

**COMISSÃO DE GESTÃO PÚBLICA TRANSPARÊNCIA  
E CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO**

**Lei das Empresas  
Estatais: responsabilidade  
empresarial e o impacto  
para o desenvolvimento  
econômico nacional**



**PARANÁ**

Curitiba  
2017

Organização:  
**LUCIANO ELIAS REIS  
LAERZIO CHIESORIN JUNIOR**

Copyright © 2017 by OAB - PR.

ORGANIZAÇÃO

**Luciano Elias Reis e Laerzio Chiesorin Junior**

AUTORES

**Adriana da Costa Ricardo Schier; Anderson Sant'Ana Pedra; Ariane Shermam; Cristiana Fortini; Fabianne Gusso Mazzaroppi; Felipe Boselli; Fernanda Schuhli Bourges; Fernando Menegat; Francisco Zardo; Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves Giublin; José Roberto Tiossi Junior; Julieta Mendes Lopes Vareschini; Luiz Gustavo de Andrade; Paulo Sérgio de Monteiro Reis; Raul Clei Coccaro Siqueira; Rodrigo Cipriano dos Santos Risolia; Rodrigo Pironti Aguirre de Castro; Rogério Corrêa; Viviane Duarte Cristo**

COORDENADOR DE COMUNICAÇÃO OAB-PR

**Ernani Buchmann**

EXECUÇÃO DO PROJETO

**Bruna Faccin**

PROJETO GRÁFICO

**m.medeiros**  
EDITORA

CAPA E PRODUÇÃO GRÁFICA

**Marco André Medeiros**

Todos os direitos reservados.

A reprodução não autorizada desta publicação, em todo ou em parte, constitui violação de direitos autorais (Lei nº 9.610/98).

---

Curitiba - PR  
2017

---

# **ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO PARANÁ**

**GESTÃO 2016/2018**

**Jose Augusto Araujo de Noronha**

Presidente

**Airton Martins Molina**

Vice-Presidente

**Marilena Indira Winter**

Secretário-Geral

**Alexandre Hellender de Quadros**

Secretário-Geral Adjunto

**Fabiano Augusto Piazza Baracat**

Tesoureiro

## **CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS ADVOGADOS**

**GESTÃO 2016/2018**

**Artur Humberto Piancastelli**

Presidente

**Daniela Ballão Ernlund**

Vice-Presidente

**Márcia Helena Bader Maluf Heisler**

Secretária-Geral

**Paulo Giovanni Fornazari**

Secretário-Geral Adjunto

**Alessandro Panasolo**

Tesoureiro

**Fernando Estevão Deneka**

Diretor

**Iolanda Maria Gomes**

Diretora

**José Carlos Dias Neto**

Diretor

**Julia Gladis Lacerda Arruda**

Diretora

**Luciana Carneiro de Lara**

Diretora



# **COMISSÃO DE GESTÃO PÚBLICA, TRANSPARÊNCIA E CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO**

**Luciano Elias Reis**

Presidente

**Laerzio Chiesorin Junior**

Vice-Presidente

**Raul Clei Coccaro Siqueira**

Secretário

## **Membros**

Adriana Da Costa Ricardo Schier

Bruno Gofman

Daniel Conde Falcão Ribeiro

Daniel Ferreira

Daniel Pacheco Ribas Beatriz

Dante Manoel Proenca Junior

Denílson De Mattos

Elaine Cristina Bertoldo

Fabianne Gusso Mazaroppi

Fernanda Schuhli Bourges

Francisco Augusto Zardo Guedes

Isabella Bittencourt Mader Gonçalves Giublin

José Anacleto Abduch Santos

Josiane Becker

Larissa Panko

Lenita Marcelino Da Silva Prestes

Luasses Gonçalves Dos Santos

Luiz Gustavo De Andrade

Mariana Favoreto Thiele

Mariane Yuri Shiohara Lübke

Maurício Figueiredo Lima Neto

Mayara Farias De Souza Valach

Orlando Moises Fischer Pessuti

Paulo Sergio Guedes

Priscila Marchini Brunetta

Rafael Dias Côrtes

Raquel Dias Da Silveira Motta

Viviane Duarte Couto De Cristo



# SUMÁRIO

<b>O fomento como instrumento de promoção de Desenvolvimento Nacional: a função social na Lei nº 13.303/2016 .....</b>	<b>15</b>
<b>ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER - FABIANNE GUSSO MAZZAROPPI</b>	
<b>Mutações do objeto contratual na Lei das Estatais: condições e limites .....</b>	<b>37</b>
<b>ANDERSON SANT'ANA PEDRA</b>	
<b>Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira .....</b>	<b>61</b>
<b>CRISTIANA FORTINI - ARIANE SHERMAM</b>	
<b>A desconsideração da personalidade jurídica na nova Lei das Estatais .....</b>	<b>79</b>
<b>FELIPE BOSELLI</b>	
<b>Considerações sobre o novo regime contratual das estatais .....</b>	<b>95</b>
<b>FERNANDA SCHUHLI BOURGES</b>	
<b>O regime jurídico das empresas privadas com participação estatal minoritária .....</b>	<b>111</b>
<b>FRANCISCO ZARDO</b>	
<b>Aspectos relevantes e sucintos da governança corporativa nas empresas estatais .....</b>	<b>133</b>
<b>ISABELLA BITTENCOURT MÄDER GONÇALVES GIUBLIN</b>	





<b>Inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios na Lei das Estatais</b> .....	145
JOSÉ ROBERTO TIOSSI JUNIOR	
<b>O novo marco legal das empresas estatais e o conteúdo mínimo da regulamentação prevista no Art. 40</b> .....	165
JULIETA MENDES LOPES VARESCHINI	
<b>A função social das empresas estatais na Lei 13.303/2016</b> .....	189
LUIZ GUSTAVO DE ANDRADE	
<b>Análise jurídica e técnica da contratação e execução de obras de engenharia nas estatais</b> .....	213
PAULO SÉRGIO DE MONTEIRO REIS	
<b>Gestão de riscos, integridade e compliance (Art. 9º)</b> .....	235
RAUL CLEI COCCARO SIQUEIRA	
<b>Matriz de risco nas contratações das estatais e o rompimento da “Teoria das Áleas” no Direito Administrativo</b> .....	245
RODRIGO PIRONTI AGUIRRE DE CASTRO - FERNANDO MENEGAT	
<b>Suspensão do direito de contratar com empresa estatal por cometimento de fraude fiscal: apontamentos preliminares</b> .....	255
RODRIGO CIPRIANO DOS SANTOS RISOLIA	
<b>Comentários ao instituto da Pré-Qualificação no âmbito da Lei 13.303/16 (Lei das Estatais)</b> .....	273
ROGÉRIO CORRÊA	
<b>As sanções administrativas aplicáveis à Lei das Estatais</b> .....	291
VIVIANE DUARTE CRISTO	



# PALAVRA DO PRESIDENTE

## Um tema atual e apaixonante

Ao ser comunicado pelo advogado Luciano Reis sobre a elaboração pela Comissão de Gestão Pública, que ele preside com tanta eficiência, do livro “Lei das Empresas Estatais: responsabilidade empresarial e o impacto para o desenvolvimento econômico nacional”, de pronto veio-me à mente a colaboração que os advogados paranaenses dão para a cultura jurídica do Brasil.

Por ser recente, o texto legal carecia da necessária visão analítica, agora provida nesta obra sob a coordenação do próprio presidente da Comissão e do advogado Laerzio Chiesorin, vice-presidente. Em 17 ensaios, todos os aspectos da lei são dissecados, tornando-a ferramenta essencial para os profissionais da área jurídica.

A opressiva presença das empresas estatais na vida econômica brasileira, abrangendo dezenas de setores, obriga a advocacia a fiscalizar de perto a gestão pública. Mormente nos últimos anos, quando se descobriu a verdadeira lavanderia financeira em que se transformaram antigos símbolos da soberania nacional, a exemplo da Petrobrás. Além de atual, a temática é apaixonante.

A Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Paraná há tempos vem promovendo a edição de obras geradas pelas suas comissões. São coletâneas valiosas para a prática da advocacia, a cada dia mais exigente. Nesta obra específica, demonstra-se de maneira cabal a crescente complexidade das normas que regulam a relação entre o público e o privado.

Contribuir para o enriquecimento da doutrina é função da OAB Paraná. Se o resultado possui a riqueza do presente volume, então há a certeza de que a tarefa vem sendo bem executada.

Sobretudo, graças à excelência da advocacia paranaense, aqui representada por Luciano Reis, Laerzio Chiesorin e todos os autores que desfilam seu conhecimento jurídico por estas páginas, esta obra marca um tempo glorioso na discussão dos temas apresentados e no aprimoramento do debate da Lei das Empresas Estatais.

Boa leitura!

***José Augusto Araújo de Noronha***

*Presidente da OAB-Paraná*



# PREFÁCIO

Quando propus a criação da Comissão de Gestão Pública no âmbito da OAB-PR, jamais poderia imaginar a proporção e grandeza que ela teria. O tímido objetivo inicial de proporcionar uma interlocução séria e qualificada entre a classe dos advogados e os gestores públicos, tomou proporções muito maiores e, atualmente, representa não apenas aqueles tímidos auspícios, mas para além disso, a evolução e controle das atividades estatais, por meio do acompanhamento e dedicação constante dos competentes advogados e professores que a integram.

Muito disso, sem dúvida, pela qualidade técnica e humana de seu atual Presidente, Prof. Dr. Luciano Elias Reis, que - por duas gestões - conduziu a Comissão à excelência e alçou seus integrantes à qualidade de consultores de uma gestão pública justa, livre (autônoma) e solidária, à corresponder as finalidades fixadas na Constituição brasileira.

Demonstrando sua vocação para timonear grandes revoluções na Gestão Pública Estadual, bem como, asseverando o perfil empreendedor e acadêmico de seus integrantes, a Comissão de Gestão Pública da OAB-PR lança à comunidade jurídica mais uma relevantíssima obra, com o objetivo de aprofundar as discussões sobre importantes temas da “nova” Lei das Estatais (Lei 13.303/16).

Os textos apresentados, por autores de renome nacional e internacional, trazem aos leitores uma profundidade própria das grandes coletâneas jurídicas e conduzem a conclusões que, para além de beneficiar o debate acadêmico dos temas tratados, vão além, e permitem um desenvolvimento do próprio Estado, o que se coaduna perfeitamente à missão da Comissão.

À mim, resta apenas agradecer a honra de prefaciар tão relevante contribuição jurídica e a oportunidade de retornar – mesmo que por meio de breves linhas – à esta importante Comissão de nossa Ordem, que de minha biografia nunca se distanciará, pois ainda que ausente de seu dia-a-dia, como nos versos do “Poema da Despedida” de Jose Angel Buesa, sempre representará – para mim – o ponto de partida para novas batalhas e sonhos por uma gestão pública mais eficiente e proba.

*Me restará teu sorriso descansando em minha memória*

*E o coração me diz que não te esquecerei*

*Mas ao ficar sozinho, sabendo que te perdi*

*Talvez comece a te amar, como jamais te amei.*

**Jose Angel Buesa**

**Rodrigo Pironti**

*Pós-Doutor em Direito Público pela Universidad Complutense de Madrid  
Fundador e Ex-Presidente da Comissão de Gestão Pública da OAB-PR  
Advogado e Parecerista*



# O fomento como instrumento de promoção de Desenvolvimento Nacional: a função social na Lei nº 13.303/2016

**ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER<sup>1</sup>**  
**FABIANNE GUSO MAZZAROPPI<sup>2</sup>**

---

<sup>1</sup>Advogada. Membro da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Administração Pública da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Pós-Doutoranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná. Professora junto ao Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da Unibrasil e Professora da Unibrasil, do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Pesquisadora junto ao NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional (CNPq). E-mail: adrianacrschier@uol.com.br

<sup>2</sup>Advogada. Membro da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Administração Pública da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. E-mail: fabiannemazzaroppi@gmail.com

# 1. INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é analisar os caminhos traçados pela Lei nº 13.303/2016, publicada como o Estatuto Jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista a partir da determinação do art. 173, §1º da Constituição Federal, que possibilitam a utilização do fomento como um instrumento de concretização de programas que pretendem impulsionar o desenvolvimento em áreas educacionais, culturais, esportivas, de consumo, tecnológica e de sustentabilidade ambiental. Tal Lei tratou da matéria como *função social de realização do interesse coletivo*.

Assim, com a permissão concedida pelo novel diploma normativo cabe aos gestores das estatais conferirem ampla aplicabilidade do instituto de fomento, de acordo com a extensão das atividades de cada estatal. A partir daí tem-se a realização do desenvolvimento nacional, nos termos proclamados pelo art. 3º, da Carta Maior, como objetivo fundamental da República brasileira.

Deste modo, tratar-se-á, ainda que sinteticamente, do instituto de fomento, na perspectiva do desenvolvimento nacional, procurando-se demonstrar de que maneira suas dimensões possibilitam a aferição da forma pela qual as empresas públicas e sociedades de economia mista podem atuar incentivando economicamente o setor privado. Objetiva-se, então, tratar da concretização da função social das estatais, que está, nos termos da nova Lei, vinculada diretamente à promoção do desenvolvimento.

## 2. FOMENTO COMO ATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: o equilíbrio entre a concessão de incentivos e a efetivação da isonomia

Ao estímulo concedido pelo Estado à parcela do setor privado que se dedica ao desenvolvimento de atividades relevantes ao cumprimento do interesse público dá-se o nome de fomento, atividade essencial da Administração Pública.

Juntamente com o serviço público e o poder de polícia, a partir do estudo de Luis Jordana de Pozas, publicado em 1949, o fomento passou a ser tido como ação inerente à atuação da Administração. Para o autor espanhol “la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la



coacción ni crear servicios públicos.”<sup>3</sup>

Ainda que a doutrina administrativista não tenha se dedicado ao estudo do tema, comparando-se com as demais atividades desempenhadas pelo Poder Público, é possível traçar seus contornos.

Destarte, sabe-se que o serviço público é aquele prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, para o oferecimento de utilidade ou comodidade material, dirigida ao atendimento das necessidades dos cidadãos diretamente vinculadas aos direitos fundamentais.<sup>4</sup> Já o poder de polícia é a atividade que manifesta a supremacia estatal no sentido de obrigar os cidadãos a fazer ou deixar de fazer algo, mediante competência vinculada à lei, condicionando, restringindo, limitando ou disciplinando as atividades e direitos de particulares.<sup>5</sup> Enquanto isso, mediante as ações de fomento o Estado contribui, incentiva e induz o setor privado para que este realize uma atividade de interesse social ou econômico, com a pretensão de promover um determinado âmbito de atuação relevante e de desejável desenvolvimento e crescimento, pois

dada a amplitude das finalidades de interesse público então impostas como de realização irrenunciável e a escassez dos recursos humanos, materiais e institucionais da Administração, esta, ao lado de sua atividade prestacional direta, observou que, sem a utilização de seu poder de império e de seu aparelho administrativo, poderia conduzir diretamente a atividade dos particulares a apoiá-la nesse mister, através da criação de incentivos e estímulos que permitissem a canalização dos esforços privados para a consecução dos objetivos públicos visados pela intervenção estatal. Ganha, então, terreno o fomento público.<sup>6</sup>

No âmbito da doutrina nacional, Marçal Justen Filho e Eduardo Ferreira Jordão traduzem o fomento “como uma técnica de intervenção no domínio econômico. Constitui mais um instrumento de que dispõe o Estado para realizar as finalidades sociais que lhe cabem na estrutura constitucional.”<sup>7</sup> Ainda no mesmo sentido, Célia Cunha Mello traz a concepção de fomento como “instituto que permite ao particular colaborar com a Administração Pública no exercício de suas atividades, cuja carac-

<sup>3</sup>JORDANA DE POZAS, Luis. **Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo**. Revista Estudios Políticos, p. 46.

<sup>4</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 671.

<sup>5</sup>BEZOS, Clóvis. **Poder de Polícia**. São Paulo: RT, 1979, p. 76.

<sup>6</sup>OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 520.

<sup>7</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. JORDÃO, Eduardo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 37, fev/mar/abr, 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-MARCALJUSTEN-EDUARDO-JORDAO.pdf>>. Acesso em 09/01/2017.

terística principal é justamente a colaboração com o poder público”.<sup>8</sup>

A disposição constitucional que autoriza o fomento se encontra no *caput* do art. 174, da Constituição Federal, que determina que o Estado como regulador da atividade econômica “exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Vê-se, assim, que ao contrário do serviço público e do poder de polícia em que não é cediço o direcionamento de atuação devendo ser sua prestação permanente e ininterrupta, a promoção do fomento é pontual e cíclica. É dizer, “As providências de fomento são concretizadas em momentos diversos, de acordo com as circunstâncias e necessidades. Mas existe uma atividade estatal coordenada e permanente para promover o fomento nos diversos setores da economia.”<sup>9</sup>

Por tais características, o fomento pode traduzir-se por inúmeras medidas, desde aqueles que concedem benefícios econômicos aos particulares, como por exemplo, a isenção de impostos ou o financiamento de projetos culturais, até a concessão de bolsas, de auxílios pelo poder público, ou ainda, mediante a concessão de prêmios e medalhas. Como se observa, são diversos mecanismos, cada um com seu regime jurídico próprio, mediante os quais poderá a Administração Pública incentivar os particulares na realização de atividades que se direcionem na consecução do interesse público, plasmado pela efetivação dos direitos fundamentais.<sup>10</sup>

No entanto, como atividade desempenhada pelo poder público, o fomento não pode ser promovido com liberdade pela Administração Pública, sendo imperioso reconhecê-lo a partir das determinações constitucionais que decorrem do princípio da indisponibilidade do interesse público, conforme pontua Rafael Valim:

Nesse sentido, anote-se, de plano, que a atividade de fomento traduz exercício de função administrativa e, por isso, jamais pode ser vista como uma ‘liberalidade’ da Administração. Em verdade, não há espaço no Direito Administrativo para atos de liberalidade, porquanto o interesse público não se acha entregue ao âmbito do administrador. Daí proclamar-se, (...) o princípio da indisponibilidade do interesse público como um dos pilares fundamentais do sistema de Direito Administrativo.<sup>11</sup>

<sup>8</sup>MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 58.

<sup>9</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 677.

<sup>10</sup>SCHIER, Adriana da Costa Ricardo Schier & GOLDENSTEIN, Alberto. O fomento como forma de intervenção do estado na economia e na proteção dos direitos fundamentais. In: **Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável** I.LARA, Fabiano Teodoro de Rezende; FERREIRA, Gustavo Assed e VIEIRA, Susana Camargo (Org.). Florianópolis: CONPEDI, 2015, pp. 103-125, p. 105.

Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 677.

<sup>11</sup>VALIM, Rafael. **A subvenção no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 51.

A pretensão administrativa quando da promoção de incentivos deve ser a consecução de finalidades públicas,<sup>12</sup> pois, ainda que não haja devolução financeira direta para o Estado, a contraprestação social é o que importa. Veja-se, por exemplo, que no caso de políticas de incentivos fiscais, em que empresas deixam de pagar determinados impostos, num primeiro momento o Estado deixa de arrecadar, mas, no momento seguinte em que tal empresa consegue alavancar sua produção, o crescimento industrial resulta num aumento de empregos e, conseqüentemente, no maior giro de capital por ampliar o consumo de parte da população, promovendo desenvolvimento e crescimento econômico.

O fomento apresenta-se, então, como um acréscimo de prestação de atividades desejáveis pelos cidadãos a partir benefícios fornecidos pelo Estado. Entretanto, sua grande condição de sua existência é o seu aceite voluntário pelos particulares, podendo-se afirmar que “as relações jurídico-administrativas nascidas no seio da atividade de fomento são marcadas pelo concurso da vontade do particular.”<sup>13</sup>

Assim, o particular é incentivado a optar por uma conduta de interesse social, e, como uma “premiação”, recebe do Estado alguma benesse em contrapartida. Contudo, “cabe ao particular realizar investimentos em montante mínimo e em locais específicos, desenvolver certo tipo de benefícios para a comunidade, produzir riqueza e assegurar vantagens a populações carentes e assim por diante.”<sup>14</sup>

Destarte, ainda que o princípio da universalidade não incida na atividade de fomento, sendo este princípio específico do regime jurídico do serviço público,<sup>15</sup> a seletividade na concessão dos benefícios administrativos deve, obrigatoriamente, ocorrer num ambiente de isonomia por meio do cumprimento do regime jurídico administrativo, motivando-se as escolhas do administrador com justificativa legítima capaz de autorizar o fomento em específica área de interesse social, em detrimento de outras. Adverte Rafael Munhoz de Mello que “sendo escassos os recursos estatais e representando a medida de fomento um benefício concedido a apenas alguns indivíduos, é preciso que seja ele, como regra, oferecido a todos os potenciais interessados, respeitando-

---

<sup>12</sup>Ibidem, p. 52.

<sup>13</sup>Ibidem, p. 53.

<sup>14</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 681.

<sup>15</sup>SCHIER, Adriana da Costa Ricardo Schier. **Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social**. Curitiba: Íthala, 2016.

-se o princípio da isonomia.”<sup>16</sup>

Atenta-se, para tanto, que assim como ocorre em todo ato que exerce função administrativa, o fomento deve ser objeto de controle estatal interno e externo consoante os comandos do art. 70, da Constituição, bem como nos artigos 75 e seguintes da Lei nº 4.320/1964, que trata do controle da execução orçamentária dos entes federados. No mesmo sentido, o autor também refere que precisa sofrer controle social participativo a partir da utilização da comunidade de seu direito fundamental ao acesso à informação de que trata o inciso XXXIII, do art. 5º, da Carta, consoante os regulamentos trazidos pela Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527/2011. Tais parâmetro, inclusive, foram delimitados na paradigmática decisão proferida pela 1ª. Turma Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 33340, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, *leading case* na matéria de fomento.

A devida realização das medidas de fomento não difere, portanto, das demais atuações estatais híbridas, sendo subordinada integralmente ao regime jurídico administrativo, estabelecido no art. 37, da Carta Magna. Assim, é tarefa da Administração a concessão de incentivos como transferências de capital ou isenções fiscais, mas apenas com a observância dos princípios que integram o regime jurídico administrativo a atividade fomentadora encontrará suporte constitucional pois, “as medidas de fomento devem ter suporte legal, e a concessão dos benefícios deve atender à finalidade da norma que as instituiu, com observância da razoabilidade e da proporcionalidade”<sup>17</sup>. Somente sob tais parâmetros a discricionariedade que caracteriza os atos de fomento será legítima, motivando-se o incentivo de determinado setor de maneira condizente ao plano político e estratégico governamental que justifique a prioridade eleita.

Com relação às estatais, como será apreciado adiante, a Lei nº 13.303/2016 estabelece o rol de atividades que devem ser fomentadas para que se cumpra a função social de realização do interesse coletivo de cada empresa conforme descrito na autorização legal de sua criação. Portanto, no caso das empresas públicas e sociedades de economia mista, o princípio da motivação será efetivado com a demonstração de que o âmbito de atuação da estatal se relaciona com a atividade social beneficiada.

---

<sup>16</sup>MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de Fomento e o Princípio da Isonomia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, fev/mar/abr, 2010. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-21-FEVEREIRO-2010-RAFAEL-MUNHOZ-DE-MELLO.pdf> > Acesso em: 09/01/2017.

<sup>17</sup>Idem.

Destarte, sob esse influxo de ideias, deve-se repensar o instituto do fomento também como um instrumento consolidador de desenvolvimento nacional por meio da impulsão do setor privado pela Administração Pública Direta e Indireta, utilizando-se, assim, não apenas do serviço público, mas desta outra atividade do Poder Público para a satisfação das necessidades sociais.<sup>18</sup>

### **3. AS VERTENTES DO DESENVOLVIMENTO: diferenciação entre desenvolvimento nacional e crescimento econômico**

A tratativa do instituto do fomento, e, mais especificamente, do fomento nas estatais, deverá ser tomada tendo como pano de fundo a necessidade do Poder Público repensar institutos que permitam a realização do objetivo fundamental do desenvolvimento nacional, nos termos plasmados no art. 3º, da Constituição Federal

Nesse diapasão, tem-se que o direito ao desenvolvimento viabiliza, através das práticas de um Estado Social e Democrático de Direito, o progresso da pessoa humana, reconhecendo o indivíduo em favor da sua importância dentro da sociedade. Nesse ambiente é que se permite ao cidadão alcançar níveis mais desenvolvidos dentro de uma estrutura social, política, cultural, ambiental, econômica e em todas as demais esferas.

Nesse sentido, não se pode negar que o desenvolvimento é um direito inerente ao sujeito. Entretanto, assim como é beneficiário de seus triunfos, também precisa ser parte ativa de seus segmentos. É o que prega o § 1º, do art. 2º, da Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, da qual o Brasil é signatário: “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.”

No que tange ao papel do Poder Público, o §3º, do art. 2º, da referida Declaração, determina que aos Estados cabe o direito e o dever de realizar políticas públicas nacionais que impulsionem o desenvolvimento e que proporcionem o “constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa, e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.”

Para Arjun Sengupta, o indivíduo é responsável em realizar o próprio

---

<sup>18</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 680.

direito enquanto aos Estados cabe criar condições, em âmbito nacional e internacional, para que as pessoas consigam garantir seus direitos, bem como, eliminar obstáculos que afastem a concretização dos direitos políticos, sociais, econômicos e culturais, “a implementação, promoção e proteção desses direitos seriam essenciais para a realização do direito ao desenvolvimento.”<sup>19</sup> Evidente que, na perspectiva do instituto do fomento adotada no presente estudo, o indivíduo também é um colaborador na realização dos direitos da comunidade.

Já em 1945, a Carta de criação da Organização das Nações Unidas – ONU, da qual o Brasil é signatário, compromete os Estados a tomarem medidas para promover (a) altos padrões de vida, emprego e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social, (b) soluções de problemas internacionais nas áreas econômica, social, da saúde e relacionados, e cooperação internacional cultural e educacional e (c) respeito universal e observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.<sup>20</sup>

De acordo com Fábio Nusdeo, o Brasil pode ser considerado como um país em desenvolvimento por já ter alcançado os três elementos essenciais que caracterizam sua situação de crescimento, tais sejam: “acumulação de capital, a evolução tecnológica e a formação de um mercado consumidor consistente.”<sup>21</sup> Entretanto, não se pode compreender o instituto do desenvolvimento apenas como crescimento econômico, pois, o desenvolvimento “é um processo contínuo pelo qual a disponibilidade de bens e serviços cresce em proporção superior ao do incremento demográfico de um dada sociedade.”<sup>22</sup>

Na linha de pensamento de Daniel Ferreira, três vertentes do desenvolvimento são identificadas como facetas que, atingidas de forma una, permitem ao Estado alçar ao constante processo de desenvolvimento nacional,<sup>23</sup> tais vertentes são: social, econômico e ambiental.<sup>24</sup>

A afirmação encontra respaldo constitucional. Dispõe o art. 3º, II, que

---

<sup>19</sup>Idem.

