

LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO NAS EMPRESAS DE SANEAMENTO

RUBENS NAVES*

Resumo: É observada a importância da relação serviços públicos-construção, serviços esses realizados por concessionárias, que são — como se destaca — criadas como pessoas jurídicas de direito privado, mas que, no desenvolvimento de suas atividades, subordinam-se, também, a regras de direito público.

Seguem essa orientação entidades responsáveis pela execução do PLANASA, inclusive no Estado de São Paulo, onde a SABESP é uma sociedade anônima em que o Estado é o acionista majoritário. A legislação estadual sobre licitação aplica-se à administração centralizada e autárquica, estando as referidas sociedades obrigadas a obedecer, exclusivamente, aos princípios da licitação.

Necessária é a existência e aperfeiçoamento de cadastro de fornecedores para garantia da prevalência desses princípios nas diversas modalidades de licitação. Da mesma forma, imperativa é a existência e divulgação do regulamento de licitações. Contratado o fornecimento, as relações jurídicas com os fornecedores passam a ser regidas pelo direito obrigacional.

* Da Procuradoria Judicial da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo — SABESP; do Instituto dos Advogados de São Paulo.

I — SERVIÇOS PÚBLICOS E CONSTRUÇÃO

Desnecessário seria enfatizar a importância, num trabalho por ocasião do II ENCO¹ — Encontro Nacional da Construção, do relacionamento serviços públicos — construção.

Uma vez que o desenvolvimento nacional e a conseqüente urbanização implicam numa exigência de maior realização desses serviços e em seu aperfeiçoamento, esta inter-relação terá, nos próximos anos, uma importância cada vez maior.

Parcela considerável desses serviços, que importarão na realização de obras de toda natureza, situa-se na área do saneamento básico, tendo em vista as pretensões do Banco Nacional da Habitação — BNH, na realização dos objetivos do Plano Nacional de Saneamento — PLANASA.

Oportuno é destacar aspectos desse relacionamento que, analisados, possam contribuir para um melhor entendimento entre os órgãos da administração pública que se propõem a

1. Encontro promovido pelo Clube de Engenharia e Câmara Brasileira da Indústria da Construção, realizado na cidade do Rio de Janeiro, de 08 a 13 de dezembro de 1974, reunindo representantes de órgãos de classe, órgãos públicos e empresários ligados ao assunto.

realizar esses planos e as empresas empreiteiras de obras, prestadoras de serviços e fornecedoras de materiais e equipamentos, que são, também, instrumentos necessários para consecução dos objetivos propostos.

Urge desenvolver temas ligados diretamente às licitações e contratações, cujas controvérsias e indefinições podem gerar dúvidas que impossibilitam o desenvolvimento harmônico desse trabalho conjunto.

A tendência atual da administração pública tem sido a de atribuir o planejamento e execução desses planos a órgãos descentralizados, cuja flexibilidade traria maior eficiência à sua atuação.

Por conseguinte, a definição, sob o ponto de vista jurídico, do posicionamento dessas entidades, no que diz respeito às licitações e contratações, é contribuição necessária para aprimorar esse relacionamento.

II — REGIME JURÍDICO ADOTADO NAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS, SOCIEDADES EM QUE O ESTADO É ACIONISTA MAJORITÁRIO

A intervenção do Estado no planejamento e controle da ordem social e econômica tem dado oportunidade ao surgimento de entidades jurídicas que podem dar à administração pública a necessária flexibilidade e eficiência para alcançar seus objetivos.

Nesse sentido, para a prestação de serviços públicos, especial destaque tem sido dado às pessoas jurídicas de direito privado, que hoje integram a administração descentralizada.

A tendência doutrinária dominante que verificamos ao analisar essas entidades, na esfera da administração federal, é o reconhecimento da singularidade da atuação do Estado através de empresas que revestem a forma de sociedades anônimas estando, porém, subordinadas a disposições legais que modificam a disciplina específica das mesmas.

Coexistem, por conseguinte, o ordenamento jurídico mercantil (próprio das sociedades anônimas) e normas de direito administrativo, regulando a vida desses entes paraestatais.

No âmbito estadual e municipal, contudo, existe divergência doutrinária, com posição que aponta para as sociedades em que o Estado é acionista majoritário, realizando ou não serviços públicos, natureza exclusivamente mercantil²; e ainda posição que indica serem

verdadeiras sociedades de economia mista, quando realizam, exclusivamente, serviços públicos³.

Esta última, que pretendemos examinar, no que diz respeito às licitações e contratações, parece-nos ser orientação que tende a predominar.

