A LICITAÇÃO NAS ENTIDADES PARAESTATAIS*

HELY LOPES MEIRELLES**

I. Conceito e características das entidades paraestatais. II. Liberdade operacional das entidades paraestatais. III. Inexigibilidade de licitação nas entidades paraestatais. IV. Conveniência de seleção simplificada de contratantes, com observância dos princípios da licitação. V. Conclusões e sugestões.

O estudo da licitação nas entidades paraestatais exige se fixem previamente o conceito e as características dessas entidades, indicando as suas modalidades ou espécies dentro do gênero a que pertencem, para, ao depois, analisarmos o modo e forma de suas contratações e o procedimento seletivo conveniente para a escolha de seus contratantes.

É o que faremos a seguir.

I. *Conceito e características das entidades paraestatais*

Entidade paraestatal — já o dissemos em estudo anterior — é toda pessoa jurídica de direito privado, cuja criação é autorizada por lei, com patrimônio público ou misto, para a realização de atividades, obras ou serviços de interesse coletivo, sob normas e controle do Estado. Não se confunde com autarquia, nem se identifica com entidade estatal.

O étimo da palavra *paraestatal* está indicando que se trata de ente disposto *paralelamente* ao Estado, *ao lado* do Estado, para executar cometimentos de

* Exposição apresentada ao "Seminário Nacional sobre Empresas Estatais", promovido pela "Fundação Dom Cabral", da Universidade Católica de Minas Gerais, em Belo Horizonte, de 16 a 19 de novembro de 1977.

** Advogado. Professor de Direito Administrativo em São Paulo.

interesse do Estado, mas não privativos do Estado. Enquanto as autarquias são incumbidas de atividades públicas *típicas*, as entidades paraestatais prestam-se a executar atividades *atípicas* do Poder Público, mas de utilidade pública, de interesse da coletividade, e, por isso, fomentadas pelo Estado, que autoriza a criação de pessoas jurídicas com personalidade privada para realizar tais atividades com o apoio oficial.

O paraestatal não é o estatal, nem é o particular; é o meio termo entre o público e o privado. Justapõe-se ao Estado sem o integrar como o autárquico, ou alheiar-se como o particular. Tem personalidade privada, mas realiza atividades de interesse público, e, por isso, os atos de seus dirigentes, revestindo certa autoridade e gerindo patrimônio público, expõe-se a determinados controles administrativos e sujeitam-se a mandado de segurança e a ação popular.

Como pessoas jurídicas de direito privado, as entidades paraestatais exercem direitos e contraem obrigações em seu próprio nome, saldando seus compromissos em condições idênticas às das empresas particulares. Não sendo um desmembramento do Estado — como não são — as entidades paraestatais não nascem com privilégios estatais, só auferindo as prerrogativas que lhes forem conferidas expressamente em lei. Em contrapartida, as entidades paraestatais desfrutam de maior liberdade de atuação para a consecução de seus objetivos estatutários e empresariais. Daí a *inexigibilidade de licitação*, pelo que não se pode dizer que tenham um regime jurídico uniforme e legislado para suas contratações, podendo fazê-las na forma de seus estatutos, regulamentos e deliberações da Diretoria, como veremos mais adiante.

Antes, porém, merece relembrar que o *paraestatal* é o gênero, do qual são espécies ou modalidades, a empresa pública, a sociedade de economia mista, os serviços sociais autônomos, e as fundações instituídas pelo Poder Público, as duas primeiras (empresa pública e sociedades de economia mista) integrando a chamada *administração indireta* e as demais constituindo a categoria dos *entes de cooperação* com o Estado.[1]

II. *Liberdade operacional das entidades paraestatais*

A liberdade operacional das entidades paraestatais, especialmente das empresas públicas e das sociedades de economia mista, decorre de sua assemelhação às empresas privadas, por preceito constitucional que assim dispõe: "Na

[1] Cf. nosso *Direito administrativo brasileiro*, Ed. *RT*, São Paulo, 5. ed., 1977, p. 319 e segs. e 734 e segs.

exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações" (Const. Rep., art. 170, § 2º).