<sup>20</sup>Vide o art. 55 da Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

<sup>21</sup>NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 9 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 292.

<sup>22</sup>Ibidem, p. 290.

<sup>23</sup>Para Emerson GABARDO, baseado nas ideias de Bresser Pereira, o desenvolvimento não é setorizado, deve ser amplamente analisado nos aspectos econômico, político e social. Já para Daniel Ferreira, para haver desenvolvimento é necessário que seus vieses econômico, social e ambiental sejam atendidos, ou então não haverá desenvolvimento. (GABARDO, Emerson. Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 245. FERREIRA, Daniel. **A Licitação Pública no Brasil e sua Nova Finalidade Legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 52.)

<sup>24</sup>FERREIRA, Daniel. Op. cit., p. 52.

é objetivo fundamental da República brasileira garantir o desenvolvimento nacional, assim como o art. 174, §1º, ordena que o desenvolvimento nacional deve ser equilibrado. Veja-se que em momento algum a norma constitucional prevê o desenvolvimento “econômico”, “social” ou “ambiental”, ao contrário, garante o desenvolvimento como garantia e progresso.

Disso, insta analisar sucintamente, as vertentes do desenvolvimento nacional. Relativo ao desenvolvimento econômico, Fábio Konder Comparato considera que a mobilidade social visa o crescimento e o desenvolvimento econômico, onde, para os estados mais pobres, se impõe aos governantes uma atuação direcionada ao desenvolvimento, que, nesse momento, “implica a conjugação do crescimento auto-sustentado com a progressiva eliminação das desigualdades sociais.”<sup>25</sup>

Para Francisco G. Heidemann o desenvolvimento econômico é atingido pela iniciativa conjunta do Estado e do mercado. Afirmar que “O Estado é um agente unitário que atua em prol dos interesses de um corpo político coletivo, a cidadania brasileira. O mercado é um agente ‘plural’, cujos membros tomam decisões e agem por moto individual, levados pelo auto-interesse.”<sup>26</sup>

Em atenção ao princípio da igualdade, o desenvolvimento econômico envolve ações que beneficiam o setor privado primordialmente os pequenos exploradores das atividades econômicas, medidas que se exteriorizam através do fomento. São exemplos, portanto, os incentivos previstos nos artigos 44 e 45, da Lei Complementar n.º 123/2006, que asseguram a preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, quando houver empate na licitação, assim como os programas do Banco Nacional de Desenvolvimento – BNDES de incentivo e fomento às indústrias, mormente àquelas de menor porte.<sup>27</sup>

Outra faceta do desenvolvimento, como antes anunciado, é no sentido ambiental. Na Declaração da Conferência das Organizações das Nações Unidas no Ambiente Humano ocorrida em 1972, passou-se a entender que o desenvolvimento sustentável é um direito de toda a humanidade e das futuras gerações por se tratar de um bem transindividual. Em 2012, com a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável estabeleceu que o “desenvolvimento sustentável é o modelo que prevê a integração entre

---

<sup>25</sup>COMPARATO, Fábio Konder. **Para Viver a Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 103.

<sup>26</sup>HEIDEMANN, Francisco G. **Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento**. In: \_\_\_\_\_; SALM, José Francisco. **Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: Universidade de Brasília, 2010, p. 27.

<sup>27</sup>Notícia Oficial disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes\\_pt/Institucional/O\\_BNDES/A\\_Empresa/](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/O_BNDES/A_Empresa/)> Visualização em 08/09/2016.

economia, sociedade e meio ambiente. Em outras palavras, é a noção de que o crescimento econômico deve levar em consideração a inclusão social e a proteção ambiental.”<sup>28</sup>

Já em 1981, A Lei n.º 6.938, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente previu em seus artigos 2º e 4º o desenvolvimento ambiental como direito norteador do desenvolvimento econômico-social. Já, sob os auspícios da Carta de 1988, a Lei n.º 12.349/10 inseriu no art. 3º, da Lei n.º 8.666/1993 o dever de a Administração garantir a promoção da sustentabilidade nos seus procedimentos licitatórios, matéria que foi inserida também na Lei nº 13.303/2016, que, em seu art. 31, estabelece o desenvolvimento nacional sustentável como princípio a ser seguido nas licitações e contratos das estatais.

Para Juarez Freitas, o desenvolvimento sustentável deve ser desdobrado em princípio constitucional, a partir da interligação dos arts. 3º, 170, VI, e 225 da Constituição.<sup>29</sup> E, no entendimento de Daniel Ferreira, “a sustentabilidade ambiental deve ser assumida como um freio, não no sentido de atrasar o avanço na direção do desenvolvimento, mas de dar a temperança necessária à escolha da velocidade e dos caminhos eleitos no rumo à ecossocioeconomia do amanhã.”<sup>30</sup>

Por fim, o desenvolvimento em seu viés social. A complexidade do aspecto social do desenvolvimento se liga diretamente com o subjetivismo inerente à pessoa humana. É incontroverso que o desenvolvimento visa de um lado, a proteção do bem-estar das pessoas, e de outro barrar a privação da sua liberdade que, na maioria das vezes, está ligada à falta de oportunidades de progresso.

O desenvolvimento social abrange valores decisivos ao progresso da sociedade. Tais valores são partilhados através das relações culturais e educacionais que estimulam a evolução do indivíduo, mormente sua capacidade intelectual, com o objetivo fundamental de igualar os potenciais desenvolvimentistas de cada pessoa.

De acordo com Amartya Sen, a atuação estatal deve privilegiar a expansão das liberdades individuais. O autor defende que o desenvolvimento depende da operação do Estado e da sociedade na remoção das fronteiras entre a liberdade e a miséria.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup>Disponível em <[http://www.rio20.gov.br/sobre\\_o\\_rio\\_mais\\_20/desenvolvimento-sustentavel](http://www.rio20.gov.br/sobre_o_rio_mais_20/desenvolvimento-sustentavel)>. Visualização em 08/09/2016.

<sup>29</sup>FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 117.

<sup>30</sup>FERREIRA, Daniel. Op. cit., p. 55.

<sup>31</sup>SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 25-27.



Vê-se que todas as facetas do desenvolvimento devem ser promovidas sem que uma se sobreponha a outra, mas é na sociedade que o desenvolvimento consegue ser avaliado. Portanto, atualmente, não mais o Produto Interno Bruto – PIB é utilizado para aferir o progresso da nação, mas sim o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH.<sup>32</sup> Este indicador mede as características sociais, culturais e políticas que efetivamente influem na qualidade de vida das pessoas. Destarte, tem-se que “A renda é importante, mas como um dos meios do desenvolvimento e não como seu fim. É uma mudança de perspectiva: com o desenvolvimento humano, o foco é transferido do crescimento econômico, ou da renda, para o ser humano.”<sup>33</sup>

O índice de desenvolvimento humano é constituído pela análise da saúde a partir da expectativa de vida, da educação pela aferição da média de estudo de uma pessoa de 25 (vinte e cinco) anos, e renda pela ponderação da Renda Nacional Bruta – RNB de cada pessoa e o seu poder de compra de uma determinada sociedade.<sup>34</sup> Com relação ao Brasil, o último Relatório de Desenvolvimento Humano com estatísticas de 2014 apontou o país na 75ª melhor posição de IDH mundial,<sup>35</sup> como comparação do progresso do país, em 2011, o Brasil estava na 84ª posição.<sup>36</sup>

Desse breve apanhado, constata-se que o crescimento econômico não se traduz em desenvolvimento, aliás, “a tendência é a de se desconsiderarem as cifras brutas do produto e da renda, caso não haja incremento de qualidade de vida ou redução na agressão ambiental.”<sup>37</sup> O desenvolvimento nacional, portanto, é um processo de constante progresso social e deverá ser avaliado por índices que efetivamente avaliem a qualidade de vida da população como o IDH. Nessa seara, para Eros Roberto Grau

A ideia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí porque, importando a consumação de

---

<sup>32</sup>NUSDEO, Fábio. Op. cit., p. 297/298.

<sup>33</sup>Brasil. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. “O que é desenvolvimento humano”. Disponível em: <[http://www.pnud.org.br/IDH/DesenvolvimentoHumano.aspx?indiceAccordion=0&li=li\\_DH](http://www.pnud.org.br/IDH/DesenvolvimentoHumano.aspx?indiceAccordion=0&li=li_DH)>. Acesso em 15/09/2016.

<sup>34</sup>Idem.

<sup>35</sup>Brasil. Relatório do Desenvolvimento Humano de 2015. Disponível em: <[http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15\\_overview\\_pt.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15_overview_pt.pdf)>. Acesso em: 09/01/2017.

<sup>36</sup>Idem.

<sup>37</sup>NUSDEO, Fábio. Op. cit., p. 298.

mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a ideia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento.<sup>38</sup>

Com relação ao fomento, conforme a abordagem do próximo item, os incentivos estatais concedidos aos particulares auxiliam não apenas na consecução do desenvolvimento econômico, mas também no social e no ambiental. É isto porque se prevê atuação em diversos setores de suma importância para a população, tais como áreas culturais e de sustentabilidade, áreas que não se perfazem, apenas, com os benefícios financeiros conferidos ao mercado privado.

#### **4. O FOMENTO COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO NACIONAL: a função social na Lei nº 13.303/2016**

A opção do constituinte de 1988 pautou-se na consagração de valores que traduzem o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, impondo-se, assim, ao Poder Público, uma série de medidas de intervenção na esfera social de maneira a consolidar tais objetivos, conforme vem sendo tratado no presente estudo. De igual maneira, assegurou a livre iniciativa como direito fundamental, traduzindo o compromisso com o sistema capitalista, compromisso este que impõe uma atuação da Administração voltada ao incremento da ordem econômica.

Em verdade, a Carta de 1988, de maneira a acolher os mais diversos interesses da sociedade civil, desenhou os contornos de um Estado que demanda intervenção positiva a favor dos cidadãos, em defesa de sua dignidade, ao mesmo tempo em que protege a ordem capitalista, mediante a preservação da liberdade de iniciativa, salvaguardada por um regime de garantias.<sup>39</sup>

Nessa medida, a ordem Constitucional é palco para projetos políticos de ordem capitalista e de ordem social, como ressalta Luiz Alberto Blanchet.<sup>40</sup> Em face de tal convivência de valores que, em princípio, poderiam ser vistos em contraposição, como se viu no tópico anterior, impõe-se uma

---

<sup>38</sup>GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983, p. 7-8.

<sup>39</sup>SCHIER, Adriana da Costa Ricardo e GOLDENSTEIN, Alberto. Op. cit., p. 107.

<sup>40</sup>BLANCHET, Luiz Alberto. O capitalismo e o socialismo na Constituição. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. n. 5, Curitiba, 2004, p. 198.

noção holística de desenvolvimento nacional sendo que “não há desenvolvimento econômico separado do social e vice-versa, criando uma solidariedade entre ambos...”<sup>41</sup>

Nessa seara, Emerson Gabardo e Augusto César Leite de Resende, concluem que “o processo de desenvolvimento deve realizar a dignidade da pessoa humana, mediante a promoção da melhoria da qualidade de vida e do bem-estar da população em ritmo contínuo e automático.”<sup>42</sup> E ainda, no mesmo sentido, Flávia Piovesan assevera que resta ao Estado implementar um desenvolvimento tal da sociedade que “assegure aos indivíduos e aos povos o exercício de seus direitos humanos básicos, bem como suas liberdades fundamentais.”<sup>43</sup>

No âmbito do desenvolvimento social, o instrumento eleito como a principal forma de atuação do Estado para a concretização dos direitos fundamentais é o serviço público. É de reconhecer, ainda, que na perspectiva do desenvolvimento econômico justifica-se a garantia de serviços públicos, considerando-se não só os vultosos recursos repassados à iniciativa privada mediante os contratos de concessão e permissão, por exemplo, mas também a circunstância de que a implantação e manutenção da infraestrutura no país vêm sendo realizada mediante tal instituto. E, na esfera do desenvolvimento ambiental, cabe à Administração aprimorar seus editais de licitação para que as contratações prevejam objetos sustentáveis e, além disso, promover a cultura de atuação ambientalmente correta.

No entanto, a tentativa de reformulação das funções do Estado pautada num modelo de pensamento neoliberal, de influência privatista, cuja incidência no Brasil se deu basicamente a partir da década dos 90, vem fazendo com que haja uma paulatina substituição do instituto do serviço público pelos mecanismos de fomento. O panorama que vem sendo perfilhado nas últimas décadas, mesmo considerando-se a emergência de governos de inspiração social, tem demonstrado uma forte opção das políticas públicas pelo incentivo aos particulares na consecução dos deveres que, tradicionalmente em um modelo social, eram atribuídos diretamente à Administração.

Teoricamente, pretende-se justificar esse novo desenho do Estado

---

<sup>41</sup>FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, a. 14, n.1, p. 63-91, jan./jun., 2014, P. 76.

<sup>42</sup>GABARDO, Emerson. RESENDE, Augusto César Leite de. A atividade administrativa de fomento na gestão integrada de resíduos sólidos em perspectiva com o desenvolvimento sustentável. A&C, **Revista de direito administrativo e constitucional**. Ano 13, n. 53, jul-set., 2013, p. 105-131.

<sup>43</sup>PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: **Direito ao desenvolvimento**. Piovesan, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (Coord.), Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 115.

Brasileiro mediante a adoção do princípio da subsidiariedade que quer significar, em uma primeira aproximação, que o Poder Público atuaria de forma limitada, dando primazia à atuação de grupos sociais e ao indivíduo, minimizando-se o caráter interventor típico do Estado de Bem-Estar Social. Sobre isso, Floriano Azevedo Marques Neto

O fato é que podemos distinguir, com finalidade muito mais didática que doutrinária, o intervencionismo estatal direto do indireto. Por óbvio que a intervenção clássica do Estado (produção de utilidades públicas) sempre se deu de forma direta. Desde o momento em que se abandonou a perspectiva liberal do Estado Gendarme tivemos a atuação dos próprios entes estatais no domínio econômico. Cuidou-se, é bom frisar, de uma necessidade do próprio desenvolvimento capitalista, num momento em que o incensado mercado não dispunha nem de capacidade financeira, nem de escala organizacional para prover infraestrutura, bens ou serviços essenciais para o avanço das condições de acumulação capitalista. É neste contexto que os serviços de geração e distribuição de energia, a estruturação de toda a plataforma de telecomunicações, o saneamento básico, a rede de transportes e mesmo os setores de capital intensivo (como petróleo e siderurgia) são assumidos pelo Estado. Porém, paralelamente a este intervencionismo direto, podemos identificar outra ordem de intervencionismo estatal no domínio econômico, que designaríamos de intervencionismo indireto. Trata-se, aqui, não mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas de sua concreta atuação no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia. Enfim, cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia.<sup>44</sup>

Para tanto, nesse contexto de revisão das funções desempenhadas pelo Estado, considerando-se a imposição de alcançar o desenvolvimento nacional, o fomento desponta como a atividade da Administração que permite a satisfação das necessidades sociais estimulando, de forma não compulsória, a atuação dos setores organizados da sociedade.

Por óbvio o fomento não permite ao Estado abandonar seu dever de conceder acesso aos cidadãos aos bens juridicamente protegidos pelos direitos fundamentais, entretanto, o atuar também como incentivador e beneficiário das atividades desejáveis promovidas por particulares permite alcançar níveis mais altos de promoção de interesses públicos, e, conseqüentemente, caminha no progresso do desenvolvimento nacional.

Busca-se identificar no fomento, então, uma atividade que se traduz em “valioso instrumento do Estado Social e Democrático de Direito brasilei-

---

<sup>44</sup>MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes, In: **Direito administrativo econômico**, (coord.) Carlos Ari Sundfeld, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 74.

ro para a consecução de suas finalidades (...) uma atuação planejada do Estado destinada à efetivação de interesses públicos”<sup>45</sup>, na esteira do pensamento de Rafael Valim.

E isto porque, ao contrário do que afirmam aqueles que criticam o instituto do fomento, vinculando sua concepção exclusivamente a uma visão neoliberal do Estado, é preciso demonstrar que o Estado Social e Democrático de Direito, tal como adotado na Constituição de 1988, não elege apenas o serviço público como instrumento capaz de garantir os direitos fundamentais. Ao contrário, a ordem econômica desenhada pelo Constituinte permite a releitura do fomento enquanto instrumento de garantia de tais direitos, ainda que no plano da sua horizontalização.<sup>46</sup> Indo mais além, nessa perspectiva, parece haver suporte constitucional para que o Estado realize as transferências de bens e direitos destinados diretamente à proteção dos direitos fundamentais, e, com isso, alcançar o objeto plasmado constitucionalmente do desenvolvimento nacional.

Tanto assim que o §2º, do art. 199, da Constituição autoriza a destinação de recursos públicos para auxílio ou subvenção de instituições privadas sem fins lucrativos que atuem na promoção do direito à saúde, na perspectiva do direito à educação, o art. 213, da Constituição permite a destinação recursos públicos para escolas comunitárias, filantrópicas ou confessionais que não tenham finalidade lucrativa. Direitos tais que, insofismavelmente, devem efetivados pelo Estado por meio de serviço público.

Mas outros dispositivos constitucionais permitem ao Estado a promoção do fomento. Relativo ao fomento por interesse social, o constituinte elegeu os direitos sociais (art. 6º), os quais por sua importância e interesse comum a toda a sociedade civil são, algumas vezes, de participação e colaboração obrigatória. É o caso da contribuição para a Previdência Social (art. 201) e de outras de participação facultativa como a saúde (art. 196). Justamente pelo relevante interesse público, a Constituição impõe ao Estado a prestação do fomento<sup>47</sup> tanto de forma explícita para o estímulo de práticas desportivas (art. 217), quanto de maneira implícita, como no caso da garantia à cultura (art. 215).

Admitindo-se a atuação conjunta entre fomento e serviço público a perspectiva é de aumento nos índices de desenvolvimento nacional já que o desenvolvimento é avaliado pela aferição dos fatores econômico, social e

---

<sup>45</sup>VALIM, Rafael. Op. cit., p. 39.

<sup>46</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 99.

<sup>47</sup>Nesse ponto, cumpre esclarecer que não se trata da permissão para que o Estado repasse tais atividades ao particular de maneira desmedida por meio do fomento. A prestação direta das atividades descritas pelo art. 6º, da CF/88 como direitos sociais advém da própria ideia de Estado Prestacional estabelecida na Carta Magna.

ambiental de uma determinada sociedade.

Como se mencionou no segundo tópico deste trabalho, o *caput* do art. 174, da Constituição, estabelece ao Estado o dever de fomentar. Assim, adotada a tripartição dos poderes e conferida ao Poder Executivo, Administração Pública, a execução primordial de políticas públicas, entende-se que também Administração Pública Indireta goza de legitimidade para a realização das atividades de fomento.

Respalhada a autorização para que as empresas públicas e sociedades de economia mista realizem fomento, resta analisar a autorização legal instituída pela Lei nº 13.303/2016 para que tal atividade seja intentada pelas estatais.

O art. 27, da Lei nº 13.303/2016 previu a possibilidade de as estatais executarem programas que promovam *função social de realização* do interesse coletivo, sendo que o §1º, do referido dispositivo, determina expressamente o dever de a estatal alocar de forma socialmente eficiente seus recursos financeiros para que se alcance o bem-estar econômico da empresa.

Em verdade, a determinação de que o Estatuto Jurídico das estatais disponha sobre função social é constitucional (inciso I, do §1º, do art. 173, da Constituição) e se vincula ao art. 170, III, da Carta, pois, a função social das empresas é tida como um princípio da ordem econômica. Quer dizer, as relações firmadas entre as estatais e os particulares estão limitadas ao cumprimento de prestações que estejam interligadas às suas finalidades econômicas e sociais para que se contraiam “obrigações justas e equilibradas e que não violem o interesse coletivo.”<sup>48</sup>

A Lei nº 6.404/1976, Lei das Sociedades Anônimas, já estabelece a consecução da função social da empresa pela atuação do acionista controlador (art. 116, parágrafo único) e do administrador (art. 154, *caput*) e, ainda, prevê com orientação da atuação da empresa o interesse público que justificou sua criação. Na mesma óptica, o art. 27, da Lei nº 13.303/2016 impõe o dever de constar a função social de realização de interesse coletivo no próprio instrumento de autorização legal que cria a estatal.

Nesse sentido, tem-se que a função social da estatal restringe-se, genericamente, a imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, que motivaram sua implantação. Por isso mesmo, o instrumento autorizativo de criação deve prever, juntamente com o objeto de atuação da estatal, qual a função social daquela empresa pública e sociedade de economia mista, nos termos do art. 173, da Constituição da República. A nova Lei, no

---

<sup>48</sup>ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de Direito Civil**. Salvador: Jus Podivm. 2013, p. 859.

entanto, delimitou de forma mais específica a função social das estatais, nos termos de seu art. 27, estabelecendo como tal: (i) a ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores ao produto ou serviço da estatal (art. 27, §1º, I); (ii) o desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira economicamente justificada para a produção e oferta do produto ou serviço da estatal (art. 27, §1º, II); (iii) a adoção de práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa conforme o mercado em que a estatal atua (art. 27, §2º); (iv) a celebração de convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou jurídica, desde que fortaleça a marca da estatal, para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica (art. 27, §3º).

Com efeito, consoante o último ponto apresentado no parágrafo acima, o §3º, do art. 27, da Lei nº 13.303/2016 autoriza a realização de fomento pela estatal, desde que atendidos os seguintes requisitos descritos no art. 44, §3º, do Decreto nº 8.945/2016, que regulamenta a Lei nº 13.303/2016: (i) convergência de interesses das partes; (ii) execução em regime de mútua cooperação; (iii) alinhamento entre a atividade fomentada e a função social de realização de interesse coletivo da estatal; (iv) análise prévia do instrumento com a política de transações das partes; (v) análise prévia do histórico de envolvimento de corrupção ou fraude pelo beneficiado; (vi) análise prévia acerca da existência de controle e políticas de integridade do beneficiado. Tem-se, ainda, que é vedada a celebração de instrumento com dirigente de partido político, titular de mandato eletivo, empregado ou administrador da estatal e seus parentes de até terceiro grau, bem como, na hipótese de pessoa jurídica, quando seu proprietário ou administrador for um dessas pessoas.

Interessante observar que a norma é específica em permitir o fomento para atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica apenas quando comprovadamente vinculadas ao fortalecimento da marca da estatal, o que fortalece o entendimento de delimitação da função social da estatal conforme a atividade que desempenha. Mas há que se ter parcimônia em tal afirmação, pois, na maioria das vezes o patrocínio esportivo não vai se interligar ao objeto social da estatal, entretanto, é exatamente nesse ponto que a empresa alcançará o bem-estar econômico que prevê a alocação socialmente eficiente de seus recursos, cumprindo o interesse social que a reveste (§1º, do art. 27, da Lei nº 13.303/2016).

Por meio da publicação do Estatuto Jurídico as estatais deverão adequar suas ações de fomento conforme as normas acima dispostas, mas, como se sabe, não é novidade para as estatais o desempenho de atividade de fomento. Exemplos são os patrocínios esportivos do Banco do Brasil à seleção

brasileira de vôlei, da Caixa Econômica aos jogos paraolímpicos de 2016, da Petrobrás ao Clube de Regatas Flamengo, e outras formas de incentivos por meio de programas como os projetos sociais realizados pelo BNDES com cooperativas de catadores materiais recicláveis e de premiação de boas práticas de juventude rural e economia solidária, assim como as práticas de desenvolvimento como o convênio entre o SEBRAE e a Petrobrás para a inserção de micro e pequenas empresas na cadeia produtiva da estatal.

A atuação fomentadora da estatal é de grande valia para a promoção do cenário de desenvolvimento nacional, no entanto, não se olvide que, da mesma forma como na Administração Direta, as estatais fomentadoras devem respeitar o regime jurídico administrativo por serem “instrumentos do Estado para o adequado exercício da função administrativa”<sup>49</sup> cujos recursos financeiros são em grande escala estatal. Dessa forma, umbilicalmente ligado ao fomento realizado pela estatal, encontram-se as medidas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade de que tratam o art. 85 e seguintes da Lei nº 13.303/2016, para que seja analisada a legitimidade, economicidade e eficácia da aplicação dos recursos sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial da estatal.

Compreendido o fomento como instrumento a ser utilizado pelo Estado juntamente com o serviço público, de forma a crescer os índices de desenvolvimento nacional, infere-se o avanço para que toda a Administração Pública trave a batalha do progresso social brasileiro em conjunto.

Propalada legalmente a hipótese de as empresas públicas e sociedades de economia mista também promoverem fomento como ferramenta de consecução de sua função social de interesse público, a partir da alocação legítima de seus recursos nas três vertentes de desenvolvimento: econômico com o incentivo da área de tecnologia e educacional; social com os benefícios para as áreas educacionais, culturais, sociais e esportivas; e ambiental para o estímulo social e educacional e de tecnologia, cabe agora, aos gestores públicos sob a égide da nova Legislação, a realização concreta das possibilidades legais para gerar desenvolvimento, viabilizando, com isso, a maximização dos direitos fundamentais.

## 5. CONCLUSÃO

O presente trabalho se deteve a analisar sinteticamente, no primeiro tópico, o fomento como atividade administrativa que busca o acréscimo de

---

<sup>49</sup>MELLO, Rafael Munhoz de. Op. cit., p. 12.



prestações à sociedade a partir do estímulo do Estado para que o setor privado execute atividades materiais desejáveis à consolidação do interesse público. Demonstrou-se a necessidade de que tal atividade seja desenvolvida sob a égide do regime jurídico administrativo, sobretudo no que tange ao princípio da motivação, de maneira que a discricionariedade administrativa não se transmude em arbitrariedade do administrador.