Como assevera Caio Tácito:

“Ressalvadas as exceções expressas em lei, as empresas do Estado, constituídas como sociedades comerciais, devem regular-se pelas normas de direito privado que lhes são próprias. Pretender equipará-las, em seu regime jurídico, aos órgãos da administração direta ou autárquica é violar a lei, ignorando a escolha de regime jurídico diverso que visa, principalmente, a fugir dos embaraços administrativos que se encontram no pretense paradigma do qual o legislador deliberadamente se afastou.”

Por outro lado, continua

“A proteção do capital público investido na sociedade estatal justifica, certamente, que a singularizam da sociedade privada.”⁴

III — AS EMPRESAS RESPONSÁVEIS PELO DESENVOLVIMENTO DO PLANO NACIONAL DE SANEAMENTO

Dentre os vários programas de desenvolvimento do país que implicarão na execução de obras, no presente e no futuro, destacamos os da área do saneamento básico, onde a prestação dos serviços públicos se caracteriza, também, por uma descentralização, através da concessão a pessoas jurídicas de direito privado que revestem a forma de sociedades mercantis.

Tendo em vista que a meta inicial do PLANASA, além de outras, é a eliminação da deficiência do abastecimento de água em prazo não superior a 10 (dez) anos (1980) promovendo o atendimento de pelo menos 80% (oitenta por cento) da população brasileira, podemos inferir a importância da parcela de serviços públicos que deverão ser realizados, nesta área, através de programas e subprogramas do BNH com participação dos Estados e Municípios.

3. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, in *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta* — Ed. RT 1973.

4. In *Sociedade de Economia Mista — Licitação* — RDP n.º 23 — pág. 63.

2. MOACIR LOBO DA COSTA, in *Sociedade de Economia Mista e Participação do Estado no Capital de Sociedade Anônima* — RDP-5, págs. 136 à 142.

Portanto, a execução desses serviços públicos resultará, com grande significado, na contratação de estudos, projetos, assistência técnica, execução de obras e compra de materiais e equipamentos.⁵

Foram criados em cada estado brasileiro programas de desenvolvimento — aludimos aqui mais diretamente ao método de programação trienal do BNH — na área do saneamento básico, que têm como condição para obtenção de financiamento a existência de entidade autônoma (autarquia ou companhia de economia mista) que exerça as funções de mutuário final dos financiamentos e que seja responsável pela execução das obras e operação dos sistemas.⁶

Em diversos estados em que está sendo implantado o PLANASA a forma jurídica adotada tem sido a das sociedades sob regime de direito privado, onde existe a participação acionária dos estados, municípios e particulares.

IV — A SITUAÇÃO EM SÃO PAULO: SABESP — EMPRESA EM QUE O ESTADO É ACIONISTA MAJORITÁRIO

Através da Lei n.º 119, de 29 de junho de 1973, foi autorizada a constituição de uma sociedade por ações, sob a denominação de Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo — SABESP, com o objetivo de planejar, executar e operar os serviços públicos de saneamento básico em todo o território do Estado de São Paulo, respeitada a autonomia dos municípios, em cujo capital social podem participar pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, de nacionalidade brasileira.⁷

Estabelece o artigo 2.º da referida Lei, que o Governo do Estado de São Paulo, por intermédio do Departamento de Águas e Energia Elétrica — DAEE, autarquia vinculada à Secretaria dos Serviços e Obras Públicas, manterá

5. Nesse sentido trabalho de José Roberto de A. P. do Rego Monteiro "PLANASA UM PLANO EM MARCHA" apresentado no VII Congresso Brasileiro de Engenharia Sanitária — Salvador — Bahia — novembro 1973.

6. Deixamos de abordar aspectos ligados a autonomia municipal, muito embora existam opiniões que entendem que a forma como vêm atuando essas empresas fare a autonomia dos municípios, conforme opinião de Antonio Tito Costa no jornal "O Estado de São Paulo".

7. Sobre a estrutura das entidades que atuavam antes da constituição da SABESP, assim como o histórico da institucionalização do saneamento no Estado de São Paulo, reportamo-nos a "Considerações sobre Institucionalização de Saneamento Básico" de Carlos Eduardo Dória Chaves, trabalho apresentado no VII Congresso Brasileiro de Engenharia Sanitária.

sempre a maioria absoluta das ações da sociedade.

Estamos, pois, tratando de mais uma entidade em que a Administração pública desenvolve suas atividades, tipificadas na legislação estadual como "sociedades em que o Estado é acionista majoritário".