Essa disposição constitucional tem um duplo objetivo: 1º) dar a tais entidades maior flexibilidade operacional que aos órgãos estatais; 2º) nivelá-las, em direitos e obrigações, às organizações congêneres, da iniciativa privada, impedindo, assim, a concorrência desleal das empresas do Estado às empresas particulares.

Para atingimento do primeiro objetivo essas organizações, embora instituídas pelo Poder Público, ficam desvinculadas da rigidez das normas administrativas do Estado, para só se sujeitarem à lei especial de sua instituição e às regras organizatórias e operacionais de seu estatuto e, agora, ao controle de contas na forma específica da Lei nº 6.223, de 14 de junho de 1975. Seus métodos operacionais são os das empresas privadas; seus negócios admitem lucro; seu pessoal é empregado de empresa, regido em tudo e por tudo pela Consolidação das Leis do Trabalho e pelas normas acidentárias e previdenciárias comuns. Somente para fins criminais, quanto às infrações relacionadas com a função, é que seus dirigentes e empregados são equiparados a funcionário público, por expressa determinação do parágrafo único do art. 327 do Código Penal, que reza: "Equipara-se a funcionário público, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal". Por igual razão, os atos de seus dirigentes, quando ofensivos de direito individual, líquido e certo, sujeitam-se a mandado de segurança por conterem delegação do Poder Público (Lei nº 1.533/51, art. 1º, § 1º), e, se ilegais e lesivos do patrimônio público, podem ser invalidados por ação popular (Lei nº 4.717/65, art. 1º).

Para consecução do segundo objetivo (igualdade com as empresas da iniciativa particular), as entidades paraestatais, notadamente as empresas públicas e as sociedades de economia mista, nascem despidas de privilégios estatais e de poder de império, só auferindo as prerrogativas que lhe forem concedidas por lei especial, necessárias ao pleno desempenho de suas finalidades estatutárias.

Delineada, assim, a organização e a forma de atuação das entidades paraestatais, como justificativa para sua maior liberdade operacional, vejamos o modo de suas contratações para obras, serviços, compras e alienações de seus bens, indicando-se o procedimento seletivo conveniente à escolha de seus contratantes.

III. *Inexigibilidade de licitação nas entidades paraestatais*

No consenso da doutrina e da jurisprudência pátrias não é exigível licitação nas entidades paraestatais, para qualquer de suas contratações. A regra é a *livre escolha de seus contratantes,* ou seja, a contratação direta com empreiteiros, fornecedores e adquirentes de seus bens e produtos; a exceção é a *licitação formal,* do Decreto-lei 200/67; o conveniente é o *procedimento seletivo simplificado,* estabelecido no regulamento da entidade.

Em monografia sobre o assunto já escrevemos que a licitação, em princípio, é obrigatória para as entidades públicas (*estatais* e *autárquicas*), não o sendo para as entidades privadas (*paraestatais*), e justificamos essa diversidade de tratamento porque as pessoas jurídicas de direito público estão sujeitas a normas de operatividade mais rígidas do que as pessoas jurídicas de direito privado, embora a serviço do Poder Público. Realmente, não se pode confundir a União, os Estados, os Municípios e suas autarquias, que operam em moldes estritamente públicos, com as demais entidades que prestam serviços públicos ou realizam atividades de interesse público, mas em regime de direito privado (civil ou comercial). Para aquelas a licitação é obrigatória; para estas é facultativa.[2]

Daí por que o legislador federal, avisadamente, só sujeitou as entidades públicas ao sistema de *licitações públicas* do Decreto-lei federal 200/67 (art. 125 a 144), atendo ao já citado mandamento constitucional de que "as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações" (Const. Rep., art. 170, parágrafo 2º), o que está a indicar que estas entidades podem realizar suas contratações sem licitação. Nada impede, entretanto, que lei especial lhes imponha a obrigatoriedade da licitação pública, fazendo incluir essa obrigação em seu estatuto, ou que a própria Diretoria assim o delibere, inserindo-a no regulamento da empresa, ou decida em cada caso pelo procedimento licitatório, indicando a norma legal a ser observada. O que convém acentuar é que as pessoas jurídicas de personalidade privada, como são as entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais e serviços sociais autônomos) não estão *originariamente* sujeitas à licitação pública, que a lei geral só impõe às entidades estatais e autárquicas, na sua imprópria menção à "administração direta e autarquias" (Decreto-lei nº 200/67, art. 125).