Num segundo momento, rendeu-se ao estudo do desenvolvimento como um direito que viabiliza o progresso do indivíduo dentro da estrutura social e permite o alcance de seu bem-estar. Para tanto, procurou-se demonstrar que o desenvolvimento nacional prescinde da conjugação de três facetas: (i) desenvolvimento econômico atingido pelas liberdades e restrições que o Estado implica na regulação da exploração das atividades do mercado garantindo o aumento na qualidade de vida da sociedade e possibilitando a distribuição de renda; (ii) desenvolvimento ambiental como a atuação sustentável que garante a integração entre crescimento econômico, inclusão social e proteção ambiental no sentido de ser um bem transindividual; (iii) desenvolvimento social como o progresso do cidadão com a finalidade de potencializar o desenvolvimento social, como uma forma de eliminação das fronteiras entre a liberdade e a miséria.<sup>50</sup> E, nesse sentido, afasta-se analogia entre crescimento econômico e desenvolvimento.

Destarte, alinhavado o raciocínio de conjugação entre fomento e desenvolvimento nacional, pretendeu-se demonstrar que o cumprimento da função social das empresas públicas e sociedades de economia mista passa a atividade de fomento e permite o atingimento do interesse público decorrente da execução dos incentivos nas áreas ligadas ao seu objeto social, consoante as determinações da Lei nº 13.303/2016.

Dessa forma, infere-se que a edição do marco regulatório das estatais permite que a atuação desse importante segmento que integra a Administração Pública seja imbuída no interesse público e no cumprimento do regime jurídico administrativo tem com objetivo a efetivação de direitos fundamentais ao cidadão. Com isso, tem-se que os parâmetros da nova Lei impõem às empresas públicas e às sociedades de economia mista a promoção do progresso social, para que o objetivo da República de alcance do desenvolvimento nacional evolua num processo de crescimento econômico, mas principalmente no avanço social e na utilização sustentável ambiental.

---

<sup>50</sup>SEN, Amartya. Op. cit., p. 25-27.

## REFERÊNCIAS

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de Direito Civil**. Salvador: Jus Podivm. 2013.

BEZNOS, Clóvis. **Poder de Polícia**. São Paulo: RT, 1979.

BLANCHET, Luiz Alberto. O capitalismo e o socialismo na Constituição. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. n. 5, Curitiba, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para Viver a Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

FERREIRA, Daniel. **A Licitação Pública no Brasil e sua Nova Finalidade Legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, a. 14, n.1, p. 63-91, jan./jun., 2014.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

GABARDO, Emerson. Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum. 2009.

\_\_\_\_\_; Augusto César Leite de. A atividade administrativa de fomento na gestão integrada de resíduos sólidos em perspectiva com o desenvolvimento sustentável. A&C, **Revista de direito administrativo e constitucional**. Ano 13, n. 53, jul-set., 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983.

HEIDEMANN, Francisco G. **Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento**. In:\_\_\_\_\_; SALM, José Francisco. **Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: Universidade de Brasília. 2010.

JORDANA DE POZAS, Luis. **Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo**. Revista Estudios Políticos.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_; JORDÃO, Eduardo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 37,

fev/mar/abr, 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-MARCALJUSTEN-EDUARDO-JORDAO.pdf>>. Acesso em 09/01/2017.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes, In: **Direito administrativo econômico**, (coord.) Carlos Ari Sundfeld, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de Fomento e o Princípio da Isonomia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, fev/mar/abr, 2010, Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-21-FEVEREIRO-2010-RAFAEL-MUNHOZ-DE-MELLO.pdf>> Acesso em: 09/01/2017.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 9 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: **Direito ao desenvolvimento**. Piovesan, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.), Belo Horizonte: Forum, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo Schier & GOLDENSTEIN, Alberto. O fomento como forma de intervenção do estado na economia e na proteção dos direitos fundamentais. In: **Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável I**. LARA, Fabiano Teodoro de Rezende; FERREIRA, Gustavo Assed e VIEIRA, Susana Camargo (Org.). Florianópolis: CONPEDI, 2015.

\_\_\_\_\_. **Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social**. Curitiba: Íthala, 2016.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

VALIM, Rafael. **A subvenção no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.



# Mutações do objeto contratual na Lei das Estatais: condições e limites

**ANDERSON SANT'ANA PEDRA<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup>Advogado. Procurador do Estado do Espírito Santo. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/ES. Pós-doutoramento pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito do Estado (PUC/SP). Mestre em Direito (FDC/RJ). Professor de Direito Administrativo e Constitucional da Graduação da Faculdade de Direito de Vitória/ES. Ex-Chefe da Consultoria Jurídica do TCEES. E-mail [aspedra@ig.com.br](mailto:aspedra@ig.com.br).

## 1. INTRODUÇÃO

Nos termos do art. 173 da Constituição brasileira de 1988 “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” (*caput*) e 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” (§ 1º), dispondo sobre “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública” (inc. IV).

Tais dispositivos possuem redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998 que foi promulgada objetivando realizar uma reforma na Administração Pública brasileira, trazendo alterações que pretendiam ser substanciais a fim de que tivesse uma Administração Pública eficiente, que almejasse o resultado e que não se perdesse na burocracia.

As mudanças, infelizmente a passos lentos e curtos, vêm ocorrendo: doutrinas alvissareiras são escritas, entendimentos jurisprudenciais estão sendo alterados, métodos de auditoria pelos Tribunais de Contas estão se modernizando, etc.

Dentre essas mudanças buscando uma Administração Pública mais eficiente, apresenta-se a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 – apelidada de “Lei das Estatais” (LE), com cerca de dezoito anos de atraso, já que desde a EC 19/98, se esperava um regime jurídico para as estatais, notadamente para dar mais agilidade nas contratações envolvendo as empresas estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias) que se encontram inseridas num mercado concorrencial com outras empresas privadas.

Afirma-se a existência de uma “modernidade líquida”<sup>2</sup>, em que as imagens e as relações, inclusive as negociais, são “fabricadas” não com a intenção de permanecer, mas de ser efêmeras, como se nada fosse feito para durar, para ser estável.

As empresas estatais, de certo modo, visando sempre os interesses públicos para os quais foi criada, deve estar atenta a real e atual necessidade igualmente fluidas que, para serem atendidas, poderão exigir alterações em seus contratos já firmados.

Assim, importante analisar as *condições* e os *limites* inerentes à mutabi-

---

<sup>2</sup>BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

lidade do objeto dos contratos celebrados pelas empresas estatais, afinal, nessa “modernidade líquida” nada se apresenta sólido e duradouro, nem mesmo os contratos, que apesar de terem que observar uma *segurança jurídica*, não podem ser imutáveis, sob pena desta estabilização ser prejudicial para os interesses das empresas estatais.

## 2. REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS EMPRESAS ESTATAIS

A Administração Pública celebra diversos pactos (contratos, convênios, termos de cooperação, etc.), sendo que a Lei nº 13.303/2016 (LE) trouxe um regime contratual diverso daquele previsto na Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93) (LLC).

Para o que aqui interessa e indo diretamente ao tema, pode-se falar de um gênero que seria *contrato da Administração*, sendo que esta expressão comporta todo e qualquer ajuste bilateral celebrado pela Administração Pública, apresentando-se as espécies: *i*) contrato administrativo; *ii*) contrato privado da Administração Pública.<sup>3</sup>

Nos termos do art. 2º, par. único da LLC “considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Já o art. 58 da LLC traz algumas prerrogativas para a Administração Pública que servem para configurar o regime jurídico dos *contratos administrativos*, destacando, a possibilidade de “modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades do interesse público, respeitados os direitos do contratado” (inc. IV).

Assim, para a verificação de um *contrato administrativo* deve-se analisar o seguinte conteúdo mínimo: *i*) pacto celebrado entre um órgão ou entidade da Administração Pública, com um particular (pessoa física ou jurídica), ou

---

<sup>3</sup>Calha registrar a existência de controvérsia doutrinária a respeito dos chamados contratos administrativos, havendo, ao menos, três correntes, a que entende que: *i*) todos os pactos celebrados pela Administração Pública são contratos administrativos; *ii*) inexistente contrato administrativo, já que em razão da verticalidade não há que se falar em ato bilateral, e sim unilateral; *iii*) existe contrato administrativo como espécie do gênero contrato, com regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum. Cf. a respeito: CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2001. t. I. p. 574-579; AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. I. p. 549-553; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 297-299; TORRES, Ronny Charles L. de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 547-548.

com outro órgão ou entidade da Administração Pública; *ii*) condições estabelecidas pela própria Administração; *iii*) manifestação de vontade (bilateral ou plurilateral); *iv*) produz direitos, obrigações e responsabilidades para as partes; *v*) deriva uma autorregulamentação (limitada) da conduta das partes; *vi*) objetiva a satisfação do interesse público; *vii*) relação de verticalidade em que se nota um desequilíbrio contratual em favor da Administração.

Aliás, é a consecução do interesse público que caracterizam os *contratos administrativos* quanto a sua *verticalidade*, acarretando nestes contratos certas peculiaridades que os distinguem dos *contratos privados*, sujeitos às normas de direito privado e que comumente não ostentam. Tais peculiaridades constituem as chamadas *cláusulas exorbitantes* que ensejam, inclusive, as alterações *unilaterais* dos *contratos administrativos*.

*Cláusulas exorbitantes* são as que excedem do direito comum para consignar uma vantagem à Administração ou uma restrição ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desiguaria as partes, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, pois visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre<sup>4</sup> aos interesses particulares.

Já o *contrato privado da Administração Pública* é aquele ajuste que também objetiva o interesse público, mas que a Administração e o particular estão em situação de relativa igualdade, podendo-se afirmar que estão sob um regime predominantemente de direito privado<sup>5</sup>, desprovido de *cláusulas exorbitantes*, devendo-se observar, contudo, algumas normas de direito público.

Diferente da LLC, a LE não trouxe uma conceituação para seus “contratos”, verificando-se em seu art. 68 um brusco rompimento formal com o regime contratual estabelecido pela LLC para os *contratos administrativos*, já que agora, os contratos celebrados com as empresas estatais “regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei [LE] e pelos *preceitos de direito privado*” – tem-se aqui a formação de um novo paradigma e, quiçá, a mais relevante inovação trazida pela LE no que concerne à disciplina contratual com a impossibilidade de utilização das prerrogativas inerentes à Administração

---

<sup>4</sup>Existe atualmente uma grande discussão se as cláusulas exorbitantes se justificam também no atendimento do *interesse público secundário*, ou somente no *interesse público primário*; utilizando a clássica distinção de Alessi. O próprio Alessi afirma que os interesses públicos secundários só podem ser buscados pela Administração quando coincidentes com os *interesses públicos primários*. (Cf. ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. 3. ed. Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. t. I, p. 184-185).

<sup>5</sup>Pode-se aqui falar em *horizontalidade* em virtude de um equilíbrio contratual relativo decorrente de uma ausência, em regra, de cláusulas exorbitantes. O art. 62, § 3º, I da LLC traz que nos contratos “cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado” as normas publicistas serão aplicadas “no que couber”.



Pública como a alteração unilateral dos seus contratos.

Observe que o legislador não mencionou aí os “preceitos” ou “princípios” de *direito público* como fez o art. 54 da LLC<sup>6</sup>, mas os de “direito privado”, talvez objetivando fixar uma horizontalidade entre as empresas estatais e os contratados.

De igual modo, o art. 72 da LE prescreve que os “contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes”, ou seja, inumou, categoricamente, com uma das prerrogativas caracterizadora do *contrato administrativo* – a alteração unilateral (cláusula exorbitante).

JUSTEN FILHO afirma que ao disciplinar o regime contratual das empresas estatais, não foram contempladas as “competências anômalas” (prerrogativas da Administração elencadas no art. 58 da LLC) relacionadas com o exercício de competência que é própria para o “desempenho de funções inerentemente públicas”.<sup>7</sup>

Como bem registra GUIMARÃES e SANTOS ao tratarem das inovações da Lei das Estatais:

No plano específico dos contratos, a lei determina que o regime jurídico a eles aplicado seja predominantemente o regime de direito privado – uma verdadeira inovação substancial em comparação com o tradicional regime jurídico dos contratos administrativos. Com esta orientação, desaparecem, por exemplo, as denominadas prerrogativas exorbitantes da Administração – inclusive a de alterar unilateralmente os contratos –, e há nítido privilégio para as soluções consensuais.<sup>8</sup>

No mesmo sentido, JUSTEN FILHO leciona que as empresas estatais competitivas subordinadas ao regime da Lei nº 13.303/2016 “não promovem contratos administrativos de direito público”.<sup>9</sup>

Assim, entendemos que os contratos celebrados pelas empresas estatais, nos termos da Lei nº 13.303/2016 (LE), devem ser considerados como *contratos privados da Administração Pública*<sup>10</sup>, em razão da ausência de verticalidade (e suas cláusulas exorbitantes inerentes) na relação entre a Administração (empresa estatal) e o contratado, muito embora outros princípios

---

<sup>6</sup>Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

<sup>7</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1127.

<sup>8</sup>GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 18.

<sup>9</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1078.

<sup>10</sup>Doravante neste artigo será utilizada apenas a expressão “contrato”.

publicistas e elementos configuradores do conteúdo mínimo devem ser observados<sup>11</sup> para se caracterizar um *contrato privado da Administração*.

## 2.1 Observâncias das normas de Direito Público

Apesar da ausência de verticalidade e do entendimento que os pactos celebrados pelas empresas estatais são *contratos privados da Administração*, isto não implica dizer que estes contratos devam passar à margem das normas de direito público, notadamente ao *princípio da legalidade estrita* e à observância do *interesse público*.

Tal afirmação se extrai da leitura de alguns dispositivos da Lei nº 13.303/2016 (LE):

Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

Art. 87. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo tribunal de contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando as empresas públicas e as sociedades de economia mista responsáveis pela demonstração da *legalidade* e da regularidade da despesa e da execução, *nos termos da Constituição*.

O *princípio da legalidade estrita* se apresenta como um dos pilares da Administração Pública brasileira, incluindo-se aí as empresas estatais (Administração Pública Indireta), conforme enuncia o *caput* do art. 37 da CRFB.

Neste sentido, leciona BANDEIRA DE MELLO ser o *princípio da legalidade estrita* o consagrador do atual Estado Democrático de Direito brasileiro, pois afirma a

[...] completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o

---

<sup>11</sup>Elementos configuradores de um contrato privado da Administração: *i*) pacto celebrado entre um órgão ou entidade da Administração Pública, com um particular (pessoa física ou jurídica), ou com outro órgão ou entidade da Administração Pública; *ii*) condições estabelecidas pela própria Administração; *iii*) manifestação de vontade (bilateral ou plurilateral); *iv*) produz direitos, obrigações e responsabilidades para as partes; *v*) deriva uma autorregulamentação (limitada) da conduta das partes; *vi*) objetiva a satisfação do interesse público.

mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.<sup>12</sup>

Tem-se então que o *princípio da legalidade estrita* configura uma garantia para o cidadão de que os seus representantes agirão dentro dos parâmetros definidos pela lei – lei esta formulada a partir de um processo legislativo democrático.

Interessante destacar que o art. 31 da LE ao trazer disposições de caráter geral sobre licitações e contratos não fez menção ao *princípio da legalidade*, apesar de elencar todos os outros princípios previstos no art. 37, *caput* da CRFB, tal omissão, em nosso *sentire*, não tem o condão de arrefecer qualquer modal deôntico que se extrai do enunciado normativo constitucional que consagra este importante princípio publicista, até porque, o art. 87, *caput* da LE prescreveu que o controle das despesas das empresas estatais deverá verificar a demonstração da “legalidade e da regularidade da despesa e da execução, nos termos da Constituição”.

Assim, o *princípio da legalidade estrita* deve ser aplicado nos contratos celebrados pelas empresas estatais. Além de regular os atos das empresas estatais perante o particular, a legalidade traz segurança jurídica ao pacto firmado.

Neste ponto, indispensável analisar o art. 81 da LE que prescreve algumas limitações para a mutabilidade do objeto dos contratos – o que adiante será abordado.

### 3. DA NECESSIDADE DE MUTAÇÃO DO OBJETO DOS CONTRATOS

Em homenagem ao *princípio da segurança jurídica* tem-se que, em regra, um contrato firmado, decorrente de um procedimento administrativo próprio (com ou sem licitação), por consolidar as *condições* que foram apresentadas pela Administração e aceitas pelo contratado, deverá ser observado até que ocorra a extinção natural desse contrato, quer seja por término do prazo, ou pelo cumprimento do objeto.

---

<sup>12</sup>BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 104. Como bem salienta MEIRELLES: “Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 68).

Contudo, ao mesmo tempo, o contrato deve ser líquido, fluido, maleável, moldável às circunstâncias e ao interesse público que são mutáveis, apresentando novos contornos e projeções específicas, de acordo com a necessidade que se apresenta.

A fim de satisfazer seus interesses, as empresas estatais, com o decorrer do tempo, poderá ter que rever e redimensionar algumas decisões, sob pena de não se ter a consecução ótima dos seus interesses.

Para se ter uma gestão eficiente (boa governança), por vezes se apresenta imprescindível a alteração dos contratos já firmados, inclusive do objeto pactuado, redefinido-o a fim de melhor satisfazer os interesses do contratante.

Essa mutabilidade inerente a citada “modernidade líquida” traz algumas dificuldades tanto para as empresas estatais, quanto para o seu gestor que, ao mesmo tempo que deve homenagear a *segurança jurídica* e o *princípio da confiança legítima*<sup>13</sup> que permeia todo o agir estatal, não pode ficar atracado a um objeto contratual que, quando concebido, atendia uma necessidade com determinadas especificidades, mas que em decorrência da fluidez, imperioso alterar a rota da atividade administrativa e, por consectário lógico, redimensionar quantitativamente e/ou qualitativamente o objeto contratado.

Tem-se então que os contratos podem sofrer mutações após sua celebração, sempre que assim indicar o interesse da contratante, quer seja em decorrência de fatos novos, imprevisíveis à época da realização do procedimento prévio de contratação (licitação ou contratação direta), quer seja em razão de variação tecnológica ou de concepção, quer seja também, infelizmente mas possível de ocorrer, em razão de falhas na concepção do objeto original (cf. item 3.1).

Em razão desta necessidade de alteração contratual, o art. 81 da LE prescreve algumas condições e limites para tanto<sup>14</sup>:

Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:

I - quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

II - quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acrés-

<sup>13</sup>O princípio da segurança jurídica indica que as expectativas geradas pela Administração sejam cumpridas por meio da manutenção dos efeitos a que se propuseram, não frustrando a confiança dos particulares (*princípio da proteção à confiança*).

<sup>14</sup>Registra-se que o *caput* do art. 81, exclui das alterações a *contração integrada* (art. 43, inc. VI), não sendo admitidas alterações contratuais nas mesmas hipóteses de que dos demais regimes de execução de obras e serviços de engenharia, apesar de não parecer razoável a conclusão de que esteja obstada qualquer modificação dos contratos pelo regime de contratação integrada.

cimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

...

§ 1º O contratado poderá aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no § 1º, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º.

...

§ 6º Em havendo alteração do contrato que aumente os encargos do contratado, a empresa pública ou a sociedade de economia mista deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

...

§ 8º É vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada.

O nosso foco neste artigo é analisar as *condições* e os *limites* da mutabilidade do objeto dos contratos no que concerne às alterações quantitativas (art. 81, II) e às alterações qualitativas (art. 81, I).

Registra-se que o legislador ao mencionar no *caput* do art. 81 as hipóteses de alteração dos contratos celebrados nos termos do art. 43 tratou, apenas, “dos contratos destinados à execução de obras e serviços de engenharia”, não abarcando os contratos de aquisição de bens, muito embora o § 1º do art. 81 mencione “compras”.

Trata-se do mesmo equívoco ocorrido quando da elaboração da Lei nº 8.666/93 em que o legislador ao construir seus enunciados normativos, dirigiu-se, quase sempre, para obras e serviços de engenharia, sem enfatizar em algumas de suas passagens as aquisições pelas empresas estatais. As *condições* e os *limites* tratados neste artigo devem ser verificados em qualquer contrato: obra, serviço ou aquisição.

### **3.1 Alteração contratual em decorrência de falha na concepção original do objeto**

O ideal seria que as alterações contratuais do objeto decorressem somente de fatos novos, imprevisíveis à época da realização do procedimento prévio de contratação (licitação ou contratação direta).

Apesar de não desejadas, não se pode desconsiderar que falhas ocorrem na concepção do objeto original que ensejarão, posteriormente, a celebração de

um termo aditivo alterando o objeto a fim de redimensionar o objeto a ser executado, corrigindo-o, sendo legítimo tal comportamento pela Administração.

Não se admitir a correção da falha na concepção do objeto por meio da mutabilidade do contrato, poderia, em determinadas situações, forçar a empresa estatal a rescindir o contrato (art. 69, VII da LE), o que seria muito mais oneroso para a Administração e, por consectário lógico, ofensivo ao *princípio da proporcionalidade*.

Obviamente que a possibilidade aqui defendida de alteração contratual em decorrência de falha na concepção original do objeto, necessariamente implicará na abertura de um procedimento administrativo disciplinar a fim de verificar a (ir)responsabilidades dos agentes públicos que laboraram de forma culposa e/ou dolosa, bem como individualizará o grau de culpabilidade.

## 4. CONDIÇÕES PARA A MUTABILIDADE DO OBJETO DOS CONTRATOS

Como *condição* para a mutabilidade do objeto dos contratos deve-se entender o conjunto de requisitos que se cumpre verificar para que a empresa estatal se mostre legítima para celebrar o termo aditivo que terá por finalidade alterar o objeto contratado, ou seja, são os pressupostos prévios, que serão elencados nos subitens.

Tais condições (pressupostos) são indissociáveis para uma alteração contratual que se pretende legítima, devendo ser considerada viciada, passível de nulidade, qualquer mutabilidade contratual que não demonstrar claramente o cumprimento dessas condições.

Frise-se que qualquer alteração contratual deve ser realizada com imenso cuidado, verificando se a mesma não acarretará vantagem indevida ao particular e/ou ofensa ao *princípio da impessoalidade* e da *moralidade*.<sup>15</sup>

### 4.1 Acordo entre as partes (consensualidade)

O art. 72 da LE traz a possibilidade de se alterar os contratos celebrados pelas empresas estatais, mas sempre “por acordo entre as partes” e

---

<sup>15</sup>O art. 92 da LLC traz como crime passível de detenção de dois a quatro anos, e multa: “Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais [...]”. Registra-se que o art. 41 da LE prescreve a aplicação das normas de direito penal contidas na LLC.

“vedando-se ajuste que resulte em violação da obrigação de licitar”.

Como se nota, trata-se de alteração substancial, pois afasta, por completo, a possibilidade de alteração unilateral pelas empresas estatais. Como dito, a alteração unilateral é um traço muito forte na caracterização dos *contratos administrativos* no bojo da Lei nº 8.666/93 e que não se repetiu na Lei nº 13.303/2016 que trouxe *contratos privados da Administração*.

Tem-se assim que “para se aditar um contrato, será imprescindível a anuência das partes contratantes”.<sup>16</sup>

O *caput* do art. 81 da LE reforça essa necessidade de alteração consensual quando prescreve que os contratos “contarão com cláusulas que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes”.

## 4.2 Previsão contratual de mecanismos para alteração

O art. 69, inc. VII da LE traz como cláusula necessária nos contratos celebrados pelas empresas estatais os “mecanismos para alteração de seus termos”.

Assim, deve o contrato ter cláusulas prevendo a possibilidade de alteração contratual (sempre consensual), bem como o mecanismo pelo qual se dará tal alteração – termo aditivo.

Entendemos que esse “mecanismo” mencionado pelo dispositivo não se trata apenas do instrumento estático que irá alterar o contrato (termo aditivo), mas também a dinâmica (procedimento) pelo qual deverá dialogar a contratante e o contratado a fim de se chegar a um consenso do que será alterado.

Assim, para se ter a alteração contratual, deve-se verificar a existência de prévia previsão contratual nos termos do art. 69, inc. VII, observar os limites trazidos pelo art. 81 e ser consensual (art. 72).<sup>17</sup>

Contudo, entendemos que eventual omissão contratual não gerará a impossibilidade de celebração de termo aditivo se observados os limites do art. 81 e a consensualidade, e o termo aditivo celebrado não será nulo em razão, somente, desta omissão no contrato original. As normas da LE que versam sobre a alteração contratual não suficientes para balizar as partes e homenageiam, de *per si*, a probidade administrativa caso as demais condições aqui elencadas sejam inteiramente observadas.

---

<sup>16</sup>GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 253.

<sup>17</sup>Cf. nesse sentido: GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 265.

### 4.3 Fato superveniente ou conhecimento superveniente

Celebrada a contratação (mediante prévio procedimento licitatório ou de diretamente), o seu objeto somente poderá ser alterado caso se verifique um fato ou um conhecimento (*v.g.* científico) superveniente ou, ainda, que estes já existissem, mas não foi levando em conta pela empresa estatal quando da fase preparatória para a contratação.

Essa condição se faz imperiosa para que se evite alteração contratual por qualquer motivo (cf. item 4.6).

A ausência de cognição do fato ou de informação (conhecimento) somente impera se a empresa estatal não tiver condições de se cientificar da determinada circunstância no instante em que contratou.<sup>18</sup>

### 4.4 Consecução do interesse público

É cediço que o Estado existe para satisfazer o *interesse público*, e a doutrina de forma uníssona chega inclusive a considerar o *interesse público* como o princípio basilar da República Federativa do Brasil, haja vista que sua carga axiológica encontra-se ligada intrinsecamente a noção de *república* (*res publica*).<sup>19</sup>

Sendo assim, todo o agir da Administração Pública, inclusive das empresas estatais<sup>20</sup>, deve ser voltado para o interesse público, jamais para um interesse de um agente público, ou de um particular.

Como bem anota MEIRELLES, a *finalidade* da Administração “terá sempre um objetivo certo e inafastável”: o interesse público. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á à invalidação por *desvio de finalidade*.<sup>21</sup>

### 4.5 Impossibilidade de desnaturação do contrato

Qualquer alteração que se faça num contrato não pode chegar ao ponto de desnaturar aquilo que foi pactuado inicialmente, de alterar o objetivo primeiro que conduziu a pactuação original.

A mutabilidade do contrato se presta para promover *adequações*, não para transformar o objeto do contrato noutra, com funcionalidade diferente.