Por conseguinte, estamos diante de uma situação em que os serviços públicos são realizados por concessionária, constituída sob a forma de sociedade por ações, logo sujeita às normas de direito privado reguladoras das atividades dessas empresas que, em sua atuação, se submetem, também, segundo entendimento da doutrina, a normas de Direito Administrativo.

V — A LEGISLAÇÃO ESTADUAL SOBRE OBRAS, SERVIÇOS E COMPRAS

A legislação do Estado de São Paulo sobre licitações para aquisição de materiais e equipamentos, contratação de obras e serviços, está consubstanciada na Lei n.º 89, de 27 de dezembro de 1972, que adota os preceitos contidos no Decreto-lei n.º 200, de 1967, sobre a matéria.

O citado diploma legal, normativo de todo o procedimento licitatório, obriga a administração centralizada e autárquica do Estado.

Dispõe, ainda, supletivamente, que, sempre que possível e conveniente, as empresas e sociedades, em que o Estado é acionista majoritário, adotem os preceitos contidos na referida Lei.

Logo, as empresas em que o Estado é acionista majoritário, não estão jungidas à estrita observância dos preceitos licitatórios da Lei n.º 89 que, pela sua rigidez, poderiam frustrar os objetivos visados pelo legislador quando da criação dessas entidades privadas.

VI — OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

Na qualidade de concessionárias de serviços públicos, as sociedades em que o Estado é acionista majoritário estão impedidas de dispor livremente dos recursos públicos.

É essa a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, que as caracteriza como sociedades de economia mista uma vez que prestam serviços públicos.

"... não só porque são constituídas de capitais governamentais como também por corresponderem a um instrumento de ação do Estado, o qual, por imperativo do sistema constitucional, é obrigado

tratar isonomicamente a todos os administrados".⁸

Por outro lado, a observância estrita das regras legais de licitação, excessivamente formais e rígidas, dificultaria o alcance do objetivo estatal, que é dar a necessária flexibilidade às empresas em foco, possibilitando a obtenção de decisões mais céleres e serviços mais dinâmicos.

Concilia estas posições, em princípio antagônicas, a observância dos princípios da licitação, ou seja, a adoção de critérios mais flexíveis na realização de compras (aquisição de materiais e equipamentos, contratação de obras e serviços) pelas entidades criadas, em que são respeitados os princípios inerentes à disposição do dinheiro público.

De conformidade com esse entendimento é o espírito da legislação paulista, explicitado no Decreto-lei Complementar n.º 7, de 1969, que prescreve a inserção, nos estatutos sociais das sociedades acima mencionadas, da obrigatoriedade de serem observados os princípios da licitação.⁹

Nesse sentido, também, o artigo 80 da Lei n.º 89 de 1972.

De fato. Prescreve o citado Decreto-Lei complementar, em seu artigo 3.º, inciso III, que os regimentos, regulamentos ou estatutos das entidades descentralizadas adotarão, obrigatoriamente, normas para a realização de aquisições, serviços e obras de acordo com os princípios da licitação.

Logo, como obtempera Caio Tácito,

"Não se trata de submeter esses negócios jurídicos ao procedimento das licitações públicas, próprio dos órgãos da administração direta.

Apenas o regime de Direito Privado das empresas públicas e sociedade de economia mista tem o princípio da autonomia da vontade condicionado pelo princípio da licitação"¹⁰.

Segundo o entendimento acima, a SABESP fez inserir em seus estatutos sociais os preceitos contidos no instrumento legal acima citado.

Reportamo-nos ao livro de Adilson Abreu Dallar "ASPECTOS JURÍDICOS DA LICITAÇÃO" em que o autor, descrevendo tanto os princípios que informam a licitação como os que decorrem da licitação, faz uma síntese dos últimos ao afirmar:

"Acreditamos que os elementos verdadeiramente essenciais a qualquer modalidade de licitação, e que por isso mesmo devem ser considerados como princípios fundamentais desse procedimento, são três: igualdade; publicidade e estrita observância das condições estabelecidas no instrumento de abertura"¹¹

Ao estabelecer um procedimento em que os licitantes têm os mesmos direitos e obrigações (princípio de igualdade) com um chamamento dos interessados, mediante ampla divulgação (princípio da publicidade), observadas as condições constantes dos editais e convites (princípio da observância das regras pré-estabelecidas, estará a entidade respeitando os princípios da licitação.

Do ponto de vista prático, também, torna-se imperiosa a existência de um conjunto de normas a serem observadas pela empresa no relacionamento com seus fornecedores.