[2] Cf. nosso *Licitação e contrato administrativo.* Ed. *RT,* São Paulo, 3. ed., 1977, p. 95 e segs.

Diante dos textos da Constituição e da lei federal supra referidos, a doutrina acordou no entendimento de que a licitação pública não é exigida para as contratações das entidades paraestatais, como já havíamos dito antes, no primeiro comentário sobre as novas normas licitatórias[3] e repetimos em todas as edições de nosso *Licitação e Contrato Administrativo*, até a atual (3ª ed., 1977, p. 95 e segs.), no que fomos seguidos pelos demais autores que abordaram o assunto.[4]

Por sua vez, o Tribunal de Justiça de São Paulo, nos dois únicos casos em que a questão já foi levantada, decidiu pela inexigibilidade de licitação pública de entidade paraestatal, admitindo, como sustentamos em ambos os casos, a contratação direta ou a seleção de contratantes por procedimento simplificado e adequado às peculiaridades da empresa. Assim foi julgado em mandado de segurança impetrado e denegado, contra o METRÔ de São Paulo e em mandado de segurança impetrado e denegado, contra a DERSA — Desenvolvimento Rodoviário S/A. No primeiro caso, a Egrégia Câmara disse às expressas: "A obrigatoriedade de licitação só abrange a chamada administração direta e as autarquias, liberando de concorrência as sociedades de economia mista, pertencentes à administração indireta";[5] no segundo julgado, a Colenda Câmara, embora não dizendo com a mesma precisão do V. Acórdão anterior, declarou: "Vale, porém, lembrar que a observância apenas dos princípios do instituto (licitação) é que tem bastado, por não haver razão essencial a que se apliquem mecanismo licitatórios iguais. O contrário é que parece ajustar-se à natureza de entidades como a DERSA, além de outras semelhantes, que tenham estrutura autônoma diversa das dos serviços centralizados ou autárquicos. O procedimento adotado pela impetrada (procedimento seletivo simplificado), ajusta-se às garantias adequadas a um mecanismo licitatório" (do Acórdão na Apelação Cível 257 834, da 5ª Câmara Civil, julgada em 10.3.1977, ainda não publicado em repertório de jurisprudência).

Uniram-se, assim, as afirmações da doutrina e da jurisprudência na sustentação de que as entidades paraestatais *não estão sujeitas à licitação* para suas contratações, *podendo realizá-las facultativamente*, nos termos do Decreto-lei

[3] Cf. nosso estudo "O procedimento da licitação" *in Estudos sobre a lei paulista 10.395/70* Ed. *CEDRO*, São Paulo, 1970. p. 9 e segs.

[4] Cf. Marcello da Silva, Antonio. *Contratações administrativas*. São Paulo, 1971. p. 10 e 167; Caio Tácito, *in RDA*, v. 113, p. 350; Wald, Arnoldo, *in RDA*, v. 118, p. 452; Medeiros Silva, Carlos e Rao Vicente, *in* "pareceres do METRÔ de São Paulo", 3.1.72 e 12.1.1972.

[5] Do Acórdão no Agravo de Petição 206.895, da 3ª Câmara Civil, *in Rev. Trib.*, v. 431, p. 130.

200/67 ou da lei local a que se subordinarem, caso em que ficarão inteiramente vinculadas aos seus preceitos, como *poderão contratar diretamente* suas obras, serviços e compras, ou, ainda, realizar uma *seleção simplificada* e adequada às peculiaridades da empresa, sendo esta, a nosso ver, a conduta recomendável para preservação da moralidade administrativa e atendimento dos objetivos estatutários.