<sup>18</sup>REIS, Luciano Elias. Os limites das alterações qualitativas nos contratos administrativos. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 109-132, jul./set. 2006.

<sup>19</sup>PEDRA, Anderson Sant’Ana. A habilitação técnico-operacional nas licitações públicas e o princípio da razoabilidade. *Revista brasileira de direito público*. Belo Horizonte: Fórum. Ano 4, n. 14, p. 125-140, jul./set. 2006. p. 126.

<sup>20</sup>Cf. todos da Lei nº 13.303/2016: art. 4º, § 1º; art. 8º, *caput*, inc. V e § 1º; art. 42, inc. VII, al. “d” e art. 62, *caput*.

<sup>21</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 71.



“A alteração adapta dado objeto, não transforma em coisa diferente”.<sup>22</sup>

Trata-se do *princípio da identidade do objeto* que aponta no sentido que se deve sempre observar se a alteração pretendida está *adequando* o objeto e não transformando-o em algo que inexistia originalmente.

FURTADO afirma que nenhuma alteração contratual, qualitativa ou quantitativa, pode provocar a “transmutação do objeto contratado”.<sup>23</sup>

SUNDFELD trata a desnaturação do contrato como sendo um direito do contratado de ter a “preservação da identidade do objeto”, que implica na intocabilidade da natureza do objeto, caso contrário, “poderia estar obrigando a realizar coisa a que nem remotamente se obrigou ou a que não está preparada”.<sup>24</sup>

Enfocando as alterações qualitativas, REIS afirma que estas “não poderão ocasionar a transfiguração ou a transmutação do objeto inicialmente convencionado”. Continua o autor afirmando que o “limite das transformação do objeto para a persecução do objeto circunscreve-se à essência dele”.<sup>25</sup>

#### 4.6 Obediência ao princípio da motivação

Todos os atos administrativos devem conter a *motivação* que é a *exposição dos motivos*. Os *motivos* trazidos na *motivação* devem compreender tanto os motivos de *fato* e de *direito*.

A obediência ao *princípio da motivação* implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada – é trazer para os autos a *justificativa*, o que ensejou a alteração contratual.<sup>26</sup>

A motivação é importantíssima, e não pode a Administração “economizar” nesse requisito, afinal, infelizmente, muitos contratos (administrativos) são alterados com finalidade diversa do interesse público e, os órgãos de controle, por vezes, em decorrência desta patologia, atuam com a lógica invertida, sendo a farta motivação o melhor tratamento para esse quadro clínico.

<sup>22</sup>NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 960.

<sup>23</sup>FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 509.

<sup>24</sup>SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 232.

<sup>25</sup>REIS, Luciano Elias. Os limites das alterações qualitativas nos contratos administrativos. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 109-132, jul./set. 2006.

<sup>26</sup>PEDRA, Anderson Sant’Ana. Sanções administrativas nas contratações públicas. In: TORRES, Ronny Charles L. de. (Coord.) *Licitações públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*. Curitiba: Negócios Públicos Editora. 2016. p. 391-392.

## 4.7 Verificação quanto às consequências do reequilíbrio econômico-financeiro

O art. 37, XXI da CRFB traz o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato celebrado pelas empresas estatais como direito constitucional das partes (contratante e contratado), sendo assim, antes de se realizar qualquer alteração contratual, necessário verificar a (im)possibilidade de serem “mantidas as condições efetivas das proposta, nos termos da lei”.

Sendo assim, sempre que a empresa estatal for alterar um contrato deve previamente verificar se esse seu ato, causará alguma repercussão de índole financeira ao contrato, fazendo imperioso então uma análise detida e prévia das consequências financeiras que podem decorrer desta alteração contratual a fim de contemplar no mesmo termo aditivo que irá promover a alteração do objeto (quantitativa ou qualitativamente) o reequilíbrio econômico-financeiro (*revisão*<sup>27</sup>).

Qualquer acréscimo ou supressão no objeto contratado ensejará um reequilíbrio econômico-financeiro que deverá ser restabelecido pelo mesmo Termo Aditivo (art. 81, § 6º da LE), devendo estar muito bem demonstrado nos autos a variação desses encargos financeiros.

A consequência econômico-financeira da alteração contratual deve ser deixada muito clara para o contratado, bem como consignada expressamente no termo aditivo, até porque a alteração será consensual.

Uma vez implementada a alteração contratual, não poderá o contratado exigir qualquer outro reequilíbrio-financeiro a partir desta alteração, tendo em vista que a mesma ocorreu consensualmente.

Destaca-se que no caso de “supressão de obras, bens ou serviços”, o cuidado da Administração deverá ser ainda maior, devendo, inclusive, fazer diligências a fim de verificar a real execução do contratado, tendo em vista que, se o contratado já “houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, esses materiais deverão ser pagos pela empresa pública ou sociedade de economia mista pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que re-

---

<sup>27</sup>“A revisão implica a ocorrência de um fato extraordinário e superveniente que desequilibra excessivamente a relação de equivalência entre os encargos do contratado e a remuneração, impondo o restabelecimento da equação econômica posta no contrato, podendo ocorrer a qualquer momento. É a aplicação da *teoria da imprevisão*, que autoriza a revisão do preço do contrato quando as condições e circunstâncias da época em que foi celebrado não mais persistirem. [...] Assim, enquanto a *revisão* busca *recompôr* a equação financeira do contrato, o *reajuste* tem por finalidade *manter* esta relação econômica nos mesmos parâmetros inicialmente ajustados.” (GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 231). Cf. ainda art. 65, II, “d” da LLC.

gularmente comprovados” (art. 81, § 4º da LE).

Registrar-se ainda que o Superior Tribunal de Justiça<sup>28</sup> numa interpretação da parte final do art.65, § 4º da LLC, vem entendendo ser cabível o pagamento de lucro cessante em caso de rescisão contratual, o que, no nosso entender, poderá também ser aplicado, *mutatis mutandi*, em caso de supressão do objeto, ou seja, pagamento de lucro cessante sobre a parte do objeto que inicialmente seria executado, mas que foi suprimido, tudo mediante prévio consenso, nos termos do art. 72 da LE.

#### 4.8 Eventos não alocados na matriz de riscos

Antes de qualquer alteração contratual, deve a empresa estatal verificar se o objeto da alteração não contempla “eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada”, já que é vedada a celebração de termo aditivo decorrentes desses eventos (art. 81, § 8º da LE).

Nos termos do art. 42, *caput* da LE que traz algumas definições, tem-se:

Art. 42. ...

X - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;
- b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delimitadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;
- c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.

Como se observa, o legislador ao excepcionar os eventos contemplados na matriz de risco como motivação para qualquer alteração contratual cancelou novamente a necessidade de a Administração trabalhar cada vez mais de forma planejada e com raciocínio prospectivo.

A *matriz de risco* é um instrumento que busca gerir os riscos distribuindo os possíveis ônus caso algum prejuízo se materialize e venha a influenciar a perfeita execução contratual, tratando-se de importante ferramenta de plane-

---

<sup>28</sup>REsp nº 737.741/RJ e AgRg no REsp nº 929.310/RS.

jamento do contrato e indispensável para uma execução contratual tranquila no que concerne, ao menos, na relação entre contratante e contratado.<sup>29</sup>

Como se nota, nos termos da al. “c” acima transcrita, a matriz de risco deverá conter indicativo, inclusive, de quais e quantos termos aditivos serão necessários para ajustar a execução do contrato aos eventos supervenientes.

Por fim, importante destacar que assumir “possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato” exigirá do contratado um “exercício de ‘futuraologia’” muito grande, “sem contar a possibilidade de as propostas apresentadas por ocasião da licitação conterem uma ‘gordura’ nos preços ofertados como medida de proteção do licitante”.<sup>30</sup>

#### 4.9 Mutabilidade como exceção

Mesmo diante da necessidade de mutabilidade do objeto dos contratos em decorrência da fluidez dos interesses das empresas estatais, como já dito, não se pode esquecer do *princípio da segurança jurídica* e da *legalidade estrita*.

Assim, a mutabilidade do objeto dos contratos não pode ser interpretado como regra nem como algo ilimitado (cf. item 5). A regra é a execução rigorosa das obrigações contratuais originais, sendo exceção a alteração contratual, por isso a necessidade do preenchimento das condições aqui trazidas.

Apesar de, por vezes, a alteração contratual se mostrar necessária, a mesma, aprioristicamente, não pode ser desejável, se apresentando, no máximo, como algo tolerável.

Como bem adverte NIEBUHR, as “alterações contratuais, muito embora devam ser fitadas com exceção e não como regra, não devem ser concebidas e analisadas com carga negativa, como se fossem algo ruim, quase demonizadas”.<sup>31</sup>

## 5 LIMITES QUANTO À MUTABILIDADE DO OBJETO DOS CONTRATOS

Enquanto as *condições* para a mutabilidade do objeto dos contratos se referem à averiguação de questões preliminares autorizadoras para o processamento dos termos aditivos, os *limites* devem ser observados após o início dessa atuação administrativa.

<sup>29</sup>Nos termos da ISO 31.000, *risco* é “o efeito da incerteza nos objetivos fixados” e *gestão de riscos* são as “atividades coordenadas para dirigir e controlar uma organização no que se refere a riscos”.

<sup>30</sup>Cf. GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 273.

<sup>31</sup>NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 959.

Uma vez preenchidas todas as *condições* para a alteração de um objeto contratual, os *limites* se apresentam como marcas delimitadoras dessa alteração, margens que devem ser verificadas sob pena do termo aditivo se mostrar viciado.

### 5.1 Alteração quantitativa

A alteração quantitativa é trazida no inc. II do art. 81 da LE que prescreve a possibilidade de alteração contratual quando for necessário um *acrécimo* ou uma *diminuição* quantitativa no objeto contratado (obras, serviços ou compras), desde que “nos limites permitidos por esta lei”.

Estes limites mencionados são os percentuais trazidos no § 1º do art. 81 da LE): *i*) 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, caso não se trate de reforma (edifício ou equipamento); *ii*) 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, caso se trate de supressão em reforma (edifício ou equipamento); *iii*) 50% (cinquenta por cento) do valor inicial atualizado do contrato, caso se trate de acréscimo em reforma (edifício ou equipamento),

A primeira observação que deve ser feita é que parâmetro trazido pelo legislador para a alteração do objeto é o “valor inicial atualizado do contrato”, e não da(s) quantidades que integram o objeto(s), de *per si*.

Contudo, entendo particularmente que tal parâmetro deve ser conjugado com a impossibilidade de desnaturação do objeto do contrato. Explico: imagine um contrato cujo objeto é a urbanização de um trecho de uma determinada orla marítima com o custo de R\$ 10.000.000,00, sendo que nesse objeto (projeto) de urbanização está compreendido a plantação de 10 coqueiros ao longo da orla. Poderia utilizar este mesmo contrato para plantar mais 500 coqueiros ao longo de toda a orla, sendo que esse plantio custaria R\$ 500.000,00, valor inferior ao percentual trazido pelo legislador? Entendo que não, pois estaria ocorrendo a desnaturação do contrato (cf. item 4.5).

Em decorrência da expressão “valor inicial atualizado do contrato” utilizada pelo legislador, deve-se considerar o valor contratual com os reajustes<sup>32</sup>, caso a proposta já tenha sido apresentada há mais de doze meses, pois aí é que se terá o valor inicial “atualizado”, e não o valor inicial do contrato.

De outro giro, por “valor inicial atualizado do contrato” não se deve

---

<sup>32</sup>Reajuste é um instituto destinado a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e tem por objetivo recompor o valor proposto pelo licitante em função do regime inflacionário da economia. Utiliza como parâmetro um índice previamente definido pelo edital/contrato. Cf.: art. 37, XXI da CRFB que assegura ao contratado a manutenção das condições efetivas da proposta e o art. 81, § 7º da LE.

considerar o valor do contrato com a “revisão” decorrente dos acréscimos ou supressões já ocorridos, pois a *revisão* busca *recompôr* a equação financeira do contrato, enquanto o *reajuste* tem por finalidade *manter* a relação econômica nos mesmos parâmetros inicialmente ajustados.<sup>33</sup>

Outra questão que se deve salientar é que não se admite para a verificação do percentual limite trazido no art. 81, § 1º da LE a compensação entre acréscimos e supressões ocorridas no contrato, nos mesmos termos que se vinha interpretando o art. 65 da LLC (Acórdão TCU nº 479/2010), afinal se trata de “valor inicial atualizado do contrato”, e não de valor do contrato *revisado*.

Permitir essas compensações seria uma afronta gritante a identidade do objeto, vez que poderia ocorrer uma supressão de 25% e, em seguida, um acréscimo também de 25%, e depois sucessivamente, acarretando uma alteração substancial do objeto, mas que em termos absolutos, nada refletiria no valor total do contrato.

O TCU interpretando o art. 65 da LLC consignou no Acórdão nº 479/2010 que deve haver uma conta para os *acréscimos* e outra para as *supressões*, isoladas, ou seja, “o conjunto de reduções ou e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal;”.

Há situações outras em que a empresa estatal não consegue precisar quantitativamente o objeto que atenderá o interesse público e, por conseguinte, não consegue ter, *a priori*, um valor exato do contrato, mas apenas um *valor estimado* que, posteriormente se converterá num *valor realizado*.

Na hipótese de se estar diante de um contrato que possui um *valor estimado*, será este o valor que servirá de parâmetro para o cálculo do percentual legal (art. 81, § 1º da LE) a fim de se apurar o limite da alteração quantitativa.

A LE traz que o parâmetro é o “valor inicial atualizado do contrato”. Em casos que tais, o *valor estimado* é que o “valor inicial do contrato”<sup>34</sup>, e não o *valor executado*, que se realiza durante a vigência do contrato e que não estava fixado inicialmente.

Além do mais, há se de esperar que as empresas estatais atuem de forma planejada e profissional e, em assim sendo, o *valor estimado* estará muito próximo do *valor executado*.

---

<sup>33</sup>Em sentido contrário: PÉRCIO, Gabriela Verona. *Contratos administrativos: manual para gestores e fiscais*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 146.

<sup>34</sup>Que poderá ser atualizado por meio de reajustes, se for o caso.

Já para os contratos *de prestação de serviço de natureza contínua* que são mensurados *mensalmente*, deve ser considerado como parâmetro para a incidência do percentual legal o valor da primeira mensalidade, devidamente atualizada, e não o *valor global* do contrato, considerando toda a sua vigência.

Adotar entendimento de que o valor paramétrico seja o valor global (total) do contrato será desrespeitoso ao *princípio da identidade do objeto*.

O § 2º do art. 81 da LE prescreve a possibilidade de alteração do objeto contratual quando for necessária uma supressão quantitativa no objeto contratado, independentemente de limite, desde que “resultante de acordo” celebrado entre os contratantes.

Como se nota, trata-se de uma situação singular em que o legislador concedeu ao gestor público responsável a possibilidade de diminuir o objeto contratado, sem qualquer limite, desde que haja consenso entre as partes.

Como se está diante de uma situação singular e que será pactuada mediante “acordo”, entende-se que a empresa estatal deverá considerar e deixar claro nos termos desse acordo uma possível indenização ao contratado, especificando-a, ou então deixar consignado que a supressão não importará em indenização de qualquer espécie. Tal análise deve ser deixada muito clara para o contratado, bem como consignada expressamente no Termo Aditivo, a fim de evitar qualquer pleito posterior do contratado acerca de prejuízo, ou até mesmo lucro cessante, decorrente da supressão realizada consensualmente.

## 5.2 Alteração qualitativa

A alteração qualitativa é trazida no inc. I do art. 81 da LE que prescreve que a empresas estatais poderão alterar o contrato “quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos”.

A alteração qualitativa recai sobre o projeto e suas especificações, ou seja, sobre as *qualidades técnicas* do objeto, e não sobre sua *quantidade*.

Em contratos de objetos muito especializados e/ou de vigência prolongada, é possível que circunstâncias supervenientes ou desconhecidas pelas partes quando da assinatura do contrato se apresentem inadequadas durante a execução contratual. Verificada tal situação, e desde que os contratantes concordem com a alteração pretendida, admite-se o aditamento contratual para realizar a adequação necessária.

Da leitura do inc. I do art. 81 da LE, se perceberá que, diferentemente do inc. II, foi o inc. I silente quanto aos limites a serem observados. O inc. II

menciona claramente que as alterações quantitativas ocorrerão “nos limites permitidos por esta Lei”, já no inc. I, nada foi prescrito quanto a (in)existência de limites.

Existe uma discussão acerca do limite da alteração qualitativa no que concerne aos termos do art. 65 da LLC, entendendo alguns que se trata de alteração sem limites, desde que não desnature o objeto contratado, e outros que os limites da alteração qualitativa seriam os mesmos da alteração quantitativa.

Parece que tal discussão resta dissipada na Lei nº 13.303/2016, muito embora a omissão redacional do inc. I do *caput* do art. 81, isso porque o § 2º do art. 81 prescreve que “nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no § 1º”, não fazendo distinção se a alteração é qualitativa ou quantitativa.

Contudo, não se pode deixar de registrar que haverá situações em que as empresas estatais terão que suscitar alterações contratuais qualitativas que ultrapassem os limites previstos no art. 81, § 1º, sendo tal situação já visitada pelo TCU diante dos enunciados da LLC, decidindo ser importante a estipulação de alguns parâmetros mínimos a fim de harmonizar tal permissividade com os demais cânones do direito administrativo.

Na Decisão nº 215/1999 o TCU, atento aos direitos do contratado e ao princípio da proporcionalidade, admitiu, excepcionalmente, que alterações qualitativas ultrapassem os limites legais, desde que satisfeitos, cumulativamente, os seguintes pressupostos:

- I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;
- II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;
- III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;
- IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;
- V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;
- VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea “a”, supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência.



Muito embora tais pressupostos sirvam como importantes balizadores para uma alteração qualitativa *consensual*, dando maior segurança ao gestor, não podem ser entendidos como algo absoluto e intransponível, até porque outras situações excepcionais que também exigirão uma alteração qualitativa podem, eventualmente, não atender todos os pressupostos elencados pela Decisão TCU nº 215/1999 e ainda assim terão quer ser implementadas para atender o interesse público e os demais princípios administrativos<sup>35</sup>. Mas o que deverá ser sempre trazido à exaustão nos autos é a motivação que ensejou a alteração, contendo aí todos os pareceres técnicos, estudos, análises, acontecimentos (fatos) ocorridos e inesperados, etc.

O STJ na Medida Cautelar nº 6575 se manifestou quanto à possibilidade das alterações qualitativas ultrapassarem o limite do art. 65 da LLC, colhendo da decisão do Min. OTÁVIO DE NORONHA: “não é razoável que se engesse de tal modo a máquina administrativa, a ponto de impedi-la de promover alterações no conteúdo da avença com vistas a otimizar resultados perseguidos, sem se descuidar, é claro, do interesse público”.

## 6. CONCLUSÃO

A Lei nº 13.303/2016 (LE) foi aprovada num contexto em que a sociedade brasileira e seus representantes buscam meios para dar um basta à corrupção, notadamente em razão dos atos ímprobos (e repugnantes) verificados na Petrobrás (empresa estatal) no transcorrer da *Operação Lava-Jato*.

As alterações implementadas pela LE, inclusive as relacionadas à mutabilidade dos contratos administrativos e a necessidade de consensualidade, não servirão de panaceia para todas as chagas já verificadas nas empresas estatais – “se as velhas estatais continuarem a ser conduzidas segundo os padrões praticados de modo genérico até agora, a Lei nova será mais uma tentativa inútil”<sup>36</sup>.

A possibilidade de alteração do objeto dos contratos celebrados pelas empresas estatais é imprescindível para se ter uma atuação administrativa mais próxima do interesse público – aliás, como sempre deve estar.

Contudo, tais alterações devem ser utilizadas considerando as *condições* e os *limites* aqui delineados, a fim de permitir um agir administrativo dentro da legitimidade e eficiência que deve permear o agir das empresas estatais.

---

<sup>35</sup>Cf. a respeito: Acórdão TCU nº 448/2011.

<sup>36</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. A nova Lei das (antigas) Estatais. Gazeta do Povo. Curitiba.

## 7. REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. 3. ed. Trad. Buena-ventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. I.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2001. t. I.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 6. ed. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- \_\_\_\_\_. A nova Lei das (antigas) Estatais. *Gazeta do Povo*. Curitiba. Disponível em [<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/a-nova-lei-das-antigas-estatais-50zbsobbbwlhpxuzp5s2fvmdr>]. Acesso em 11.01.2017).
- LEFÉVRE, Mônica Bandeira de Mello; WLADECK, Felipe Sripes. Alteração dos contratos das empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Sanções administrativas nas contratações públicas. In: TORRES, Ronny Charles L. de. (Coord.) *Licitações públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*. Curitiba: Negócios Públicos Editora. 2016. p. 385-418.

\_\_\_\_\_. A habilitação técnico-operacional nas licitações públicas e o princípio da razoabilidade. *Revista brasileira de direito público*. Belo Horizonte: Fórum. Ano 4, n. 14, p. 125-140, jul./set. 2006.

PÉRCIO, Gabriela Verona. *Contratos administrativos: manual para gestores e fiscais*. Curitiba: Juruá, 2015.

REIS, Luciano Elias. Os limites das alterações qualitativas nos contratos administrativos. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 109-132, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=37239>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

TORRES, Ronny Charles L. de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.



# **Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira**

**CRISTIANA FORTINI<sup>1</sup>  
ARIANE SHERMAM<sup>2</sup>**

---

<sup>1</sup>Advogada. Presidente da Comissão de Direito Administrativo da OAB/MG. Pós-Doutora (Visiting Scholar com bolsa da Capes) pela George Washington University. Doutora em Direito pela UFMG. Professora Adjunta na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. E-mail: crisfortini@uol.com.br.

<sup>2</sup>Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Assessora contratada do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG). E-mail:

## 1. INTRODUÇÃO

No que concerne ao debate da corrupção pública, a promoção e efetiva implementação de mecanismos e procedimentos de governança têm atraído a atenção de estudiosos e administradores públicos.

Antes de tratar da governança no setor público, necessário traçar, ainda que em breves considerações, os caminhos que levaram à sua eleição, por acadêmicos e gestores públicos preocupados com a integridade na Administração, como um dos possíveis meios de rechaçar, ou, ao menos, mitigar condutas corruptas.

Surgida no setor privado, governança (corporativa) é o nome que se atribui ao modo de gestão das sociedades empresárias, visando controlar os atos e evitar possíveis conflitos de interesses entre acionistas majoritários e acionistas minoritários ou entre acionistas e gestores.

A prevenção e o combate à corrupção de agentes públicos atrai atenção de estudiosos espalhados por todo mundo, ainda que os atos considerados corruptos e o maior ou menor repúdio estatal não sejam uniformes.

A razão é simples: a corrupção corrói o ambiente democrático, contribuindo para a eternização de grupos políticos no poder, onera em demasia os cofres públicos, desestimula o surgimento de novos protagonistas no mercado e destrói empresas corretas e, com elas, os empregos gerados.

A intolerância da sociedade a comportamentos eticamente reprováveis pode ultrapassar as barreiras da Administração Pública, reconhecendo-se como corruptos atos a envolver apenas particulares. Afinal, também são nocivas ações omissivas ou comissivas de empregados de empresas privadas que dilaceram o patrimônio da entidade, prejudicam terceiros inocentes e criam restrições de mercado, ainda que por via oblíqua. Soa lógico condenar não apenas atos que envolvam a esfera estatal, mas prevenir e reprimir condutas que maculem o elemento ético, independentemente do local em que isso se revele, razão pela qual entendemos que o Brasil um dia haverá de se voltar para o exame e eventual tratamento legislativo do que se pode denominar de corrupção privada.

O U.K Bribery Act, por exemplo, reflete esse posicionamento, condenando a corrupção que pode florescer em ambientes cuja presença privada se faça exclusiva.

A governança privada e pública tangencia o cenário da corrupção, quer se empreste a este último vocábulo maior ou menor abrangência. Pensar em mecanismos de contenção do poder, de delimitação de atuação e de garantia dos interesses institucionais é também pensar em inibir a corrupção.

## 2. GOVERNANÇA NO SETOR PRIVADO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

O conceito de governança corporativa foi inicialmente discutido nos Estados Unidos da América, a partir da constatação de que os gestores de recursos, patrimônio e interesses de terceiros devem ser monitorados, a fim de evitar a concentração suprema de poderes internos e afastar comportamentos danosos aos acionistas, a terceiros e à própria sobrevivência da empresa. Posteriormente, a Europa começou a discuti-lo, tendo instituído, desde 1995, o *European Corporate Governance Network*, a envolver estudiosos e profissionais com vistas ao aprimoramento da governança corporativa.

Hoje, uma série de países dedicam-se ao tema, nem sempre o transportando para textos legais.

As diversidades culturais e econômicas e as distintas estruturas jurídicas, entretanto, sugerem alterações na abordagem do tema da governança corporativa.

Diferentes entidades reclamam distintas formas de governança corporativa. Assim, entidades com finalidades lucrativas perseguem propósitos estranhos aos de entidades do terceiro setor que, por sua vez, também não podem ser tratadas como seres estatais, ainda que públicos os interesses que as movem. Mesmo entre entidades que pautam seu agir perseguindo o lucro, a atuação em determinado setor impõe cuidados especiais, sobretudo considerando a repercussão que falhas internas podem provocar. Ilustra-se a afirmativa com a alusão ao sistema financeiro, cuja crise aciona reações que ultrapassam a esfera das companhias atuantes naquele segmento.

A multiplicidade de tratamentos e de alvos basta para que se possa afirmar a inexistência de um modelo unitário aplicável a todas as situações.

A análise que cada país promove sobre os efeitos de desacertos internos também justifica a maior ou menor regulamentação legal e a maior ou menor atuação do Poder Judiciário. Assim, a força exógena da Lei não é uniforme, como não é idêntico o papel reservado ao Poder Judiciário, embora se perceba como importante ponto de convergência a preocupação com direitos de acionistas, a existência de auditorias e o controle da alta direção.