A elaboração dessas normas pode ser feita tomando-se como balizas, de um lado, os princípios da licitação, e de outro, a necessária flexibilidade na condução dos negócios empresariais, absorvidos, sempre que possível e conveniente, os preceitos constantes da legislação em vigor.

VII — O CADASTRO DE FORNECEDORES

Ao fornecedor, que é toda pessoa física ou jurídica, com interesse e em condições de atender a empresa na execução de obras, prestação de serviços ou no fornecimento de material e equipamento, deve ser assegurada a observância dos princípios acima discriminados.

A prevalência desses princípios torna-se mais difícil, a partir do momento em que passamos da concorrência para outras modalidades de licitação, ou seja, a tomada de preços e o convite.

Daí surgir a necessidade da criação de um instrumental jurídico que venha facilitar a tarefa do administrador: o cadastro de fornecedores. Somente a existência de um cadastro, em que a meta a ser alcançada é a qualificação, a mais objetiva possível dos fornecedores, pode assegurar a subordinação aos princípios da licitação, nessas modalidades.

8. in ob. cit., pág. 122.

9. Cabe aqui ressaltar a inoportunidade do exame da constitucionalidade do Decreto-lei Complementar n.º 7 de 1969, pois como observa Caio Tácito em parecer na RDP-23, no seu conteúdo o citado diploma se harmoniza com as normas que dispõem sobre a matéria.

10. in Parecer citado — RDP-23 pág. 29.

11. Aspectos jurídicos da licitação — Ed. Juriscredi — 1973, pág. 33.

O estabelecimento de categorias em bases científicas é condição imprescindível para a realização de tomadas de preços, assim como a abertura do procedimento comunicado a todos os inscritos numa mesma categoria.

Os convites devem se subordinar, na medida do possível, a critérios objetivos, baseados em orientação interna constante.

O aperfeiçoamento do cadastro de fornecedores constitui, por conseguinte, fim a ser perseguido pelo administrador.

Dessa forma, dispõe o Decreto-lei Complementar n.º 7, que os regulamentos das entidades descentralizadas deverão manter, quanto às aquisições, serviços e obras, cadastro organizado de contratantes, indicativo de sua capacidade financeira e operacional, bem assim de seu comportamento em relação à entidade.

VIII — A IMPERATIVIDADE DA EXISTÊNCIA E DIVULGAÇÃO DO REGULAMENTO DE LICITAÇÕES

Como garantia de sujeição das empresas em que o Estado é acionista majoritário aos princípios da licitação, o conjunto de normas licitatórias — condensadas em regulamento ou outro qualquer instrumento — deve ser amplamente divulgado, a fim de resguardar os direitos dos fornecedores, consubstanciados na observância dos preceitos nele estabelecidos.

A imperatividade da divulgação do regulamento de licitações pode ser inferida da conjugação da obrigatoriedade da existência desse instrumento e do princípio da igualdade dos fornecedores perante a entidade.

No referido instrumento deverão estar dispostas todas as normas que definem os procedimentos licitatórios adotados (inclusive os casos de dispensa de licitação), o que constituirá orientação segura para a elaboração dos editais e convites.

IX — CONTRATAÇÃO

Uma vez realizada a contratação, sujeita a licitação ou independente da mesma, nos termos do regulamento de licitação e normas dos editais ou convites, as relações com os fornecedores passarão a se reger por normas de direito privado, pelo direito das obrigações.

X — CONCLUSÃO

Observamos a importância da relação serviços públicos construção, serviços esses realizados por concessionárias, que são — como destacamos — criadas como pessoas jurídicas de direito privado, mas que, no desenvolvimento de suas atividades, subordinam-se, também, a regras de direito público.

Seguem essa orientação entidades responsáveis pela execução do PLANASA, inclusive no Estado de São Paulo, onde a SABESP é uma sociedade anônima em que o Estado é o acionista majoritário.

A legislação estadual sobre licitação aplica-se à administração centralizada e autárquica, uma vez que as sociedades em que o Estado é acionista majoritário estão obrigadas a obedecer, exclusivamente, aos princípios da licitação.

Logo, no relacionamento com seus fornecedores, essas entidades devem observar os princípios de igualdade, publicidade e estrita observância das condições estabelecidas nos editais e convites.

Necessário se torna a existência e aperfeiçoamento do cadastro de fornecedores, para garantia da prevalência desses princípios nas diversas modalidades de licitação (notadamente tomada de preços e convites)

Da mesma forma, imperativa é a existência e divulgação do regulamento de licitações.

Uma vez contratado o fornecimento, as relações jurídicas com os fornecedores são regidas pelo direito obrigacional.