimento de normas gerais, embora diferentes daquelas aplicáveis às autarquias e fundações, porque editadas, é a dicção do Emenda, “nos termos do art. 173, § 1º, III”.

Daí entender CINTRA DO AMARAL, em feliz colocação de seu voto na Comissão designada pelo MARE para a elaboração da lei que disporá sobre o estatuto jurídico das estatais, que essa lei “terá por função estabelecer uma “ponte”, entre a Constituição e os regulamentos próprios, que, assim, teriam seu fundamento de validade na lei, e não diretamente da Constituição, evitando-se a instituição, esdrúxula no direito brasileiro, do “regulamento autônomo”. (6). Portanto, a aprovação, pelas empresas estatais, de seus regulamentos próprios, estará condicionada à edição da lei a que se refere o § 1º do art. 173, e esta, por seu turno, deverá estipular as normas gerais que, iniludivelmente, são previstas pelo art. 22, inciso XXVII da Constituição.

Quanto aos contratos, o novo estatuto jurídico dessas empresas governamentais deverá distinguir o seu regime jurídico. Se cabe o regime dos contratos administrativos em geral para as entidades que somente se dedicam à prestação dos serviços públicos, as prerrogativas próprias desse regime contratual, estabelecidas em favor da Administração contratante (que somente têm sentido, mesmo nos demais contratos administrativos em geral, em função do atendimento das necessidades de serviço público), não poderão aplicar-se aos contratos celebrados pelas entidades que exploram atividade econômica, pois facilmente estas levariam ao estabelecimento de privilégios incompatíveis com o § 2º do citado art. 173 da Constituição.

Daí a necessidade de estabelecerem-se normas gerais regedoras da espécie, as quais deverão limitar-se a servir de orientação para o conteúdo possível dos regulamentos próprios das licitações das sociedades de economia mista e empresas públicas. Nelas, deverá ficar perfeitamente definido o que pode, e o que não pode, constar dos regulamentos próprios das estatais destinadas a atividades de exploração econômica *strictu sensu*, e daqueles das estatais destinadas a atividades de prestação de serviços públicos comerciais e industriais.

Estas são, a nosso ver, as reflexões que nos permitimos fazer, submetendo-as à ilustrada apreciação da douta Comissão Permanente de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros, sem maior pretensão do que a de dar nossa modesta contribuição para o debate de questões tão polêmicas, porém nem por isso menos relevantes.

Bibliografia

- (1) Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia. vol. 07:107-181.
- (2) *Direito Constitucional*”, COIMBRA, Almedina. 1993, 6ª ed. pg. 190.
- (3) “*Hermenêutica e Aplicação do Direito*”
- (4) “*Curso de Direito Administrativo*”, São Paulo. Malheiros Editores, 1999, 11ª ed., pgs. 138 e seguintes.
- (5) Seminário “*A Emenda Constitucional da Reforma Administrativa*”, promovido pela Escola Superior de Advocacia da OAB, no dia 20 de novembro de 1998 em Salvador/Bahia.
- (5) Pronunciamento na Conferência Estadual da OAB/BA, publicado na RDP nº 96: 91-93. O tratamento diferenciado das duas espécies, aliás, há muito vinha sendo reclamado por autores como Celso Antonio Bandeira de Mello, Cretella Jr., Lucia Valle Figueiredo, Eros Grau, José Afonso da Silva, e muitos outros. Maria Sylvia Zanella di Pietro, a esse respeito, em obra clássica, procurou extrair, do estudo comparado dos arts. 173 e 175, a definição de um regime jurídico diferenciado, entre uma e outra espécie de empresas governamentais regidas pelo direito privado.
- (6) Referimo-nos a notas gentilmente fornecidas pelo autor, mediante solicitação nossa, que expressam a posição pelo mesmo adotadas em seu voto na referida Comissão.
- (7) Referimo-nos a notas gentilmente fornecidas pelo autor, mediante solicitação nossa, que expressam a posição pelo mesmo adotada em seu voto na referida comissão do MARE.