Problemas vivenciados costumam conduzir a mudanças legislativas. Diante de falhas detectadas, estratégias legais são idealizadas e implementadas. Nos Estados Unidos, por exemplo, na esteira da aplicação do *Foreign Corrupt Practices Act*, Lei de 1977, destinada a coibir e sancionar práticas de corrupção no ambiente corporativo em nível internacional, editou-se o cha-

mado *Sarbanes-Oxley Act*, em 2002, que incrementou os controles sobre as companhias, visou reforçar seus mecanismos de *compliance* e determinou uma abordagem mais efetiva e célere de potenciais riscos à probidade.

Em que pesem as diferentes abordagens e realidades, reconhece-se a existência de dois principais sistemas de governança privada: o anglo-saxão e o nipo-germânico, que se diferenciam, entre outras razões, pela intensidade da separação entre gestão e propriedade e pela maior ou menor pulverização desta última nas mãos de acionistas, além de haver distinções no relacionamento com os terceiros interessados (*stakeholders*).

Nesse contexto, a discussão sobre o sistema mais adequado é historicamente rica.

Segundo Klaus, uma perspectiva mais econômica prestigia a abordagem em que se destacam os interesses dos acionistas, enquanto uma visão conduzida pela ciência política e pela sociologia favorece maior preocupação com os *stakeholders*.

No Brasil, embora o termo “governança corporativa” tenha sido incorporado apenas em um passado relativamente recente, estudiosos veem a adoção de seus princípios e a delimitação de seu conteúdo já na Lei nº 6.404/1976, conhecida como Lei das Sociedades Anônimas.

O parágrafo único do art. 116 da citada Lei preconiza que:

O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Embora não seja objetivo deste artigo examinar os pormenores da norma legal, verifica-se que dela sobressaem aspectos importantes do que se concebe como governança, como a necessidade de atender aos interesses não só da empresa (termo aqui utilizado em sentido amplo), como também dos múltiplos *stakeholders* que com ela travam relação.

Essa a razão pela qual Milton Nassau Ribeiro entende que:

É essencial [...] compreender que, em face de tudo o que foi exposto, o art. 116, parágrafo único, da lei das sociedades anônimas é o fundamento legal da governança corporativa não somente por demonstrar em seu conteúdo os interesses a ser compatibilizados no exercício do poder de controle na companhia, mas também porque determina que essa compatibilização de interesses é um limite a ser obedecido por esse sistema de gestão. É, por isso, seu marco interpretativo.



Uma das facetas mais importantes da governança é sua ênfase na prevenção e não na repressão de condutas desviantes.

Isso porque a sobrevivência de uma empresa e, logo, dos empregos a ela vinculados, e de outras entidades privadas dela dependentes está atrelada à vitalidade da instituição, à preservação de seus interesses.

Logo, ainda que, em uma visão mais imediata, a corrupção praticada por empregado ou dirigente da empresa, sem prejuízo de outros que em seu nome possam agir, possa ser capaz de garantir vantagem financeira direta ou indireta, ela pode-se revelar prejudicial.

A esta conclusão se chega a partir da análise da legislação brasileira, em especial da responsabilização objetiva civil e administrativa estabelecida pela Lei anticorrupção, Lei 12.846/2013, diante da prática de atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, catalogados no seu art. 5º.

Daí o destaque dado a procedimentos e mecanismos de integridade como gestão de riscos, *accountability*, transparência, instâncias de auditoria, entre outros.

Todos esses mecanismos e procedimentos perfazem papel instrumental na gestão; não são fins em si mesmos, nem podem ser implementados de forma isolada, sob o risco de pouca ou nenhuma efetividade. São essas algumas das diretrizes do *Código Brasileiro de Governança Corporativa da Bovespa*, voltado às companhias abertas.

No citado código fica clara a importância dos processos e das estruturas destinadas ao acompanhamento da integridade/conformidade nas companhias, o que demonstra que governança não se revela em medidas episódicas ou desconexas, mas sim em comprometimento contínuo da gestão com o desígnio de aprimoramento e mitigação ou supressão de arestas.

### 3. GOVERNANÇA NO SETOR PÚBLICO

No cenário internacional, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE, entre outros organismos de natureza semelhante, divulga princípios e diretrizes atinentes à governança corporativa, dedicando-se, também, à governança no setor público. É do tema da governança que cuidam o *OECD Principles on Corporate Governance*, voltado à iniciativa privada, publicado pela primeira vez em 1999 e atualizado, mais recentemente, em 2015, e o *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, publicado inicialmente em 2005 e atualizado em 2015.

O *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises* inspirou as normas sobre governança presentes na Lei nº 13.303/2016, conhecida como Lei das Estatais brasileiras, em especial no que tange à promoção da integridade. O Brasil, embora não seja membro da OCDE, participou das discussões sobre a revisão do citado documento, que se estrutura em sete pontos principais: i) justificativas para a propriedade estatal; ii) o papel do Estado enquanto proprietário; iii) empresas estatais no mercado; iv) tratamento equitativo de acionistas e outros investidores; v) relação com *stakeholders* e responsabilidade social; vi) divulgação e transparência; vii) responsabilidade dos conselhos das empresas estatais.

A edição das diretrizes sobre governança pública e privada pela OCDE está inserida em um contexto mais amplo, que tomou fôlego principalmente a partir da década de 90 do século passado, quando uma conjugação de fatores permitiu a organização de esforços e a adoção de diversas iniciativas nos âmbitos regional e mundial, destinadas a mitigar a corrupção e a combatê-la, especialmente no âmbito criminal.

Lucas Rocha Furtado, autor que se debruça sobre o tema, relaciona a profícua atuação da comunidade internacional no campo do combate à corrupção a partir do início da década de 90 ao recrudescimento do fenômeno da globalização, que propiciou a livre circulação de capitais e a redução das barreiras impostas à circulação de bens e pessoas ao mesmo tempo em que abriu flancos para que grupos criminosos se aproveitassem da diversidade dos sistemas jurídicos dos diversos países e da falta de cooperação internacional para maximizar seus lucros.

Nesse cenário, a própria OCDE, antes de publicar os documentos sobre governança, já havia editado a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 1997, a qual foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 3.678/2000. O país, na implementação dos dispositivos da Convenção, incorporou ao Código Penal tipos penais relativos à corrupção internacional e definiu o que é funcionário público estrangeiro para fins de aplicação da legislação penal, nos termos da Lei nº 10.467/2002.

O escopo da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, tido como o primeiro acordo multilateral relacionado ao combate do suborno de agentes públicos estrangeiros, é amplo, já que visa responsabilizar os corruptores e também estabelece mecanismos de verificação do efetivo cumprimento das medidas que prevê.

Por essas e outras razões, a citada Convenção da OCDE apresentaria “vantagens práticas” em relação à Convenção das Nações Unidas sobre a Corrupção, primeira Convenção de abrangência mundial sobre a corrupção, considerada o mais importante marco internacional no controle do fenômeno, nos seguintes termos:

Em primeiro lugar, as regras previstas na Convenção são de adoção obrigatória pelos países signatários, diferentemente da Convenção da ONU, em que importantes questões são de adoção facultativa pelos Estados-Membros. Ademais, o processo de monitoramento da implementação das medidas previstas no texto da Convenção pelos signatários confere efetividade inequívoca à Convenção da OCDE, sistemática esta que não está prevista no âmbito da Convenção das Nações Unidas.

Outros organismos supranacionais têm se ocupado de editar medidas e expedir diretrizes destinadas ao combate da corrupção, cabendo citar, entre outros, a Organização dos Estados Americanos (OEA), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), esses em nível regional, e o Banco Mundial, o que revela a existência de uma agenda mundial de controle da corrupção propiciada pela globalização.

O Banco Mundial, por exemplo, assim como a OCDE, possui recomendações sobre governança no setor público, abrangendo dimensões como controle, estruturas organizacionais, processos e *accountability*. Partindo da premissa de que a implementação da governança no setor público apresenta complexidades que não estão presentes no setor privado (ex.: a natureza e o tipo de relação estabelecida com os *stakeholders* ou interessados), as recomendações do Banco Mundial buscam assegurar o equilíbrio entre a liberdade de gestão, a *accountability* e os múltiplos e legítimos interesses dos *stakeholders*.

Diante de tais informações e, sabendo-se que a preocupação com a governança não se cinge ao setor privado, qual a abordagem do poder público brasileiro sobre o assunto? E de que modo ela se relaciona à agenda de combate à corrupção?

#### 4. GOVERNANÇA PÚBLICA NO BRASIL

No Brasil, o termo governança corporativa desfruta da intimidade dos profissionais que militam na seara empresarial.

Para os que se dedicam ao estudo do direito público ou que atuam

profissionalmente na área, a preocupação com mecanismos de controle, com a atuação racional e justificada, com a obrigatoriedade da prestação de contas e a prevenção de conflito de interesses é associada aos princípios da indisponibilidade do interesse público, moralidade, eficiência, impessoalidade, entre outros que balizam o agir estatal.

Um dos trabalhos mais relevantes sobre o estado da governança pública no Brasil é o *Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública*, publicação do Tribunal de Contas da União (TCU).

De acordo com esse órgão, “Governança [...] relaciona-se com processos de comunicação; de análise e avaliação; de liderança, tomada de decisão e direção; de controle, monitoramento e prestação de contas”. Tem como suas finalidades, entre outras: gerenciar riscos estratégicos, gerenciar conflitos internos, auditar e avaliar o sistema de gestão e controle, promover a *accountability* e a transparência.

As observações empíricas, bem como os estudos diagnósticos, demonstram que é premente a efetiva adoção de mecanismos e procedimentos de governança pela Administração Pública brasileira, de modo a conter em seu nascedouro ou mitigar a ocorrência de condutas corruptas.

Não se pode esquecer que governança pública passa necessariamente pela existência e efetividade de controle interno. A Constituição o prevê no art. 70, e o retoma no art. 74, fixando o dever de os entes federados, em cada esfera de Poder, criarem estrutura integrada de controle interno.

A realidade brasileira não é essa.

Para além de diversos entes em que o controle interno simplesmente não existe, sua posição na estrutura organizacional, por vezes, revela a pouca importância que lhe dispensa.

Na governança privada, assim como na governança pública, o destaque que se atribui aos órgãos imbuídos de realizar controle e de zelar pela integridade diz muito sobre o efetivo comprometimento da pessoa jurídica. Controladorias que são meras fatias de outras Secretarias, alocando-se o Controlador Geral em posição inferior ao do Secretário e, assim, subtraindo-lhe a hierarquia, não apenas jurídica, mas política, não merece ostentar tal denominação. Controladorias para as quais não se dispensam verbas, que estão desguarnecidas de equipe técnica e/ou comandadas por pessoas que nenhuma qualificação possuem são fadadas ao insucesso.

Na mesma toada, relatório do próprio TCU, feito em 2014, demonstra como a Administração Pública pátria, abarcando órgãos e en-

tidades de todas as esferas federativas, ainda caminha a passos lentos na implementação de preceitos básicos da governança concernentes ao controle (gestão de riscos, controle interno, auditoria interna, accountability e transparência), o que explica em muito a corrupção sistêmica que a assola, conforme percepção geral.

Se a Administração não se auto avalia, não gere riscos internos e externos, não é transparente, enfim, se não mitiga pontos frágeis e promove aspectos positivos, certamente grassarão em seu âmbito múltiplos desvios e a integridade fenecerá.

O papel da governança, nesse contexto, é justamente o de disseminar *uma cultura de planejamento e probidade*, para que não se repita o cenário narrado por Ricardo Breier, ao tratar do incentivo dado pelo Estado brasileiro à implementação de programas de integridade na iniciativa privada:

[...] em postura absolutamente contraditória, o mesmo Estado brasileiro que exige legalmente das empresas que pretendam com ele contratar deterem rígidos programas internos de controle e integridade, não investe em programas de gestão preventiva da corrupção. Pois a realidade é posta: o que existe são leis que visam represar a corrupção e órgãos fiscalizatórios de natureza eminentemente represiva. No Brasil, infelizmente, há a cultura de “se chorar o leite derramado” [...]

Com razão o autor. Na toada do “faça o que eu digo e não o que eu faço”, o Estado brasileiro descumpra o dever constitucional de implementar sistema de controle interno cujas atribuições mesclam-se à ideia de governança pública.

Há, todavia, registros importantes.

A Lei nº 13.303/2016, Lei das Estatais, incorpora normas originalmente gestadas pela iniciativa privada concernentes à governança, especialmente na faceta de promoção da integridade.

Essa tônica é observada, por exemplo, no art. 8º da Lei, que enfatiza os deveres de transparência a serem cumpridos pelas estatais e destaca a inafastável vinculação dessas entidades ao interesse público que lhes dá sustentação.

Por sua vez, o art. 9º da Lei impõe a adoção de “regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno”, visando ao *compliance* e ao controle interno efetivo, inclusive no que diz respeito às condutas de administradores e empregados.

Entre outras regras da Lei nº 13.303/2016, vale mencionar, ainda, o art. 17, que nos incisos de seu §2º enumera as pessoas impedidas de assumir a função de gestoras das empresas estatais – incluindo os ocupantes de deter-

minados cargos políticos e seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau (art. 17, §3º) -, visando coibir, no nascedouro, potenciais conflitos de interesses geradores de corrupção.

Além disso, o Poder Executivo Federal, por meio da Instrução Normativa Conjunta CGU/MP nº 001, de 10 de maio de 2016, dispôs sobre controles internos, gestão de riscos e governança.

Na Instrução, determina-se que:

Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal deverão implementar, manter, monitorar e revisar os controles internos da gestão, tendo por base a identificação, a avaliação e o gerenciamento de riscos que possam impactar a consecução dos objetivos estabelecidos pelo Poder Público. Os controles internos da gestão se constituem na primeira linha (ou camada) de defesa das organizações públicas para propiciar o alcance de seus objetivos.

A natureza instrumental do controle e da gestão de riscos destinada a promover a integridade se destaca, bem como a orientação, também contida no referido ato normativo, de adaptação das práticas e mecanismos de governança ao porte e complexidade do órgão ou ente que a efetiva, levando-se em conta ainda as atividades que desenvolvem.

Essa diretriz se aproxima do que dispõe o Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta na esfera federal a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). O Decreto, ao prever os parâmetros para avaliação do programa de integridade, determina tratamento favorecido para microempresas e empresas de pequeno porte, flexibilizando os parâmetros previstos no *caput* do art. 42, não se exigindo, especificamente, o atendimento de seus incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV.

Vale lembrar que a premência da governança, na faceta da promoção da integridade, não se inicia no Brasil com a edição da Lei nº 12.846/2013, ou mais recentemente, com a Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais).

Ambos os diplomas legais contêm normas específicas sobre a promoção da integridade, seja no âmbito das pessoas que se relacionam com a Administração (Lei Anticorrupção), seja na própria Administração Pública (no caso, Administração com personalidade jurídica de direito privado, conforme a Lei das Estatais).

Porém, antes desses diplomas, a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) e a Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.813/2013) já se ocupavam de aspectos específicos da governança, nomeadamente, *accountability*, transparência e normas de condutas incidentes sobre agentes públicos.

Ambas as Leis, antes mesmo da edição de um diploma específico anticorrupção, já visavam implementar na Administração as melhores práticas atinentes à transparência pública, com ênfase na transparência ativa e na limitação do sigilo, e à responsabilização de agentes públicos que ocupam posições sensíveis na Administração ou que tenham, em razão de seu cargo ou emprego, acesso à informações privilegiadas, pelo descumprimento de seus deveres legais e éticos.

Ou seja, embora a Lei Anticorrupção e a Lei das Estatais tenham expressamente abordado a integridade, normas precedentes já cuidavam do tema. A história brasileira, corroborada pelos acontecimentos mais recentes que envolvem desvios públicos, demonstra que a inflação legislativa não induz efetividade.

Em síntese: não há modelo de governança que se aplique indistintamente a toda e qualquer pessoa. O sucesso de iniciativas nesse sentido depende, antes de tudo, de auto avaliação e comprometimento sincero das instâncias decisórias com o aprimoramento desses mecanismos.

Respondendo às perguntas formuladas no tópico anterior: o Poder Público brasileiro identificou a governança como caminho possível de enfrentamento à corrupção. Necessário, ainda, que a Administração abandone a postura predominantemente reativa, caracterizada pelo agir após a ocorrência do dano, e de fato implemente as vias preventivas de combate às condutas corruptas.

## **5. GOVERNANÇA: COMBATE À CORRUPÇÃO E O PROJETO DE NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS**

Organismos internacionais, como a Transparência Internacional, apontam as licitações e contratações públicas como setores de atuação estatal especialmente vulneráveis à corrupção.

A informação é alarmante quando se considera a relevância da atuação privada em setores socialmente importantes. A expressão *government by contracts* utilizada por pesquisadores norte-americanos fornece a exata dimensão da posição central atual dos contratos.

Jody Freeman e Martha Minow apresentam importante reflexão sobre o avanço da atuação privada no cenário norte-americano. Após recordarem que a Grande Depressão despertou a desilusão com o setor privado e acar-

retou o crescimento da presença governamental, observam que novo pênulo caracteriza a década de 1970, com a redescoberta de atores privados, nos quais se reconhece maior capacidade para promover inovações tecnológicas e a quem se atribui atuação mais eficiente.

Os autores acrescentam que o século XXI tem revelado uma contínua aproximação entre o governo e as empresas privadas, as quais passam a assumir tarefas sensíveis, tradicionalmente consideradas estatais, destacando o suporte militar levado a efeito diante da presença norte-americana no Afeganistão e Iraque.

No Brasil, a situação não é diferente.

Dentro de um retrospecto que alcança, pelo menos, desde a década de 1950, com a intensa industrialização do país, foram muitas as políticas que buscaram aproximar o Poder Público da iniciativa privada, de modo que esta assumisse incumbências de interesse público visando ao desenvolvimento econômico.

A partir dos anos 1990, com a edição do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado pelo Governo Federal, assumiu-se com ênfase uma postura de maior permeabilidade e incentivo à participação privada na execução de tarefas públicas. Nessa esteira é que, menos de uma década depois da edição do citado Plano, foi editada a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004), que trouxe nova modelagem para a relação contratual entre Estado e parceiros privados, de modo a atrair estes últimos para projetos de interesse público milionários.

Mais recentemente, com a criação do Programa de Parcerias de Investimentos (Lei nº 13.334/2016), em meio a uma grave crise política e à recessão econômica, o Estado brasileiro busca novamente fomentar o investimento privado em projetos públicos de infraestrutura, por meio da celebração de contratos, e a promover, nos termos da Lei, outras medidas de desestatização.

A maior participação privada realça a questão da governança corporativa e sugere um olhar atento ao comportamento dos atores privados e das entidades estatais contratantes.

Ao ente estatal contratante interessa a sobrevida da empresa contratada, dado que, ainda sob o prisma meramente comercial, o fracasso empresarial perturba o cumprimento das obrigações contratuais. Indiferente também não pode ser à entidade contratante a atuação falha, negligente ou o descontrole interno da instituição privada.

A governança corporativa, visando proteger os interesses dos acionistas e/ou o próprio empreendimento favorece o interesse público de



maneira oblíqua, com a preservação de empregos e a movimentação econômica, bem como protege os interesses públicos envolvidos naquela relação contratual.

Os esforços internos de cada empresa em disciplinar os comportamentos, inclusive da alta administração, evitando práticas intoleráveis do ponto de vista ético e legal, selecionando e treinando adequadamente seus colaboradores e adotando padrões objetivos e cuidadosos, na contratação de outras empresas, há de resultar de deliberações internas e de fatores exógenos que assim a impulsionam, como o incentivo à instituição de programa de integridade pela Lei anticorrupção.

Mas, a preocupação com a ética deve ocupar a agenda pública também. Condenar entidades privadas, como prevê a Lei Anticorrupção, é um passo em longo caminho a percorrer. O destino final se alcança com a convergência de trajetórias, por meio de compartilhado compromisso do setor público e das empresas privadas em evitar atitudes eticamente questionáveis.

A governança pública é ainda mais fundamental, seja para o incremento da eficiência, ainda que no papel de fiscal e regulador da ação privada, seja para que se coíbam comportamentos públicos em tudo dissonantes da boa prática administrativa.

No Brasil, a Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos, atualmente em vigor, Lei nº 8.666/1993, não obstante o detalhamento de procedimentos e a rígida disciplina da atuação do gestor público que a particulariza, não foi capaz de coibir desvios.

O projeto de nova lei geral de licitações e contratos públicos (PLS 559/2013) demonstra preocupação com alguns aspectos da governança, na faceta da integridade.

O projeto de lei (PLS 559/2013, numerado na Câmara como PL 6814/2017) consolida uma série de regras hoje dispersas por vários diplomas legais, atribuindo-lhe a estatura de comando geral no cenário das licitações e contratações públicas.

A fase interna é especialmente sensível. São reais os riscos de que a contratação pública nasça contaminada por escolhas feitas na preparação. A depender das condições do ato convocatório, sabe-se de antemão quem poderá participar da futura licitação e quem já estará afastado. Nos mercados em que é restrito o número de atores, poucas definições bastam para reduzir ainda mais a competição e dirigir o contrato antes mesmo de se conhecerem as propostas.

Nesse contexto, o projeto propõe a adoção de minutas padronizadas de

edital e contrato, utilizando-se cláusulas uniformes, quando o objeto permitir, o que contribuirá para inibir a construção de editais com intuito de favorecer determinado particular. Também é de se aplaudir a ideia de se alargar o uso do pregão, permitindo-o inclusive para obras comuns, modalidade que, comparadas às demais, simboliza importante avanço em termos de ampliação da competitividade e redução de custos. Louvável, ainda, a pretensão de se criar uma central de compras, realidade já presente em alguns entes e que, igualmente, favorece a economia de escala.

O PLS 559/2013 cogita ainda alterações nas regras sobre formação do custo. Em verdade, a Lei nº 8.666/93 hoje não disciplina os mecanismos a serem seguidos para se estimar o custo da contratação. Desnecessário dizer que essa ausência possibilita distorções também provocadas pela corrupção.

Coube, observados seus limites, à Instrução Normativa 5, de 27 de junho de 2014, editada pela Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, suprir o vazio, consolidando os julgados do Tribunal de Contas da União, pavimentando o caminho a ser percorrido pelos agentes públicos a ela submetidos.

Todavia, o tratamento proposto pelo PLS 559/2013 está longe de satisfatório.

Prever, por exemplo, que o montante estimado da contratação poderá ser calculado com base nos valores de mercado, nos valores pagos pela Administração Pública em contratos similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica, é insuficiente. Como se chega à conclusão sobre os valores de mercado? Quais contratos podem ser utilizados como parâmetro? Quais cuidados adotar quando da solicitação de orçamentos? Essas perguntas exigem mais detalhes.

Ao contrário de algumas apostas, não se impôs às empresas interessadas em participar de certames a demonstração da existência e efetividade de programas internos de integridade. Sequer se estabeleceu a possibilidade de tratamento favorecido em licitações que envolvam técnica. O fomento à existência de programas efetivos de compliance há de se fazer não apenas no seio da Lei 12.846/2013, com a promessa de menor reprimenda para os atos de corrupção, mas deve constar da Lei de licitações, como condição de habilitação ou ao menos atribuindo-se alguma dose de vantagem para as empresas eticamente comprometidas.

O PLS 559/2013 também oferece nova proposta para as sanções ad-

ministrativas. Claramente preocupado com a discricionariedade administrativa, que hoje se percebe na Lei 8.666/1993, o projeto estabelece a correlação entre comportamentos e reprimendas.

A redução da discricionariedade no sensível momento da punição deve ser aplaudida, mas é importante investigar com mais vagar se o suposto avanço não é esmaecido por construções imperfeitas. Uma leitura inicial indica desleixo com a redação, o que pode conduzir a discussões quando da efetiva aplicação das sanções.

Chama atenção o descuido com a gestão e fiscalização dos contratos. A alegria de identificar a menção à gestão contratual, uma vez que a atual lei sobre isso se cala, esvai-se diante da confusão da proposta e porque não se conferiu a importância devida aos aspectos relativos à escolha do fiscal, ao momento para sua designação, por exemplo.

Por fim, a proposta de limitar a atuação dos Tribunais de Contas, permitindo-lhe suspender cautelarmente, uma única vez, o processo licitatório, também deve ser examinada. É fato que os Tribunais de Contas frequentemente suspendem de forma cautelar as licitações, sem a necessária rapidez para julgar o mérito, provocando problemas de ordem administrativa. Mas se o objetivo é evitar paralisações decorrentes das ordens dos TCs, há de se esclarecer que o prazo de 30 (trinta) dias de suspensão, mencionado na norma proposta, é o tempo para a apreciação pelos órgãos de controle. Resta combinar com os russos.

Enfim, há avanços, mas ainda não suficientes.

## 6. CONCLUSÕES

O Brasil entrou definitivamente no movimento mundial de combate à corrupção. Contudo, ainda que a preocupação com o controle da corrupção pública no país não seja algo recente, os desafios impostos reclamam a avaliação e implementação de novas medidas de eficácia reconhecida.

É nesse cenário que se situa o crescente incentivo à governança pública, ao lado do estímulo à governança privada. Leis recentemente editadas, como a Lei Anticorrupção e a Lei das Estatais buscam incorporar, respeitados os diferentes vieses (uma se volta à iniciativa privada, a outra, mais especificamente, às pessoas de direito privado da Administração que exercem atividade empresarial) parâmetros, diretrizes e balizas de governança,

com enfoque nos mecanismos e procedimentos de promoção da integridade. Confere-se, nesse sentido, um destaque às medidas de controle interno, à gestão de riscos, à auditoria, à *accountability* e à transparência.

Reconhecendo-se o campo das licitações e contratos públicos como especialmente vulnerável aos desvios de conduta, que minam a confiança e drenam o erário público, buscou-se analisar se o atual projeto de nova lei geral de licitações e contratos contribui para o avanço do combate à corrupção, em uma perspectiva de valorização do planejamento e da gestão proba, ou seja, da governança, na faceta de promoção da integridade.

Se por um lado se reconhecem avanços no projeto, que, em muitos aspectos, se contrapõe à excessiva rigidez – e, também, à paradoxal falta de precisão – da Lei nº 8.666/93, por outro visualiza-se, por exemplo, o insuficiente tratamento da gestão e da fiscalização dos contratos, que continua a ser um veio aberto no que tange ao controle interno.

Como já dito, a proposta contém avanços, porém eles parecem insuficientes diante da dimensão dos desafios. A governança certamente não é panaceia, vez que se trata de mais um instrumento de aprimoramento da gestão, porém legisladores e gestores públicos não devem ignorar seu potencial para aperfeiçoar a gestão pública.