IV. *Conveniência de uma seleção simplificada de contratantes, com observância dos princípios da licitação*

Se é certo que as entidades paraestatais não estão obrigadas, pela lei geral (Decreto-lei 200/67) à licitação formal das entidades públicas (estatais e autárquicas), não é menos certa a *conveniência* de um procedimento seletivo simplificado para suas contratações, no qual se observem os princípios (não as normas) da licitação administrativa. A propósito, criticando a liberalidade da atual legislação em relação às paraestatais, sugerimos que a licitação constituisse a *regra* para toda a Administração, direta e indireta, abrangendo as contratações das empresas públicas e das sociedades de economia mista, e, até mesmo, das fundações instituídas ou subvencionadas pelo Poder Público, mas abrindo-se as *exceções* para os casos de justificada conveniência negocial, e impondo-se, como *regra,* a escolha de contratantes por *procedimento seletivo simplificados,* adequados ao objetivo estatutário de cada entidade.[6] Mas ainda não é assim. O nosso direito legislado propicia a mais ampla liberdade às entidades paraestatais, eximindo-as totalmente de qualquer procedimento licitatório, quando, no setor privado, as empresas particulares de maior vulto já procuram resguardar-se de maus contratos, através de procedimentos seletivos próprios, ou assemelhados aos da licitação pública.

O mesmo vem ocorrendo com algumas entidades paraestatais que, por iniciativa própria, altamente elogiável, se impuseram, por disposição estatutária ou por deliberação da Diretoria, a obrigatoriedade de um procedimento seletivo simplificado e adequado aos seus objetivos empresariais, como é o caso do METRÔ de São Paulo, da EMPLASA, da CEAGESP, e outras empresas do Estado e do Município, que se auto-limitaram na liberdade de contratar, elaborando e publicando o seu "Regulamento de Contratações".

[6] Cf. nosso *Licitação e contrato administrativo.* Ed. *RT,* São Paulo, 3. ed., 1977, p. 25-26.

Essa conduta supletiva da omissão da lei nacional é salutar e recomendável, por atender à moralidade administrativa e ao mesmo tempo permitir a adequação do procedimento seletivo às especificidades de cada entidade, além de tornar certa, estável e vinculante para as partes, todas as regras da competição seletiva.

Nada impede, entretanto, que a própria entidade que estabeleceu o procedimento seletivo conveniente aos seus negócios, indique as hipóteses de *contratação direta,* as quais, em ocorrendo, serão justificadas pelo órgão interessado e aprovadas pela Diretoria, em cada caso. Concilia-se, assim, a liberdade empresarial da entidade paraestatal, com as exigências da moralidade e probidade administrativas, deveres genéricos de todo gestor de bens e dinheiros públicos, ainda que administrados em moldes da iniciativa privada.

O essencial, nesses procedimentos seletivos simplificados, é que se observem os princípios (não as normas) da licitação das entidades públicas, e tais são: *formalidades mínimas; igualdade entre os proponentes; publicidade dos atos; sigilo na apresentação das propostas; vinculação ao edital ou convite; julgamento objetivo;* e *adjudicação compulsória ao vencedor.* Todos esses *princípios* são fundamentais, e da ausência ou infringência de qualquer deles resultará a ineficácia e a nulidade do procedimento seletivo.

Formalidades mínimas, representam a garantia da regularidade do julgamento, pelo atendimento de todas as exigências procedimentais legítimas; *igualdade entre os proponentes,* significa isonomia, ou seja, absoluto nivelamento dos interessados perante o edital e normas superiores; *publicidade dos atos,* quer dizer, divulgação oficial das normas da seleção e do contrato (edital, instruções específicas, Regulamento de Contratações, etc.), e das decisões concernentes ao procedimento seletivo e ao seu julgamento, para propiciar os recursos cabíveis; *sigilo na apresentação das propostas,* representa a indevassabilidade da documentação e das propostas, até o momento da abertura dos respectivos envelopes, em ato público, o que separa as duas fases do procedimento: habilitação e julgamento; *vinculação ao edital* ou ao convite, significa integral sujeição das partes (entidades licitadora e proponentes) ao instrumento convocatório e demais normas regedoras do procedimento seletivo e do contrato; *julgamento objetivo,* quer dizer apreciação da documentação e das propostas em estrita conformidade com o pedido no edital e com o apresentado pelos proponentes, sem inovação do critério de julgamento e sem valoração subjetiva do julgador; *adjudicação compulsória,* significa que só ao vencedor da seleção pode ser atribuído o seu objeto, para o respectivo contrato.