## REFERÊNCIAS

BREIER, Ricardo. Implementação de Programas de Compliance na Administração Pública é um desafio. *Conjur*, 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 10 de Fevereiro de 2016.

FREEMAN, Jody; MINON, Martha. *Government by contracts: outsourcing and american democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança corporativa e medidas preventivas contra a corrupção na Administração Pública: um enfoque à luz da Lei nº 13.303/2016. *REDAP*, 2016. p. 9.

FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro*. 1ª ed. 1ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GILSON, Ronald J. Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form or Function. *Columbia Law School*, The Center for Law and Economic Studies, May, 2000.

GRUPO DE TRABALHO INTERAGENTES; COORDENAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código Brasileiro de Governança Corporativa: Companhias Abertas*. IBGC. São Paulo. 2016.

HOPT, Klaus J. Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation. *ECGI Working Paper Series in Law*, January, 2011.

MILTON NASSAU RIBEIRO. *Aspectos Jurídicos da Governança Corporativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. *Convenção da OCDE Contra o Suborno Transnacional*. Brasília, 2016.

TILLIPMAN, Jessica. Foreign Corrupt Practices Act Fundamentals. *The George Washington University Law School*, Washington DC, 2008.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2016*. Berlin, 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública*. Tribunal de Contas da União, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão. Brasília. 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Relatório de Levantamento TC 020.830/2014-9*. Tribunal de Contas da União. Brasília. 2015.

WORLD BANK. *Governance in the Public Sector: A Governing Body Perspective International*. International Federation of Accountants, 2001. Disponível em: < [http://www1.worldbank.org/publicsector/pe/April2003Seminar/Course%20Readings/08.%20Internal%20Control%20and%20Audit/Study\\_13\\_Governance.pdf](http://www1.worldbank.org/publicsector/pe/April2003Seminar/Course%20Readings/08.%20Internal%20Control%20and%20Audit/Study_13_Governance.pdf)>. Acesso em: 17 de março de 2017.



# A desconsideração da personalidade jurídica na nova Lei das Estatais

**FELIPE BOSELLI<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup>Advogado, Presidente da Comissão de Licitações e Contratos Administrativos da OAB/SC. Graduado, Mestre e Doutorando em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Autor do livro "A inadimplência no pagamento dos contratos administrativos" e coautor do livro "Licitações, contratos e convênios administrativos". Vice-Presidente do Observatório Social de Florianópolis e dos Cursos de Pós-Graduação da UNISUL, da Fundação ENA-Brasil, da Escola de Gestão Pública Municipal - EGEM, do Instituto de Consultoria Educacional e Pós-Graduação - ICEP e da Estácio de Sá. E-mail: felipeboselli@gmail.com.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca discutir a positivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das sanções aplicadas a empresas em contratos administrativos.

Com a desconsideração, é possível coibir que uma empresa, impedida de licitar, fraude a sanção aplicada e crie outra pessoa jurídica para, com esse CNPJ distinto, continuar participando de processos licitatórios e firmando contratos com a Administração Pública, retirando a eficácia da punição.

O objetivo do artigo é debater a forma como foi incorporada a teoria na nova legislação, discutindo seus atributos e suas possíveis consequências.

Para isso, o tema foi dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo busca explicar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, com um breve histórico de sua criação, além de suas características essenciais, permitindo criar o substrato teórico necessário, para que se possa travar a discussão em tela.

No segundo capítulo, apresenta-se a transposição do dispositivo civil para o âmbito dos contratos administrativos, trazendo as percepções doutrinárias e jurisprudenciais, além dos primeiros balões de ensaios legislativos sobre o tema na área administrativa.

O terceiro capítulo desenvolve a parte processual do instituto, discutindo a necessidade de formalização de um processo administrativo, com a possibilidade de contraditório e ampla defesa.

Finalmente, no último capítulo deste artigo, são debatidas as características pontuais do artigo 38 da Lei nº 13.303/16, a nova Lei das Estatais, questionando a formatação técnico-legislativa do instituto e lançando mão de problemas pontuais que poderão ocorrer com a utilização do diploma legal no cotidiano das estatais brasileiras.

## 2. O CONCEITO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica surgiu na Inglaterra, em 1897, sob o nome de *disregard of the legal entity* ou *disregard doctrine*,



em razão do caso SALOMON x SALOMON COMPANY<sup>2</sup>.

A ideia fundamental da teoria parte de uma simples premissa: a distinção entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas, que compõem essa determinada empresa, não pode servir de instrumento para acobertar a prática de atos ilícitos.

São infinitas as possibilidades de fraude que um sócio, mal-intencionado, pode gerar com a proteção de seu patrimônio através da blindagem de uma pessoa jurídica.

Logo, seria facultado ao agente fraudador a constituição de uma pessoa jurídica que simularia negócios e, quando da responsabilização, o patrimônio da pessoa física que constituiu aquela determinada pessoa jurídica permaneceria intacto, deixando aqueles que foram fraudados sem a devida recompensação pelos danos sofridos.

A desconsideração da personalidade jurídica no Brasil ingressou de forma doutrinária e jurisprudencial até a sua recepção no ordenamento jurídico, dentro do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, que assim dispõe em seu artigo 28:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

A matéria também foi recepcionada pela Lei n° 8.884/94, que tratava das infrações à ordem econômica, hoje revogada pela Lei n° 12.529/11, que em seu artigo 34 prevê:

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

A Lei de Crimes Ambientais, Lei n° 9.605/98, em seu artigo 4º, tam-

---

<sup>2</sup>BRUSCHI, Gilberto Gomes. Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.14.

bém tratou da matéria:

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Em 2002, o Código Civil sedimentou o tema no campo material, em seu artigo 50:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Finalmente, com o recente advento do Novo Código de Processo Civil, positivou-se aquilo que já vinha sendo desenhado doutrinaria e jurisprudencialmente, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto nos artigos 133 a 137:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno. Art. 137. Acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

Dos dispositivos legais colhidos, é possível destacar duas conclusões imediatas: a) a desconconsideração da personalidade jurídica é um ato jurídico que corresponde à tomada de uma decisão; e b) a desconconsideração será deferida quando a personalidade jurídica estiver sendo utilizada para burlar, fraudar, impedir ou dificultar a responsabilização daquele que causou dano.

### 3. A DESCONSIDERAÇÃO COMO ATO DECISÓRIO

A ideia sedimentada no ordenamento jurídico pátrio hoje é, sem dúvida, a de que a desconconsideração da personalidade jurídica é uma decisão a ser tomada, quando presentes os pressupostos necessários, que serão posteriormente apresentados.

Não se trata, portanto, da simples confusão entre personalidade física e personalidade jurídica. A distinção tradicional entre os dois tipos de personalidade permanece vigente e plenamente eficaz.

O que se busca com a desconconsideração da personalidade jurídica é impedir que a distinção entre física e jurídica possibilite a prática de condutas ilícitas.

Não obstante, frise-se novamente: não foi abolida a distinção entre personalidade física e jurídica.

Vejam, neste sentido, os termos utilizados pelas normas citadas:

a) Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078/90, art. 28): “O juiz **PODERÁ desconsiderar**”;

b) Lei de Infrações à Ordem Econômica (Lei n° 12.529/11, art. 34): “A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica **PODERÁ SER DESCONSIDERADA**”;

c) Lei de Crimes Ambientais (Lei n° 9.605/98, art. 4°): “**PODERÁ ser desconsiderada**”;

d) Código Civil (Lei n° 10.406/2002, art. 50): “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, **PODE O JUIZ DECIDIR**”; e

e) Código de Processo Civil (Lei n° 13.105/2015, arts. 133 a 137): foi criado um incidente de desconsideração de personalidade, que obviamente demanda o acolhimento do pedido de desconsideração pelo magistrado.

É manifesto que todas as normas adotam a desconsideração da personalidade jurídica como uma possibilidade, uma decisão a ser tomada, da qual, evidentemente, caberia ampla defesa e contraditório, como já sedimentado pela jurisprudência e doutrina.

#### **4. A DESCONSIDERAÇÃO COMO FORMA DE COIBIR A FRAUDE**

Outra característica essencial da desconsideração da personalidade jurídica é a sua utilização como instrumento para impedir que a personalidade jurídica seja utilizada, de forma maliciosa, como mecanismo de ocultação de patrimônio ou mesmo para bloquear a devida indenização por ato ilícito.

Nota-se, novamente, que não se tem aqui a quebra da distinção entre personalidade física e jurídica, mas sim a adequação desta distinção de forma que não seja utilizada para benefícios indevidos.

Ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. A personalidade jurídica não pode servir como máscara a tutelar a prática de atos ilícitos e criminosos por seus sócios para que, após as ilicitudes, essas pessoas físicas saiam impunes e com seus patrimônios intactos.

Dentro dessa característica, a doutrina trouxe duas correntes de responsabilização: a) Teoria Maior; e b) Teoria Menor. Nosso sistema adotou como regra a Teoria Maior da desconsideração da personalidade jurídica, tendo como exemplo máximo o Código Civil. Não obstante, existem exceções que adotam a Teoria Menor, como é o caso da definição utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor.

A Teoria Maior da desconsideração demanda a comprovação de fraude ou abuso de direito, sendo regra no ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, a Teoria Menor não tem os mesmos requisitos, parte do simples conceito de inadimplência da pessoa jurídica, evitando que a parte hipossuficiente seja prejudicada em razão do não cumprimento das obrigações pela empresa. Este modelo excepcional foi albergado no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, já citado, que, mesmo reconhecendo a necessidade de abuso de direito, em sua parte final determina que: *“A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência,*

*encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.*

Note-se que o estado de insolvência também pode gerar a desconsideração da personalidade jurídica.

Não obstante, há que se ressaltar que a aplicabilidade da Teoria Menor no âmbito do direito consumerista possui claro viés de tutela à parte hipossuficiente da relação, que é o consumidor.

## **5. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Nas licitações e contratos administrativos, as normas reguladoras preveem a possibilidade de sanções que implicam na proibição de que a empresa inadimplente seja contratada pela Administração Pública por um determinado período. São exemplos os incisos III e IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/93:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Ou o artigo 7º da Lei nº 10.520/02, que regulamenta a modalidade Pregão:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Ocorre que, não obstante a previsão legal para a aplicação de penalidade, impedindo aquela que foi apenada de contratar e, conseqüentemente, de gerar danos ao erário, o empresário sancionado conseguiria burlar a sanção constituindo outra pessoa jurídica, que não estaria apenada e, portanto, o sujeito seguiria livre para firmar contratos administrativos.

Essa situação já foi motivo de largo debate na doutrina e na jurisprudência, o que acabou consolidando a importação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica do direito civil para o direito administrativo em matéria contratual-sancionatória.

Assim, o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica representaria a possibilidade de impedir a fraude à punição e evitar que o empresário, que tenha sido sancionado em uma pessoa jurídica, constitua outra para realizar os mesmos atos.

A desconconsideração busca, claramente, atingir as hipóteses de fraudes. Os casos em que a pessoa jurídica é sancionada e, após a sanção, o sócio da empresa punida cria outra pessoa jurídica, com CNPJ distinto, mas cujo objetivo social é o mesmo daquela primeira. Muitas vezes o quadro societário é idêntico, o endereço é o mesmo e por vezes até a razão social é extremamente similar à primeira empresa.

Trata-se de evidente fraude à sanção. O empresário busca esconder-se por detrás da máscara da personalidade jurídica. É importante lembrar que pessoa jurídica é um ente abstrato. Empresas não cometem fraudes, pessoas sim.

Nestes casos, a aplicabilidade da desconconsideração mostra-se perfeitamente cabível e consistente. São hipóteses nas quais se está diante de evidente abuso da personalidade jurídica, o que viabiliza a aplicação do artigo 50 do Código Civil.

Em julgado paradigmático, o Superior Tribunal de Justiça<sup>3</sup>, já fixou a possibilidade de desconconsideração da personalidade jurídica em matéria contratual sancionatória:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS. - A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com

<sup>3</sup>STJ. RMS nº 15.166/BA - 2002/0094265-7. Relator: Min. Castro Meira. Julg. 07/08/2003.

os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída. - A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconSIDERAR a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. - Recurso a que se nega provimento.

O mesmo posicionamento é alicerçado também pelo Tribunal de Contas da União, assim resumido no enunciado<sup>4</sup>:

O abuso da personalidade jurídica evidenciado a partir de fatos como (i) a completa identidade dos sócios-proprietários de empresa sucedida e sucessora, (ii) a atuação no mesmo ramo de atividades e (iii) a transferência integral do acervo técnico e humano de empresa sucedida para a sucessora permitem a desconSIDERAR da personalidade jurídica desta última para estender a ela os efeitos da declaração de inidoneidade aplicada à primeira, já que evidenciado o propósito de dar continuidade às atividades da empresa inidônea, sob nova denominação.

Ou ainda, em caso similar<sup>5</sup>:

A Administração Pública pode, respeitado o contraditório e a ampla defesa, desconSIDERAR a personalidade jurídica de sociedades empresariais alteradas ou constituídas com abuso de forma e fraude à lei, para a elas estender, em vista de suas peculiares relações com empresa suspensa de licitar e contratar com a Administração, os efeitos dessa sanção.

Sobre o tema, merece destaque a Lei Estadual da Bahia nº 9.433/05, que positivou este tema em seu texto. De forma vanguardista, a legislação baiana, desde 2005, prevê a hipótese de desconSIDERAR da personalidade jurídica. É o teor do seu artigo 200:

Art. 200 - Fica impedida de participar de licitação e de contratar com a Administração Pública a pessoa jurídica constituída por membros de sociedade que, **em data anterior à sua criação**, haja sofrido penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração ou tenha sido declarada inidônea para licitar e contratar **e que tenha objeto similar ao da empresa punida**. (grifou-se)

---

<sup>4</sup>TCU. Acórdão nº 1.831/2014 – Plenário. Relator: José Múcio Monteiro. Julg. 09/07/2014.

<sup>5</sup>TCU, Acórdão nº 2.593/2013 – Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Julg. 25/09/213

Note-se que a legislação baiana prevê, de forma acertada, a nosso ver, dois requisitos essenciais para a desconsideração: a) a nova empresa deve ser criada após a punição do primeiro CNPJ; e b) a nova empresa deve ter objeto similar à primeira.

Com a definição destes dois critérios objetivos para análise da aplicabilidade do referido instituto, o artigo 200 da Lei - BA nº 9.433/05 torna mais serena a questão, permitindo mais efetividade das decisões e evitando o prolongamento de discussões judiciais que poderiam tutelar as empresas com decisões liminares que perdurariam por anos, enquanto a empresa criada de forma fraudulenta seguiria executando contratos.

Vejam a importância de evitar tais discussões. Caso uma empresa tenha sido criada com o objetivo de burlar a sanção, supondo que a primeira empresa tenha sido punida em dois anos (pena máxima do artigo 87, III, da Lei nº 8.666/1993, por exemplo), se a nova empresa obtiver decisão liminar para atuar enquanto se discute o processo (o que não é difícil quando ausentes critérios precisos para a desconsideração), poderá atuar no mercado que estaria impedida por todo o prazo da punição.

Ocorre que, como a decisão é para suspender o impedimento de licitar da segunda empresa, a sanção sofrida pela primeira continuará transcorrendo naturalmente. O resultado é muito previsível: quando do julgamento do mérito dessa liminar que suspendeu a sanção da segunda, a primeira já não estará mais punida e, conseqüentemente, voltará a realizar contratos, tirando toda e qualquer eficácia da desconsideração no caso prático.

É fundamental que se tenha concretude na análise da desconsideração da personalidade jurídica. Os critérios devem estar bem definidos para que não se lance mão de casuísmos ou preferências em decisões absolutamente anti isonômicas.

## **6. O PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

Outro aspecto fundamental da desconsideração da personalidade jurídica, em matéria administrativo-sancionatória, é a necessidade de se constituir um processo administrativo, assegurando o direito ao contraditório e à ampla defesa àquele que está sendo punido por equiparação.

A questão é absolutamente tranquila. Para que se haja a desconsidera-



ção deve ser demonstrado o abuso de direito ou a fraude.

Se é necessária a demonstração de algo subjetivo como abuso de direito é evidente que àquele que está sendo acusado deve ser concedido o direito de defesa, o devido processo legal, admitindo-se todas as provas legalmente concebidas. É o que dispõe a Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos LIV e LV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Ao realizar a desconsideração da personalidade jurídica, o julgador (seja ele administrativo ou judicial) está aplicando uma pena a uma empresa que não participou do processo administrativo inicialmente estabelecido, demandando o direito de defesa a este novo acusado.

Explica-se melhor: a empresa “A” foi punida em um contrato administrativo. Os sócios da empresa “A” constituem a empresa “B” para realizar exatamente as mesmas atividades, no mesmo endereço e sob uma denominação social extremamente parecida. Por mais evidente que seja a similaridade e a necessidade de estender os efeitos da punição de “A” à empresa “B”, esta nova empresa não foi julgada, não teve direito de defesa, não se manifestou no processo inicial.

Não pode o gestor administrativo simplesmente impedir a empresa “B” de participar de licitações, sendo que o CNPJ dela não possui nenhuma restrição.

Deve ser aberto processo administrativo, garantido o contraditório e a ampla defesa, para que, somente então, seja considerada impedida de licitar e contratar a empresa “B”.

O dever de se constituir processo administrativo para apuração da possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica é tema pacífico na doutrina, como mostra o artigo do saudoso professor Diogenes Gasparini<sup>6</sup>:

---

<sup>6</sup>GASPARINI, Diogenes. Disregard administrativa. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Coord.). Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 209.

10.2.2. A desconsideração da pessoa jurídica no âmbito administrativo cabe à autoridade competente. Na falta de sua indicação legal, tal atribuição é da responsabilidade do agente público de maior hierarquia dentro da estrutura organizacional considerada, como seriam, por exemplo, o Prefeito no Executivo Municipal, o Superintendente na autarquia e o Presidente da Câmara dos Deputados nessa Casa do Congresso Nacional. Conhecidos os fatos que podem caracterizar fraude à lei ou à aplicação de sanção administrativa ou, ainda, abuso de direito, instaura-se o indispensável processo administrativo formal, regular e autônomo, onde, sob pena de responsabilidade e observado certo rito, serão exercidos o contraditório e o amplo direito de defesa. O ato administrativo de desconsideração da pessoa jurídica deve ser devidamente motivado.

A mesma linha de pensamento é travada por Marçal Justen Filho<sup>7</sup>:

Quando a pessoa jurídica for a via para a realização da fraude, admite-se a possibilidade de superar-se sua existência. Essa questão é delicada, mas está sendo enfrentada em todos os ramos do Direito. Nada impede sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo, desde que adotadas as cautelas cabíveis e adequadas. Não se admite que se pretenda ignorar a barreira da personalidade jurídica sempre que tal se revele inconveniente para a Administração. A desconsideração da personalidade societária pressupõe a utilização ilegal, abusiva e contrária às boas práticas da vida empresarial. E a desconsideração deve ser precedida de processo administrativo específico, em que sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório.

É inegável que ao limitar as contratações do setor público a uma empresa está-se atingindo o patrimônio desta empresa, fazendo com que se demande a possibilidade de defesa, nos termos do já citado artigo 5º, inciso LV da Constituição.

## **7. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEI Nº 13.303/16**

O artigo 38 da Lei nº 13.303/16 positivou o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, nas licitações e contratos firmados com as empresas estatais que estejam reguladas por esse diploma legal:

Art. 38. Estará impedida de participar de licitações e de ser contratada pela empresa pública ou sociedade de economia mista a empresa:

---

<sup>7</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1085.

[...]

IV - constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea;

V - cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea;

VI - constituída por sócio que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VII - cujo administrador tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VIII - que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea.

A nova Lei das Estatais modificou, por completo, o conceito da desconsideração da personalidade jurídica.

Note-se que não há nenhum critério para que seja transferida a punição da empresa aos seus sócios. A aplicabilidade é direta e imediata, sem realizar nenhum tipo de análise, processo administrativo ou o mínimo direito de defesa.

Essa transferência imediata da punição aos sócios, embora para alguns possa parecer interessante, no atual afã punitivo existente, não se coaduna com as liberdades constitucionais e um Estado minimamente democrático de direito.

Não é demais lembrar a função da desconsideração, conforme Luís Fernando Corrêa e Osiris Corrêa<sup>8</sup>:

7. Revela notar que a regra do Código Civil tem aplicação apenas se a sociedade, ou melhor, o seu patrimônio, não for suficiente à satisfação dos terceiros pelo abuso da personalidade jurídica. Demais disso, cumpre ressaltar que tal regra não objetiva a desconsideração da pessoa jurídica para todos os atos ou mesmo a sua liquidação; cuida-se na verdade de "levantar o manto societário" apenas em relação ao ato em que o abuso da personalidade jurídica foi verificado, em detrimento de terceiros.

8. Diga-se que tal orientação - a de desconsiderar a personalidade jurídica apenas em relação aos atos praticados com abuso da dita personalidade - vem desde o nascedouro da *disregard doctrine*, como dá conta o Professor Requião, reproduzindo o pensamento de Rolf Serick:

Com efeito, que se pretende com a doutrina do *disregard* não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar terceiros ou violar a lei (fraude).

---

<sup>8</sup>CORRÊA, Luís Fernando Nigro e CORRÊA, Osiris Leite. Código de Defesa do Consumidor: Aspectos Relevantes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 140-141.

## E nas palavras do próprio Professor Rubens Requião<sup>9</sup>:

Ora, diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou abuso de direito, ou se deve desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.

A desconsideração não significa esquecer a distinção entre personalidade física e jurídica, mas sim coibir a fraude. Não é um mero descumprimento de uma obrigação que acarreta a desconsideração da personalidade jurídica.

Não se pode confundir a fraude praticada por aqueles que constituem uma nova empresa para realizar as mesmas atividades que aquela que foi punida, com a possibilidade constitucional de liberdade econômica na qual é dado ao empresário deter mais de um CNPJ.

O artigo 38 da lei das estatais, Lei nº 13.303/16, com a sua atual redação, ignora, por completo, a realidade econômico-empresarial vigente. É absolutamente comum e natural a existência de grupos econômicos, com sócios em comum, personalidades jurídicas fundidas, empresas que detêm parte do capital social de outras, empresários que estão presentes no quadro societário de diversas companhias, investidores, acionistas em sociedades anônimas etc.

Há uma infinidade de situações nas quais o dispositivo legal mostra-se inadequado. Por óbvio, que não é toda e qualquer situação que pode levar à desconsideração da pessoa jurídica.

Trata-se da criminalização da atividade econômica. Do maniqueísmo que divide o Universo entre o bem e o mal e faz alguns acreditarem que se uma empresa descumpriu o contrato em um determinado momento, todos aqueles que estiverem relacionados com aquela companhia devem ser exterminados do mundo corporativo.

É evidente que este não pode ser o entendimento. É perfeitamente possível que uma empresa descumpra um determinado contrato e que seus sócios não tenham nenhuma relação com esse descumprimento. Mais ainda, o fato de um sócio de uma empresa ter recebido uma punição, não significa que ele não pode mais exercer atividade empresarial durante aquele período. É perfeitamente lícito que a pessoa física desenvolva outra atividade econômica.

Em artigo com breves comentários acerca da Lei das Estatais, Joel

---

<sup>9</sup>REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. Revista dos Tribunais nº 410, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1969. p. 22.

Niebuhr<sup>10</sup> também defende a inconstitucionalidade do dispositivo, sob a ótica da pena estar ultrapassando a pessoa do apenado:

Os incisos do artigo 38 da Lei n. 13.303/2016 impedem de participar da licitação empresa que tenha sócio ou administrador que faça parte do quadro societário de uma outra empresa impedida de participar de licitação. Ou seja, o impedimento desborda da empresa penalizada, atinge outra empresa, apenas porque tem sócio comum com empresa penalizada. Veja-se que estender a penalidade aplicada a uma empresa para outra que participe da licitação em fraude, para encobrir a empresa penalizada, é uma coisa. Outra coisa, com implicações totalmente diferentes, é estender a penalidade, sem comprovação de fraude, à empresa apenas porque tem sócio comum com outra empresa anteriormente penalizada. O dispositivo é flagrantemente inconstitucional, opõe-se ao princípio de que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado, entabulado no inciso XLV do artigo 5.º da Constituição Federal.

Não há dúvida acerca da inconstitucionalidade do dispositivo legal, previsto no art. 38 da Lei das Estatais. É latente sua afronta a direitos fundamentais como a limitação da pena ao condenado, a liberdade econômica e o devido processo legal.

## 8. CONCLUSÕES

Da análise do instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi possível concluir que este instituto surge como uma forma de coibir a utilização da pessoa jurídica como mecanismo de fraude, blindando a pessoa física dos atos ilícitos praticados.

A sua recepção em matéria administrativa vem ocorrendo por meio da doutrina e jurisprudência com casos de positivação, como é o artigo 38 da Lei nº 13.303/16.

O estudo do referido artigo mostra que a técnica redacional utilizada peca por ser abrangente demais e não definir critérios mínimos para a sua aplicabilidade prática.

Desta forma, é possível afirmar que o instituto, no formato que foi criado, está sujeito a ser objeto de diversas ações judiciais, que podem suspender a decisão enquanto se discute o processo. Nestes casos, é plausível que a suspensão liminar da decisão de desconsideração perdure por tempo maior do que a própria decisão originária de impedimento de licitar, retirando toda a eficácia do instituto.

---

<sup>10</sup>NIEBUHR, Joel de Menezes. Aspectos destacados do novo regime de licitações e contratações das estatais. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>>. Acesso em: 01 fev. 2017.



# Considerações sobre o novo regime contratual das estatais

**FERNANDA SCHUHLI BOURGES<sup>1</sup>**

<sup>1</sup>Advogada. Membro da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Administração da OAB-PR desde 2007. Doutoranda em Direito pela PUC/PR. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professora de Direito Administrativo da FESPPR, além de cursos de pós-graduação e extensão em outras instituições. E-mail: fernanda@blanchet.adv.br.

## 1. INTRODUÇÃO

Desde 1998 aguardava-se a edição da lei específica que regulamentasse o regime jurídico híbrido das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, conforme previsto no art. 173, §1º, da Constituição da República.

E tal finalmente ocorreu com a edição da Lei 13.303/2016, regulamentada pelo Decreto Federal 8.945/2016.

Além da necessidade já tardia, a legislação, sob a *occasio legis* de desvios, ineficiência, descontrole, déficits e corrupção, veio com o intuito de promover melhorias na gestão das estatais, com incremento de governança, transparência, controle e moralidade.

Nesta novel regulamentação também foram previstas normas de licitação e contratos a serem firmados pelas estatais, afastando-se a aplicação da lei 8.666/93.<sup>1</sup> A lei definiu aspectos de um novo regime contratual, fato este que, por si só, repercutirá sobremaneira nos contratos firmados com as estatais, cujos contornos imediatamente perceptíveis serão brevemente esboçado neste artigo.

## 2. O REGIME JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, tendo em vista os diversos aspectos públicos que gere – interesses, recursos, bens, pessoal etc - submete-se a um regime jurídico distinto àquele de direito privado, comum às pessoas físicas ou jurídicas que gerem recursos, bens e interesses particulares, fundado, portanto, na autonomia da vontade e em uma faceta mais flexível da legalidade.

O regime jurídico da Administração Pública, para que esta possa desincumbir o seu dever quanto à realização dos interesses públicos e a gestão administrativa do Estado, funda-se em inúmeros princípios, tais como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, a legalidade, a publicidade, a moralidade, a impessoalidade e a eficiência, dentre outros. E, ainda, tradicionalmente, é dotada de diversas prerrogativas e sujeições, não equivalentes aos particulares, vinculadas à realização dos interesses públicos.

A este regime, denominado regime jurídico-administrativo, submete-se grande parte dos entes e entidades que compõem a Administração Pública.

---

<sup>1</sup>Salvo o disposto nos arts. 3º, §2º e 89 a 99 da Lei 8.666/93, conforme preveem os arts. 41 e 55, III, da Lei 13.303/16.



Não obstante, algumas entidades que integram a Administração Pública Indireta, com personalidade jurídica de direito privado<sup>2</sup>, submetem-se parcialmente ao referido regime com caráter público, bem como ao regime jurídico privado, ao que se denomina regime privado da Administração ou regime híbrido.

Empresas estatais, assim consideradas as sociedades de economia mista e as empresas públicas, quer prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas, submetem-se ao regime jurídico híbrido da Administração, com maior ênfase privada ou pública de acordo com o seu objeto de atuação, se atividade econômica ou prestação de serviços públicos.

O art. 173, §1º, da Constituição da República, previu expressamente o regime jurídico híbrido às empresas estatais que explorem atividades econômicas, ao estabelecer no inciso II sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários e no inciso III a obrigatoriedade de licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Depreende-se que no tocante aos contratos, estes devem observar os princípios da Administração Pública, assim, antes da edição da lei 13.303/2016 não necessariamente precisariam obedecer a Lei 8.666/93, apesar desta contemplar a Administração Pública Indireta, mas apenas os princípios do regime jurídico da Administração.

O Tribunal de Contas da União fixou entendimento no sentido que, até que fosse editada a lei prevista no art. 173, §1º, da Constituição Federal, as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, poderiam realizar a contratação direta de bens e serviços que constituam a sua atividade-fim, nas hipóteses em que a utilização da Lei de Licitações constituísse óbice intransponível à sua atividade comercial.<sup>3</sup>

### **3. O REGIME JURÍDICO CONTRATUAL DAS ESTATAIS – PREVALÊNCIA DE NORMAS PRIVADAS**

O regime jurídico contratual previsto na Lei 8.666/93 contempla uma série de prerrogativas em favor da Administração Pública, tradicionalmente

---

<sup>2</sup>Sem mencionar a submissão ao regime híbrido por outras entidades privadas vinculadas à Administração, de diversos modos, mas que não a integram, tais como entidades do terceiro setor, concessionárias, subsidiárias etc.

<sup>3</sup>TCU, Acórdão nº 1.390/2004, Plenário, Rel. Min. Marco Bemquerer Costa, DOU de 23.09.2004.

denominadas “cláusulas exorbitantes”, que não encontram correspondência no direito privado e incidem nos contratos administrativos mesmo que nestes não estejam expressas.

Celso Antônio Bandeira de Mello elucida que as prerrogativas da Administração no contrato administrativo

são reputadas existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença. Evidentemente, sua exorbitância ocorre em relação ao Direito Privado e consiste em abrigar disposições nele inadmissíveis ou incomuns. (...) Daí que subvertem profundamente a noção de contrato encontrada na teoria geral do Direito.<sup>4</sup>

Ressalta Marçal Justen Filho tratar-se “de competências subordinadas ao Direito e cuja atribuição deriva da concepção instrumental da Administração Pública. Incumbe a ela promover a realização de interesses de valor superior.”<sup>5</sup>

As características dos contratos administrativos se relacionam com a supremacia do interesse público sobre interesses particulares. A supremacia manifesta-se na instabilidade da relação, na autoridade do contratante público, no amplo controle e fiscalização da execução, na possibilidade de impor sanções ao privado e “incompatibiliza-se, *muitas vezes*, com a possibilidade de o contratante privado invocar a *exceptio non adimpleti contractus*”.<sup>6</sup>

Ainda, para Celso Antônio Bandeira de Mello, esses poderes da Administração não são contratuais, são relativos à prática de atos unilaterais e “descendem diretamente das regras de competência administrativa sobre os serviços públicos e o uso de bens públicos.”<sup>7</sup>

Grande parte das “cláusulas exorbitantes” encontra-se no art. 58 da Lei 8.666/93, com destaque especial à prerrogativa em favor da Administração de modificar e rescindir unilateralmente os contratos, além de fiscalizar a execução, aplicar sanções e ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato.

Outra prerrogativa administrativa contratual que gera perplexidade na iniciativa privada e acaba por refletir economicamente nos contratos administrativos é a admissão de atraso no pagamento, por até noventa dias, e a possibilidade de suspensão da execução contratual, por ordem da Admi-

<sup>4</sup>Curso de direito administrativo. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 622.

<sup>5</sup>Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11.ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 510.

<sup>6</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 623.

<sup>7</sup>Op. cit., p. 625.

nistração, por até cento e vinte dias. Em ambas as hipóteses, até que sejam ultrapassados referidos prazos, o particular não pode invocar a exceção do contrato não cumprido em seu favor, conforme prevê o art. 78, XIV e XV da Lei 8.666/93.

Há algum tempo a doutrina nacional se insurge contra estas espécies de prerrogativas contratuais da Administração Pública.

Fernando Vernalha Guimarães pondera que há mais de vinte e cinco anos ainda temos um ambiente de contratações públicas marcado por muitas prerrogativas, que garantem à Administração

*o poder (e não apenas o direito) de penalizar o contratado, de alterar o contrato, rescindi-lo, anulá-lo e até descumpri-lo pelo prazo de 90 dias, sem que o contratado possa suspender suas obrigações (há uma regra vigente – completamente esdrúxula, na minha visão - que impede o contratado de suspender a execução do contrato quando os seus pagamentos sofrerem atraso de até 90 dias).*

O Decreto-lei 2.300 de 1986 já contemplava parte destas prerrogativas, transferidas para a Lei 8.666 de 1993. Ressalta Vernalha Guimarães que, desde então, apesar de terem surgido leis importantes no âmbito das licitações, “pouquíssimas inovações foram introduzidas no regime dos contratos administrativos.”

Segundo Vernalha Guimarães,

chegamos até aqui com um regime de contratos administrativos que nada se harmoniza com aquilo que se espera de uma Administração eficiente. O regime especial de prerrogativas contratuais tem sido apontado historicamente como a causa fundamental não apenas de muitas ineficiências na contratação administrativa, mas também como causa de corrupção.

Não é novidade que toda a insegurança percebida pelo mercado em relação a essas prerrogativas é em alguma medida *precificada* nas propostas que são ofertadas nas licitações. Um regime dotado de muitas prerrogativas – e, portanto, de muita insegurança ao contratante privado – dá origem a altos custos de transação. É mais caro contratar com a Administração Pública também em função do risco de condutas oportunistas (da Administração) que podem derivar da existência de prerrogativas administrativas.<sup>8</sup>

No entanto, as prerrogativas, por outro lado, também se justificam como corolárias aos princípios do regime jurídico-administrativo, especial-

---

<sup>8</sup>GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Um Réquiem para as Prerrogativas Contratuais da Administração Pública. **Colunistas**, ANO 2016 NUM 312. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/um-requiem-para-as-prerrogativas-contratuais-da-administracao-publica>

mente no tocante ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e a continuidade dos serviços públicos.

De acordo com Joel de Menezes Niebuhr, a alteração unilateral é expressão da supremacia do interesse público; o referido princípio “ecoa fortemente em relação aos contratos administrativos, caracterizados pelas denominadas *cláusulas exorbitantes*, que, a rigor, são prerrogativas outorgadas por lei à Administração Pública”, sendo que para o autor são denominadas “prerrogativas protetoras do interesse público”.<sup>9</sup>

As “prerrogativas especiais” da Administração consistem no “dever-poder de inovar, unilateralmente, as condições originalmente pactuadas”.<sup>10</sup>

Dentre estas prerrogativas, destaca-se a alteração unilateral do contrato pela Administração, que representa a “expressão máxima da supremacia do interesse público na esfera dos contratos administrativos, (...) fazendo prevalecer o interesse público sobre a vontade do particular.”<sup>11</sup>

É necessário, contudo, ponderar até que ponto referidas prerrogativas são efetivamente compatíveis com a eficiência, com a moralidade e com o interesse público. Se não servem, em inúmeras ocasiões, para acobertar corrupções, má gestão administrativa, ineficiência e, ainda, para onerar ainda mais os cofres públicos.<sup>12</sup>

A Lei 13.303/2016 instituiu para as estatais um regime jurídico contratual distinto, sem grande parte das prerrogativas administrativas até então praticadas no tradicional regime jurídico dos contratos administrativos e no âmbito da lei 8.666/93.

Um grande avanço da lei foi a previsão dos contratos poderem ter vigência por cinco anos, conforme dispõe o art. 71 da Lei 13.303/2016, com possibilidade de prazos maiores nas hipóteses dos incisos I e II.

Ainda, importante destacar que a lei determinou obediência aos princípios da Administração Pública<sup>13</sup>, mas previu a aplicação do direito privado aos contratos celebrados pelas estatais e não do direito público. Destarte, *a priori*, não se aplica subsidiariamente a lei 8.666/93.<sup>14</sup>

---

<sup>9</sup>Licitação pública e contrato administrativo. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 824.

<sup>10</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários...*, p. 510.

<sup>11</sup>NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública...*, p. 824.

<sup>12</sup>Conforme pondera Fernando Vernalha Guimarães. Op. cit.

<sup>13</sup>Que decorrem da própria Constituição, conforme destaca EIRAS, Guilherme A. Vezario. As regras aplicáveis aos contratos celebrados no âmbito do estatuto das empresas estatais (Lei 13.303/2016). In: JUSTEN FILHO, Marçal. (Org). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 479-501, p. 483.

<sup>14</sup>Conforme afirmam Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos, “a consequência imediata disto é a inaplicabilidade nas relações contratuais das estatais das denominadas cláusulas exorbitantes.” *Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 241.

A lei das estatais não previu hipóteses de rescisão, nem mesmo a unilateral pela Administração, o que transfere ao regulamento de licitações e contratos e à redação do contrato maior cautela quanto aos casos de rescisão, sendo que não caberá invocar a cláusula exorbitante da rescisão unilateral.

A lei suprimiu uma das prerrogativas administrativas mais consagradas no âmbito dos contratos, a alteração unilateral. O novo regime contratual das estatais apenas admitiu a alteração dos contratos por acordo entre as partes, conforme dispuseram os art. 72 e 81, assim, foram afastadas pela Lei 13.303/2016 as tradicionais prerrogativas quanto à alteração e rescisão unilateral pela Administração. De modo que o contrato firmado pelas estatais passa a se aproximar muito mais do regime privado que o público da lei 8.666/93.

Os limites admissíveis para alteração contratual foram mantidos, 25% para compras, serviços e obras e 50% para reformas, conforme dispõem o art. 81, §1º.

Outra inovação no regime contratual das estatais foi o afastamento da prerrogativa de a Administração poder atrasar o pagamento por até 90 dias ou suspender a execução do contrato por até 120 dias, sem prejuízo da continuidade da execução pelo particular.

Pela lei 8.666/93, “quem contrata com a Administração não pode singelamente suspender a execução do contrato sob o argumento de inadimplência (...) dado que isso poderia comprometer a prestação de serviços públicos.” Assim, a lei estabeleceu o prazo de 90 dias após o prazo previsto para pagamento, em regra de 30 dias, para que o particular possa invocar a exceção do contrato não cumprido.<sup>15</sup>

Nos contratos administrativos, como regra, “a Administração não tem o dever de cumprir suas obrigações antes que o particular o faça”, ao contrário, normalmente “executará suas prestações *a posteriori*”, de modo que o particular não pode condicionar a sua obrigação ao prévio adimplemento pela Administração.<sup>16</sup>

Nos contratos das estatais não mais haverá a possibilidade de a Administração invocar tais cláusulas exorbitantes pois a lei 13.303/2016 não as previu e a lei 8.666/93 não lhe é subsidiária. Ao contrário, a legislação subsidiária é de direito privado e, segundo esta, vige a exceção do contrato não cumprido, conforme dispõe o art. 476 do Código Civil.

---

<sup>15</sup>NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública...**, p. 951.

<sup>16</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários...**, p. 599.

Depreende-se que mais uma vez a lei atribuiu grande relevo ao regulamento, previsto no art. 40, e à redação contratual, de modo que o contrato terá que disciplinar situações como tais.

Desse modo, se omissa o contrato, *a priori*, o contratado poderá suspender a execução na hipótese de atraso no pagamento ou suspensão da execução pela Administração, sem falar em outras hipóteses corriqueiras que configuram o denominado fato da administração.

A submissão de parcela do regime contratual ao direito privado, cumulada com a supressão de cláusulas exorbitantes demandará posturas mais diligentes, competentes e eficientes por parte das estatais, eis que não poderão esquivar-se em cláusulas exorbitantes, sob pena de terem a execução dos seus contratos suspensa, tal qual se passa na iniciativa privada.

Ocorre que, uma crítica feita pela doutrina é no sentido da inclusão neste regime das estatais prestadoras de serviços públicos.<sup>17</sup> Passível até de questionamento quanto a sua constitucionalidade tendo em vista o tratamento diferenciado de regime referenciado pela Constituição da República nos arts. 173 e 175.<sup>18</sup>

As estatais, mesmo se prestadoras de serviços públicos, submetem-se ao regime jurídico híbrido, no entanto, em vista do seu objeto de exploração, que é um serviço público, ainda prevalecem normas de direito público, eis que a pessoa jurídica é privada, mas a atividade é pública e seu regime prestacional é predominantemente público.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup>Comenta Marçal Justen Filho: “a Lei enfrenta uma dificuldade cuja origem se encontra na Constituição. Como se sabe, a Constituição Federal diferenciou as empresas estatais exploradoras de atividade econômica (tais como a Petrobras, o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal e tantas outras) e as prestadoras de serviço público (tais como a ECT, Infraero e, no plano estadual, as companhias de saneamento). O art. 22, inc. XXVII (com a redação da Emenda Constitucional 19/1998) fundamentou-se nessa distinção. Previu dois regimes para licitações e contratações administrativas.” A nova Lei das (antigas) Estatais. **Gazeta do Povo**, Vida Pública, Colunistas. 25/07/2016. < <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/a-nova-lei-das-antigas-estatais-50zbsobbwlhpxuzp5s2fvmdr> >

<sup>18</sup>A exemplo, a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito “Distinção entre empresas estatais prestadoras de serviço público e empresas estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito. (...). As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. (...). O § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público.” (ADI 1.642, rel. min. **Eros Grau**, j. 3-4-2008, P, DJE de 19-9-2008 e ARE 689.588 AgR, rel. min. **Luiz Fux**, j. 27-11-2012, 1ª T, DJE de 13-2-2012)

<sup>19</sup>A respeito, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “A empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do art. 12 do DL 509/1969 e não incidência da restrição contida no art. 173, § 1º, da CF, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no art. 100 da CF.” (RE 220.906, rel. min. **Maurício Corrêa**, j. 16-11-2000, P, DJ de 14-11-2002 e RE 407.099, rel. min. **Carlos Velloso**, j. 22-6-2004, 2ª T, DJ de 6-8-2004)

É certo que há um universo de estatais e nunca foi tarefa fácil distinguir atividade econômica em sentido estrito de serviço público. Ademais, após as transformações pelas quais vêm passando os serviços públicos, um grande número de estatais atua em ambas atividades em regime de concorrência, até mesmo na prestação de serviços públicos.<sup>20</sup>

No entanto, algumas estatais se concentram em serviços públicos e, algumas, são as únicas opções à prestação de serviços públicos para a coletividade, ainda que local, como ocorre com o fornecimento de energia elétrica residencial e para inúmeras empresas com baixo consumo ou no saneamento, que constitui um monopólio natural. Nestas hipóteses a coletividade depende integralmente dos serviços prestados por estas estatais para a satisfação de necessidades essenciais.

A submissão dos contratos firmados por estatais prestadoras de serviços públicos ao regime privado, com a supressão de algumas das cláusulas exorbitantes, pode refletir no regime da prestação de serviços públicos, especialmente no tocante à possibilidade de o serviço não atender aos parâmetros de adequação, como continuidade e regularidade.

Sem dúvida, se as estatais forem diligentes, competentes e eficientes, elaborarem bons regulamentos de licitações e contratos e promoverem licitações e firmarem contratos bem elaborados, com sua execução fiscalizada, além da seriedade e competência dos contratados, as cláusulas exorbitantes sequer serão necessárias para assegurar a adequação do serviço público prestado, ao revés, poderá ser ainda melhor.<sup>21</sup> Porém, se isso não ocorrer, as contratadas poderão perfeitamente invocar a exceção do contrato não cumprido diante do atraso no pagamento e poderá haver prejuízo ao serviço público prestado pela estatal.

Ressalta-se, contudo, que nem todas as “cláusulas exorbitantes” foram retiradas. A lei manteve para as estatais a prerrogativa de fiscalizar e aplicar sanções administrativas aos contratados em hipóteses de inexecução total ou parcial do contrato. Ocorre que a lei das estatais, assim como a lei 8.666/93, não tipificou as hipóteses, que deverão sê-lo no regulamento e no contrato

---

<sup>20</sup>Nesse sentido, pondera Marçal Justen Filho: “a previsão de serviço público exercitado por empresa estatal como uma atividade econômica é interessante. Uma quantidade relevante de estatais prestadoras de serviço público passaram a competir no mercado. Assim, por exemplo, a Copel explora serviços de telecomunicação e compete por concessões e autorizações no mercado – exatamente como o faria um agente privado. Por decorrência, essas estatais passam a ser subordinadas ao regime da Lei 13.303.” Op. cit., A nova Lei...

<sup>21</sup>Conforme alerta Fernando Vernalha Guimarães, muito do oportunismo e da corrupção nos contratos administrativos são propiciados pela discricionariedade decorrente da presença de cláusulas exorbitantes. “É perceptível que a existência de prerrogativas não apenas tem sido ineficaz para inibir comportamentos oportunistas do contratado privado, como tem ampliado o risco de comportamentos oportunistas do lado das Administrações.” Um Réquiem...

pois, no âmbito do regime público, sob alguma controvérsia, ainda é possível invocar as cláusulas exorbitantes, mas em um contrato submetido ao regime privado, como o das estatais, será necessário tipificar as hipóteses e respectivas sanções na redação contratual, sob pena de se esvaziar o poder disciplinar contratual ainda mantido às estatais.<sup>22</sup>

#### 4. REGIME CONTRATUAL DAS ESTATAIS – OUTRA PERSPECTIVA ACERCA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

Os contratos administrativos possuem como característica a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, este é definido no momento da proposta, durante a licitação, e reflete uma relação entre os custos envolvidos, tendo em vista as obrigações estabelecidas, e o valor proposto.

De acordo com Marçal Justen Filho, o equilíbrio econômico-financeiro corresponde à “relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente.”<sup>23</sup>

O equilíbrio econômico-financeiro deve ser mantido ao longo do contrato, ou seja, é imune às alterações, ainda que unilaterais, da Administração, conforme assegura a Constituição da República no art. 37, XXI, ao dispor que devem ser “mantidas as condições efetivas das propostas”.

Diversas causas<sup>24</sup>, posteriores à formulação da proposta, podem repercutir no equilíbrio econômico-financeiro e ensejar o seu reequilíbrio, que será restabelecido pela revisão, reajuste ou pela repactuação.

No que se refere à imprevisão, tem-se que o evento deve ser extraordinário, imprevisível ou, se previsível, de consequências incalculáveis para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro original. Assim, o ônus de tais riscos, que não puderam ser computados nos custos da proposta por serem extraordinários, são suportados pela Administração Pública, no caso de majoração de custos, sendo que os riscos ordinários ao objeto contratado são suportados pelo particular, conforme se extrai do art. 65, II, d, da Lei 8.666/93.

---

<sup>22</sup>Ressalta-se que o art. 69, VI, determinou a tipificação como cláusula necessária nos contratos, o que é considerado um avanço pois até então não existia tal determinação legal, conforme ressaltam Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos. Op. cit., p. 245.

<sup>23</sup>Comentários..., p. 541.

<sup>24</sup>Sejam elas atribuídas à própria Administração como decorrentes de acontecimentos para os quais não tenha contribuído.



Assim, no contrato administrativo, grande parte do ônus decorrente da majoração extraordinária dos custos é repassado à Administração Pública, o que gera ao particular, neste tocante, uma posição contratual mais confortável.

Pondera Marçal Justen Filho que essa tutela ao equilíbrio econômico-financeiro beneficia a própria Administração pois, “se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas.” Assim, a Administração, para obter propostas mais vantajosas, “apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem.”<sup>25</sup>

“O princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro vai a ponto de reduzir riscos que, no plano da contratação privada, seriam arcados por um dos contratantes.” Não se trata de beneficiar o particular; “elimina-se bilateralmente o risco.”<sup>26</sup>

No direito privado, a imprevisão permite a resolução do contrato ou este poderá ser readequado pelas partes, conforme dispõem os arts. 478, 479 e 480 do Código Civil. Destarte, nenhuma das partes deve suportar ônus excessivos extraordinários.

Como visto, no âmbito da contratação administrativa, a Constituição da República, no art. 37, XXI, determina a manutenção das condições da proposta e a lei das estatais, no art. 81, VI, em redação semelhante à da lei 8.666/93, manteve a previsão do reequilíbrio econômico-financeiro em hipóteses extraordinárias.

Não obstante, a lei trouxe uma inovação para os contratos das estatais; a obrigatoriedade de uma cláusula que estabeleça a matriz de riscos, conforme prevê o art. 69, X.

De acordo com o art. 42, X, da Lei, a matriz de riscos é “cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação (...)”.

A Lei 11.079/2004, que instituiu as Parcerias Público-Privadas, previu uma nova realidade contratual quanto ao equilíbrio econômico-financeiro ao estabelecer como diretriz das PPPs e cláusula obrigatória dos contratos a distribuição objetiva dos riscos, conforme dispõem os arts. 4º, VI, 5º III.

A distribuição de riscos entre os contratantes é vista como um modo de reduzir os riscos e aumentar a segurança e a confiabilidade do parceiro

---

<sup>25</sup> *Comentários...*, p. 542.

<sup>26</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 391.

privado em relação ao poder público.<sup>27</sup>

De acordo com Marcos Barbosa Pinto, os contratos costumam tratar da repartição de riscos de forma sumária e relapsa, utiliza-se, abstratamente, o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, sendo que sua aplicação prática acaba recaindo no Judiciário. Segundo o autor, “alocar riscos para a parte que poder suportá-los a um custo mais baixo gera grandes economias, seja no setor público, seja no setor privado.”<sup>28</sup>

A alocação de riscos eficiente é o que se denomina *value for money*, de modo a reduzir os custos e aumentar o valor agregado.<sup>29</sup>

A avaliação de riscos deve ser previamente realizada pela Administração contratante, antes da licitação, alerta Benjamin Zymler que a avaliação de riscos tende a ser complexa e multidisciplinar.

Afinal, existem riscos de planejamento, de *design*, de construção, operacional, de demanda, financeiro e de regulamentação. (...) a avaliação é, em geral, dividida em quatro grandes etapas: identificação dos riscos, alocação, avaliação qualitativa (avaliação da materialidade, do impacto e da possibilidade de ocorrência de cada risco) e quantificação. (...) não obstante ser necessário despender recursos consideráveis para realizar uma rigorosa avaliação de riscos, o preço a ser pago caso essa avaliação não seja correta é muito significativo.<sup>30</sup>

A matriz de riscos tem a função de prever possíveis riscos que possam surgir na execução contratual e distribuí-los entre as partes contratantes, de acordo com as melhores condições que cada uma tem para solucioná-los. Ela é de grande importância para a eficiência da execução contratual pois gera previsão antecipada e, portanto, segurança jurídica, eis que já se conhece previamente qual das partes tem responsabilidade sobre o evento.

No entanto, se o acontecimento estiver previsto na matriz de riscos, não caberá à parte responsável invocar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou seja, a definição da matriz de riscos tem reflexos sobre a noção de equilíbrio econômico-financeiro como é aplicada a partir da lei 8.666/93. Tal se depreende do disposto no art. 81, §1º da Lei 13.303/2016.

Destarte, nos contratos com as estatais o equilíbrio será mais flexível, alguns eventos, previamente estipulados pelas partes, repercutirão sobre

<sup>27</sup>BITTENCOURT, Sidney. **Parceria público-privada passo a passo**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81.

<sup>28</sup>Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 13, n.25, p. 155-182, jun. 2006. p. 158. *Apud*: BITTENCOURT, Sidney. Op. cit., p. 82.

<sup>29</sup>ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 292.