Observados esses princípios, deve, ainda, a entidade promovente da seleção de contratantes propiciar os recursos internos cabíveis dos atos da Comissão de Julgamento ou do julgador individual, para a Diretoria da empresa, pois é contrária à índole do nosso direito a decisão única e irrecorrível. Além disso, os julgamentos únicos e soberanos tornam suspeitos os julgadores e impedem a correção de erros, muitas vezes evidentes, que poderiam ser sanados pela própria direção da entidade, evitando a ação judicial, sempre de tramitação mais demorada que a das vias hierárquicas.

Outra observação que se impõe é a de que as entidades paraestatais, deverão adotar terminologia diversa da das licitações públicas, exatamente para indicar que se trata de procedimento diversificado, embora assentado nos mesmos princípios licitatórios. Por isso, vimos propondo a designação de "Regulamento de Contratações" para as normas simplificadas do seu "procedimento seletivo" ou "seleção de contratantes" (ao invés de *licitação*) e, para as modalidades correspondentes, *concorrência, tomada de preços* e *convite,* sugerimos as denominações, respectivamente, de "convocação geral", "coleta de preços" e "pedido de cotação", como já estão sendo adotadas pelas paraestatais do Estado de São Paulo, cujos primeiros "Regulamentos de Contratações" foram por nós elaborados com essa nomenclatura distintiva.[7]

* * *

Cremos firmemente que, atendidos esses lineamentos, as entidades paraestatais poderão — e deverão — elaborar seus regulamentos de contratações, com *procedimento seletivo simplificado e adequado aos seus objetivos estatutários,* prevendo as exceções para as contratações diretas, com o que assegurarão a agilidade em seus negócios e a probidade na escolha de seus contratados, resguardando os seus contratos de críticas e impugnações. O que não se justifica é a ausência de normas para suas contratações, deixando a matéria ao inteiro alvedrio da Diretoria, e propiciando favoritismo e perseguições, por predileções ou inadversões pessoais. A entidade paraestatal deve ser livre e desembaraçada nas opções de seus negócios estatutários, mas controlada por normas operacionais de sua própria elaboração, para opor limites à conduta pessoal de seus dirigentes e oferecer certeza e segurança aos seus contratados, no respeito recíproco dos direitos e deveres de ambas as partes.

[7] Cf. "Regulamento de contratações" do METRÔ, da EMPLASA e da CEAGESP.

V. *Conclusões e sugestões*

Ao final desta sucinta exposição, calcada na legislação federal vigente, na jurisprudência pertinente, na doutrina dominante e na prática dessas administrações, permitimo-nos apresentar as conclusões e sugestões seguintes:

1ª) As entidades paraestatais — empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas ou subvencionadas pelo Estado e serviços sociais autônomos — não estão sujeitas à licitação, impositiva somente para as entidades estatais e autárquicas (Decreto-lei federal 200/67, arts. 125 a 144), pelo que não têm um regime jurídico legislado e uniforme para suas contratações.

2ª) As entidades paraestatais podem, em princípio, contratar livremente com terceiros, independentemente de qualquer procedimento licitatório, como podem realizar a licitação prevista no Decreto-lei 200/67.

3ª) É conveniente para o atendimento da moralidade administrativa que cada entidade paraestatal elabore o seu "Regulamento de Contratações", estabelecendo um procedimento seletivo simplificado e adequado aos seus objetivos estatutários, com previsão dos casos de dispensa.

4ª) O "Regulamento de Contratações" de cada entidade paraestatal deverá adotar os princípios básicos da licitação pública, mas em termos próprios e com nomenclatura diversificada, a fim de evitar confusão com os procedimentos estabelecidos para as entidades estatais e autárquicas.

5ª) O "Regulamento de Contratações", elaborado pela entidade paraestatal, deverá ser publicado em órgão oficial, para conhecimento dos interessados em seus contratos.

6ª) Desde que publicado, o "Regulamento" vincula a entidade paraestatal e os proponentes às suas normas, que não poderão ser desatendidas sob pena de nulidade, suscetível de declaração pelo Poder Judiciário, por constituirem o regime jurídico de suas contratações.