<sup>30</sup>ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. Op. cit., p. 294-295.

o equilíbrio do contrato, mas deverão ser suportados pela parte responsável, conforme estabelecido na matriz de riscos, “o que poderá exigir do particular um exercício de ‘futurologia’, sem contar a possibilidade de as propostas (...) conterem uma ‘gordura’ nos preços ofertados como medida de proteção do licitante.”<sup>31</sup>

Não obstante, segundo Maria Adelaide de Campos Franca,

o parceiro privado tem direito de invocar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ainda que, contratualmente tenha assumido o risco pela álea que o gerou. Em contrapartida, o parceiro público tem o dever de restabelecer a equação econômico-financeira do contrato de parceria público-privada, em defesa dos interesses da coletividade, a fim de, por exemplo, evitar a descontinuidade na prestação de um serviço público essencial. (...) o parceiro público terá o direito de ser indenizado pelos prejuízos de sua necessária intervenção.<sup>32</sup>

De acordo com José Anacleto Abduch Santos, a obrigatoriedade da matriz de riscos no contrato é um aspecto favorável da nova legislação, deverá dispor “sobre a distribuição dos riscos contratuais (a quem cabe arcar com eles) como riscos geológicos, geográficos, de projeto, de demanda, ambientais, caso fortuito, força maior, entre outros, produzindo impactos significativos no plano da alteração e da revisão contratuais.”<sup>33</sup>

“A inovação é positiva. Pondera-se, entretanto, que a matriz de risco não deve alocar todos os riscos na compita [sic] da empresa contratada, de modo a obstaculizar o direito dela ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Se o fizer, estará violando o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.”<sup>34</sup>

Como relatado, a matriz de riscos e, assim, a redefinição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é salutar e poderá propiciar eficiência aos contratos administrativos, mas exigirá maior capacidade, especialização e competência dos agentes públicos e privados para a elaboração e a avaliação da matriz de riscos<sup>35</sup>, que é variável conforme o objeto contratado.

---

<sup>31</sup> GUIMARÃES, Edgar. SANTOS, José Anacleto Abduch. Op. cit., p. 273.

<sup>32</sup> **Parcerias públicas-privadas**: repartição objetiva de riscos. Tese de Doutorado, USP, 2011, p. 138.

<sup>33</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. A nova Lei das Estatais. **Gazeta do Povo**, Opinião, 30/07/2016.

<sup>34</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Aspectos Destacados do Novo Regime de Licitações e Contratações das Estatais. **Colunistas**. ANO 2016 NUM 209. <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>>

<sup>35</sup> Conforme ressalta EIRAS, Guilherme A. Vezario. Op. cit., p. 485.

## 5. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

A lei das estatais, no tocante aos contratos administrativos, trouxe várias mudanças ao tradicional regime contratual administrativo brasileiro, com a supressão de algumas importantes prerrogativas administrativas e a aproximação do regime privado, bem como o estabelecimento prévio da distribuição de riscos aos contratantes, por intermédio da matriz de riscos.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a lógica do contrato administrativo funda-se em uma dualidade, de um lado o Poder Público dispõe de todos os poderes para proteger o interesse público, de outro o particular tem integral garantia dos interesses privados, de modo que está protegido nas cláusulas econômicas e naquelas que não interfiram no interesse público a ser satisfeito.<sup>36</sup>

Depreende-se, portanto, que a lei repercutiu nesta lógica do contrato dual, eis que reduziu os poderes do poder público, que terá que resguardar o interesse público mediante regulamentos e contratos bem elaborados, e flexibilizou a integral garantia dos interesses privados, uma vez que os riscos deverão ser previamente alocados.

Marçal Justen Filho reconhece regras inovadoras na lei, como a não submissão dos contratos das estatais ao regime de direito público e a aplicação das regras de direito privado, o que, segundo o autor, “acarreta uma relevante redução das margens de discricionariedade da empresa estatal na gestão do contrato – o que produz a diminuição das oportunidades para desvios éticos.”<sup>37</sup>

Não obstante, a lei se omitiu sobre alguns aspectos que seriam relevantes tais como o aprimoramento da fiscalização da execução contratual e a aplicação de sanções contratuais<sup>38</sup>, de modo que tais temas foram remetidos ao regulamento interno de licitações e contratos, previsto no art. 40 da Lei, e também à redação contratual, o que acaba por representar o aumento da discricionariedade administrativa em tais questões<sup>39</sup>, mas pode ser salutar para o ajuste às finalidades e especificidades das estatais, com ganhos em termos de desenvolvimento e eficiência administrativa.

---

<sup>36</sup>Op. cit., p. 630.

<sup>37</sup>A nova Lei...

<sup>38</sup>Neste sentido: “Note-se que a Lei n. 13.303/2016 é omissa sobre regras de fiscalização, recebimentos, pagamentos e rescisão. Enfim, um arremedo malfeito das normas da Lei n. 8.666/1993 sobre contratos, que são péssimas. Perdeu-se oportunidade para avançar.” NIEBUHR, Joel de Menezes. Aspectos Destacados...

<sup>39</sup>É o que ressalta Joel de Menezes Niebuhr. O Decreto Federal n. 8.945/2016 e as licitações das estatais. **Colunistas**. ANO 2017 NUM 321. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/o-decreto-federal-n-89452016-e-as-licitacoes-das-estatais>

## Segundo José Anacleto Abduch Santos a lei das estatais

está longe do ideal. Contém problemas importantes de sistematização de algumas normas e redação confusa de outras. Mas, no plano geral, tem diretrizes que podem aperfeiçoar os mecanismos de controle interno e de *compliance* ou de integridade e gestão de riscos e, o que parece principal, normas de licitações e contratos que podem efetivamente ampliar a eficiência administrativa.<sup>40</sup>

Fernando Vernalha Guimarães defende a importância de contratos bem elaborados ao invés de prerrogativas contratuais à Administração, nos seguintes termos:

O ponto é que há outras formas mais eficientes e simétricas de tutelar o interesse da Administração. Contratos bem elaborados, com um nível avançado de alocação de riscos e de responsabilidades, e com previsão de instâncias mais eficazes para solução de litígios e controvérsias, podem funcionar muito melhor para esse fim do que um regime marcado pela reserva de prerrogativas às Administrações.<sup>41</sup>

Sem sombra de dúvidas, o regulamento de licitações e contratos previsto no art. 40 da Lei 13.303/2016 e a redação do contrato, com eficiente alocação de riscos, serão os instrumentos de destaque para a eficiência da contratação administrativa das estatais, as quais terão até junho de 2018, conforme dispõe o art. 91, para se ajustarem e iniciarem a experiência quanto ao novo regime contratual, com a possibilidade de antecipação.

## REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. **Parceria público-privada passo a passo**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

EIRAS, Guilherme A. Vezario. As regras aplicáveis aos contratos celebrados no âmbito do estatuto das empresas estatais (Lei 13.303/2016). In: JUSTEN FILHO, Marçal. (Org). **Estatuto jurídico das empresas estatais: lei 13.303/2016**. São Paulo: RT, 2016, p. 479-501.

FRANCA, Maria Adelaide de Campos. **Parcerias públicas-privadas: reparição objetiva de riscos**. Tese de Doutorado, USP, 2011.

---

<sup>40</sup>A nova Lei...

<sup>41</sup>GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. cit.

GUIMARÃES, Edgar. SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das estatais:** comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Um Réquiem para as Prerrogativas Contratuais da Administração Pública. **Colunistas.** ANO 2016 NUM 312. <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/um-requiem-para-as-prerrogativas-contratuais-da-administracao-publica>>

JUSTEN FILHO, Marçal. (Org). **Estatuto jurídico das empresas estatais:** lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 11.ed. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. A nova Lei das (antigas) Estatais. **Gazeta do Povo,** Vida Pública. 25 de julho de 2016.

LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. WLADECK, Felipe Sripes. Alteração do contratos das empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal. (Org). **Estatuto jurídico das empresas estatais:** lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 503-524.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo.** 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. Aspectos Destacados do Novo Regime de Licitações e Contratações das Estatais. **Colunistas.** ANO 2016 NUM 209. <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>>

\_\_\_\_\_. O Decreto Federal n. 8.945/2016 e as licitações das estatais. **Colunistas.** ANO 2017 NUM 321. <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/o-decreto-federal-n-89452016-e-as-licitacoes-das-estatais>>

SANTOS, José Anacleto Abduch. A nova Lei das Estatais. **Gazeta do Povo,** Opinião, 30/07/2016.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas.** 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

# O regime jurídico das empresas privadas com participação estatal minoritária

**FRANCISCO ZARDO<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup>Advogado. Membro da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da OAB/PR. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professor de Direito Administrativo em cursos de Pós-Graduação. E-mail: francisco@dotti.adv.br.

## 1. CONTEXTUALIZAÇÃO

O art. 170 da Constituição Federal de 1988 estabelece que a ordem econômica brasileira é fundada na livre iniciativa e tem como princípios a propriedade privada e a livre concorrência, entre outros. Assim, o desempenho de atividades econômicas deve ser realizado precipuamente pela iniciativa privada. A exploração de atividade econômica diretamente pelo Estado constitui exceção, tanto que, de acordo com o art. 173 da CF, esta “só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Daí a utilização da expressão *intervenção* para se referir à atuação estatal no domínio econômico. Segundo Eros Grau, “*intervenção* indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado”.<sup>2</sup> Também segundo ele, três são as modalidades de intervenção: a) intervenção por *direção*; b) intervenção por *absorção* ou *participação*; c) intervenção por *indução*.<sup>3</sup>

Na intervenção por direção, o Estado atua como agente normativo e regulador da atividade econômica (CF, art. 174), exercendo a função de estabelecer normas de cumprimento obrigatório pelos agentes econômicos e de fiscalizar o seu cumprimento. Um exemplo é a regulação exercida pelo Banco Central do Brasil sobre as instituições financeiras, com base na Lei nº 4.595/64.

A intervenção por absorção é caracterizada pela atuação do Estado em regime de monopólio (CF, art. 177). Já na atuação por participação, o “Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor”.<sup>4</sup> Usualmente, tal participação é exercida por intermédio das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

Por fim, a intervenção por indução é caracterizada pelo *fomento* ao desempenho de atividades econômicas por particulares, sem adoção de meios coativos. O Estado não obriga o agente privado a desenvolver um empreendimento, mas o estimula “através de técnicas como incentivos fiscais, empréstimos públicos”<sup>5</sup>, consoante a lição de Marcos Juruena Villela Souto. “Como exemplos, a Caixa Econômica Federal financiando a habitação, o BNDES

---

<sup>2</sup>GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 85.

<sup>3</sup>GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 132.

<sup>4</sup>GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 133.

<sup>5</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. Ordem Econômica na Constituição. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Volume VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 733.



financiando o desenvolvimento industrial, o Banco do Brasil financiando a agricultura e as exportações, tudo isso é mecanismo de fomento”.<sup>6</sup>

Na fronteira entre estas três modalidades de intervenção (direção, participação e fomento), situam-se as chamadas *empresas público-privadas*, definidas por Alexandre Santos de Aragão como “as sociedades comerciais privadas com participação estatal, direta ou indireta, minoritária com vistas à realização de determinado objetivo público incumbido pelo ordenamento jurídico ao Estado”.<sup>7</sup>

## 2. DEFINIÇÕES

A expressão “empresa público-privada” é útil para diferenciá-la das: a) empresas públicas, cujo capital social pertence exclusivamente ao setor público; b) das sociedades de economia mista, nas quais a maioria das ações com direito a voto são de titularidade pública, admitida a participação privada; c) das empresas subsidiárias, pertencentes majoritariamente a empresa pública ou sociedade de economia mista.

Apesar disso, a expressão não é perfeita, conforme observa Rafael Wallbach Schwind em notável Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo. “Afim, empresas público-privadas são, na realidade, empresas privadas, que nem sequer integram a estrutura da Administração Pública. O termo ‘empresa público-privada’ destina-se apenas a ressaltar no fenômeno justamente a existência de uma parceria de natureza societária entre os setores público e privado”.<sup>8</sup>

Para se referirem ao mesmo fenômeno, Carlos Ari Sundfeld, Rodrigo Pagan de Souza e Henrique Motta Pinto aludem a *empresas semiestatais*.<sup>9</sup>

Anote-se que tais textos foram redigidos antes da edição da Lei 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias. Com o advento desta lei e, em especial, do Decreto 8.945/2016, que a regulamentou, a empresa em exa-

---

<sup>6</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. Ordem Econômica na Constituição. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Volume VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 733.

<sup>7</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresa Público-Privada. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. Volume VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 577.

<sup>8</sup>SCHWIND, Rafael Wallbach. Participação estatal em empresas privadas: as empresas público-privadas. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2014. p. 5-6.

<sup>9</sup>SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagan de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais e sua contratação sem licitação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Contratações Públicas e seu Controle. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 102.

me foi definida pela legislação simplesmente como *sociedade privada*, assim considerada a “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e cuja maioria do capital votante não pertença direta ou indiretamente à União, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município” (Decreto 8.945/2016, art. 2º, VI).

Como, porém, a expressão sociedade privada é excessivamente abrangente, para melhor identificação da entidade que se está referindo, utilizaremos ora a designação empresa público-privada<sup>10</sup> ou empresas semiestatais, concisas e consagradas pelo uso, ora empresas privadas com participação estatal minoritária, mais precisa e prevista na legislação (Decreto 8.945/2016, Seção III, art. 8º).

### 3. FINALIDADES

Retomando o contexto no qual se insere a participação estatal minoritária em empresas privadas, mencionou-se que ela se situa na fronteira das três modalidades de intervenção do estado na economia. Isso porque tal participação pode visar alguma ou todas estas finalidades concomitantemente (direção, participação e fomento).

É o que assevera Alexandre Santos de Aragão, ao sistematizar que participação minoritária do Estado serve:

“(a) para fomentar determinados setores da atividade econômica; (b) para realizar de forma mais eficiente as atividades-fim de suas sociedades de economia mista; ou até mesmo (c) para direcionar as atividades de uma empresa privada (eventualmente uma concessionária de serviços públicos), através de eventual titularidade de uma *golden share* ou da celebração de um acordo de acionistas”.<sup>11</sup>

Como exemplo de fomento, Rafael Wallbach Schwind<sup>12</sup> invoca a Lei 10.973/2004, que incentiva a inovação e a pesquisa científica e autoriza a União e demais entes federativos “a participar minoritariamente do capital social de empresas, com o propósito de desenvolver produtos ou processos inovadores que estejam de acordo com as diretrizes e prioridades definidas

---

<sup>10</sup>Esta expressão foi adotada pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão 1220/2016 – Plenário, da relatoria do Ministro Bruno Dantas, Data da Sessão 18/05/2016.

<sup>11</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresa Público-Privada. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org). Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. Volume VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 586.

<sup>12</sup>SCHWIND, Rafael Wallbach. A participação de empresas estatais no capital de empresas privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 73.

nas políticas de ciência, tecnologia, inovação e de desenvolvimento industrial de cada esfera de governo” (art. 5º).

O desenvolvimento mais eficiente das atividades-fim das empresas estatais foi, de acordo com Carlos Ari Sunfeld, Rodrigo Pagani de Souza e Henrique Motta Pinto, o motivo da edição do art. 2º da Lei 11.908/2009<sup>13</sup>, pelo qual o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal foram autorizados a adquirir participação em instituições financeiras de diversos ramos, sediadas no Brasil. Segundo eles: “Essa autorização para participação em empresas do setor privado foi dada pela lei para que as estatais ampliassem sua atuação no segmento a que já se dedicavam – o financeiro –, por meio de associação com terceiros”.<sup>14</sup>

Por fim, a participação estatal minoritária em empresa privada como meio alternativo de realização de objetivos regulatórios pode ser exemplificada pelas ações preferenciais de classe especial – ações com *goldem share* – que a União detém na Companhia Vale do Rio Doce. Tais ações asseguram à União, nos termos do art. 5º, §2º, e 7º, do Estatuto Social da Vale, o direito de veto a respeito de assuntos relevantes como a mudança do objeto social e a alienação de jazidas, minas, ferrovias e portos. Segundo Gustavo Binbenbojm, “tamanho a relevância de tal participação minoritária do Estado, com tão amplos poderes de interferir nas decisões de setores estratégicos da economia, que ela tem sido denominada pela doutrina de *intrarregulação*”.<sup>15</sup>

#### 4. PREVISÃO CONSTITUCIONAL

A participação minoritária do Estado em empresa privada está prevista no art. 37, XX, *in fine*, da Constituição Federal:

“XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;  
XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiá-

<sup>13</sup>Art. 2º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro, com ou sem o controle do capital social, observado o disposto no inciso X do caput do art. 10 daquela Lei”.

<sup>14</sup>SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais e sua contratação sem licitação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Contratações Públicas e seu Controle. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 125.

<sup>15</sup>BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia, Ordenação e Regulação: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 171.

rias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”.

A autorização para a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista é *dadapor* lei específica. Já a criação de subsidiárias e a participação em empresas privadas podem estar autorizadas genericamente na lei que autorizou a criação da estatal, sendo desnecessária a edição de uma nova lei para cada caso. Esta é a orientação do Supremo Tribunal Federal:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9478/97. AUTORIZAÇÃO À PETROBRÁS PARA CONSTITUIR SUBSIDIÁRIAS. OFENSA AOS ARTIGOS 2º E 37, XIX E XX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. 1. A Lei 9478/97 não autorizou a instituição de empresa de economia mista, mas sim a criação de subsidiárias distintas da sociedade-matriz, em consonância com o inciso XX, e não com o XIX do artigo 37 da Constituição Federal. 2. É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente”.<sup>16</sup>

## 5. PREVISÃO LEGISLATIVA

No plano legislativo, a participação minoritária do Estado em empresas privadas estava prevista em leis esparsas, como a que foi objeto de exame pelo STF no precedente citado acima. Com efeito, a Lei 9478/97 dispôs sobre a política energética nacional, instituiu a Agência Nacional do Petróleo e previu que “para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a PETROBRÁS autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritária ou minoritariamente, a outras empresas” (art. 64).

Porém, não havia uma disciplina sobre o regime jurídico a que se submetem as empresas privadas com participação estatal minoritária, o que gerava grande insegurança. Evidencia disso é a consulta dirigida a Gilberto Bercovici por um banco privado que teve grande volume de ações adquiridas pelo Banco do Brasil. Entre as dúvidas, respondidas em alentado Parecer, destaca-se: a) o banco privado tornou-se uma sociedade de economia mista?; b) estaria sujeito ao regime de direito público e à

<sup>16</sup>STF, Pleno, ADI 1649/DF, rel. Min. Mauricio Correa, DJ. 28/05/2004. No mesmo sentido: STF, Pleno, ADI 1491 MC/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ. 29/10/2014.

fiscalização do Tribunal de Contas da União?<sup>17</sup>

Nesse sentido, deve ser saudada a edição da Lei 13.303/2016, que além de encerrar uma mora legislativa de 18 (dezoito) anos na regulamentação do art. 173 da Constituição Federal, dispôs, ainda que de modo tímido, sobre as empresas público-privadas, no art. 1º, §7º. A disciplina foi complementada pelo Decreto 8.945/2016 na Seção III do Capítulo I e em outros de seus dispositivos.

## 6. CARACTERIZAÇÃO

Além da sociedade de economia mista e das empresas públicas, o art. 1º, §6º, da Lei 13.303/2016, dispõe que “submete-se ao regime previsto nesta Lei a sociedade, inclusive a de propósito específico, que seja controlada por empresa pública ou sociedade de economia mista abrangidas no caput”. Tal parágrafo refere-se às subsidiárias, definidas no art. 2º, IV, do Decreto 8.945/2016, como “empresa estatal cuja maioria das ações com direito a voto pertença direta ou indiretamente a empresa pública ou a sociedade de economia mista”. De acordo com o parágrafo único do mesmo dispositivo, “incluem-se no inciso IV do caput as subsidiárias integrais e as demais sociedades em que a empresa estatal detenha o controle acionário majoritário, inclusive as sociedades de propósito específico”.

A empresa público-privada está contemplada no art. 2º, VI, do Decreto 8.945/2016 que, para distingui-la das empresas estatais, rotula-a como empresa privada e a define como “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e cuja maioria do capital votante não pertença direta ou indiretamente à União, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município”. Tais sociedades não estão integralmente sujeitas ao regime jurídico das estatais. Porém, o art. 1º, §7º, da Lei 13.303/2016, preceitua que “na participação em sociedade empresarial em que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias não detenham o controle acionário, essas deverão adotar, no dever de fiscalizar, práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes”.

A questão que se coloca é como distinguir uma subsidiária de uma empresa público-privada. Ou, então, uma empresa estatal de uma empresa semiestatal.

---

<sup>17</sup>BERCOVICI, Gilberto. Direito Econômico Aplicado: Estudos e Pareceres. São Paulo: Contracorrente, 2016. p. 71.

## 6.1. Poder de controle *versus* maioria das ações com direito a voto

O art. 1º, §6º, utiliza a expressão “controlada”, o que nos remete imediatamente ao art. 242, §2º, da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), o qual considera “controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”. Por esta definição, seria estatal a companhia na qual empresa pública ou sociedade de economia mista detivessem o *poder de controle*.<sup>18</sup>

Porém, o art. 2º, I, do Decreto 8.945/2016, qualifica como empresa estatal a entidade cuja “maioria do capital votante” pertença direta ou indiretamente ao Estado. O inciso IV corrobora esta orientação ao considerar subsidiária a empresa estatal em que a “maioria das ações com direito a voto” pertença a entes da administração pública.

Aparentemente, os critérios adotados pela Lei 13.303/2016 e pelo Decreto 8.945/2016 para submissão da companhia ao regime jurídico das empresas estatais são diferentes. Isso porque nem sempre exerce o *poder de controle* quem detém a *maioria das ações com direito a voto*, como ensina Rafael Wallbach Schwind:

“À primeira vista, o controle interno de uma sociedade empresarial seria baseado apenas na propriedade de títulos representativos do capital social. Desse modo, a intensidade do controle exercido pelo sócio seria proporcional ao número de ações ou votos por ele detidos no interior da empresa.

Entretanto, é lição já conhecida há muito tempo a constatação de que o poder de controle não decorre apenas da propriedade das ações. Há uma série de fatores que influem na alocação do poder de controle e que não se resumem à quantidade de ações detidas pelo sócio”.<sup>19</sup>

Diante da separação entre a propriedade e o controle da sociedade anônima<sup>20</sup>, “não há uma relação necessária entre o poder de controle e a subscrição de ações da companhia (nem sempre o acionista com a maior quantidade de ações é o detentor do poder de controle)”.<sup>21</sup> Mediante a celebração de acordo de acionistas (art. 118 da Lei 6.404.76), por exemplo, é possível que

<sup>18</sup>A Lei 6.404/76 dispõe que: “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais”.

<sup>19</sup>SCHWIND, Rafael Wallbach. Participação estatal em empresas privadas: as empresas público-privadas. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2014. p. 108.

<sup>20</sup>BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 9ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 319.

<sup>21</sup>NESTER, Alexandre Wagner. O exercício do poder de controle nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 128.

o detentor da maioria das ações com direito a voto deixe de exercer o poder de controle, transferindo o exercício deste poder a quem não detém a maioria das ações com direito a voto.<sup>22</sup>

Todavia, é possível harmonizar o art. 1º, §6º, Lei 13.303/2016 e o art. 2º. do Decreto 8.945/2016, recorrendo ao conceito de “controlada” previsto no art. 2º, II, da Lei Complementar 101/2000 (Responsabilidade Fiscal), que entende por empresa controlada “sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação”.

Assim, embora o assunto dependa de maior amadurecimento e de observação da experiência na aplicação da Lei 13.303/2016<sup>23</sup>, pode-se afirmar que estará submetida ao regime jurídico das estatais a empresa em que o Estado detenha a maioria das ações com direito a voto, sendo este o critério de distinção proposto.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup>Aprofundar em: SUNDFELD, Carlos Ari. A Participação Privada nas Empresas Estatais. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000. p.264; MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. Acordo de acionistas na sociedade de economia mista: comentários a acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 239-252, jan./mar. 2005.

<sup>23</sup>Tal necessidade deve-se ao receio de que, na prática, o sentido da lei seja burlado e o Estado se posicione como acionista minoritário com a finalidade exclusiva de escapar dos controles típicos da estatais. Este receio é partilhado por Rafael Wallbach Schwind, sendo este um dos motivos pelo qual o autor, antes da edição da Lei 13.303/2016, adotou o entendimento de que “essencial para a caracterização das empresas público-privadas diz respeito não propriamente à posição do sócio estatal como acionista minoritário, e sim ao fato de a preponderância do poder de controle estar nas mãos do sócio privado”. Segundo ele, “o fato de o Estado ser sócio minoritário de uma empresa não impede que ele exerça o controle interno de forma absoluta, inclusive de modo que não haja uma efetiva parceria público-privada de natureza societária. Seria essa a situação, por exemplo, numa hipotética empresa em que o sócio estatal, apesar de deter 49% do capital, tivesse a prerrogativa de nomear todos os seus administradores e de vetar deliberações que verssem sobre temas absolutamente corriqueiros na vida daquela sociedade. Entretanto, esse tipo de arranjo poderia, na realidade, ser um instrumento para escapar à formação de uma sociedade de economia mista, que integra a estrutura estatal e é sujeita a uma série de controles típicos das empresas estatais”. (SCHWIND, Rafael Wallbach. Participação estatal em empresas privadas: as empresas público-privadas. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2014. p. 112).

<sup>24</sup>No Acórdão 1220/2016 – Plenário, o TCU adotou orientação diversa: “67. Aplicando os critérios previstos no art. 116 da LSA (também usados na minuta da Nova Lei Orgânica da Administração), creio ser defensável o entendimento de que **acionista controlador é aquele sócio titular de direitos que lhe asseguram a preponderância nas deliberações sociais (maioria de votos nas assembleias) ou o poder de eleger a maioria dos administradores.** (...) 68. Assim, se o sócio estatal for titular de tais direitos, está-se a falar de **empresa controlada**, sobre a qual deve incidir o mesmo regime híbrido atualmente aplicável às empresas estatais, em especial as regras e contrições do direito público, sendo necessária a sua adequação; caso contrário, trata-se de **empresa participada**, não integrante da Administração Indireta, sujeita unicamente ao regime de direito privado, aqui sim a empresa público-privada *stricto sensu*. 69. Como visto, o poder de controle em uma empresa não decorre apenas da propriedade das ações. Ao propor a utilização do critério da preponderância do poder de controle para identificar o sócio controlador, evoluiu meu entendimento de forma sutil, mas relevante, considerando que, *a priori*, as empresas privadas controladas pelo Estado (repeita-se: aquelas em que o sócio estatal exerce a preponderância do poder de controle por meio de direitos que lhe asseguram o domínio nas deliberações sociais ou o poder de eleger a maioria dos administradores) funcionarão tais quais as empresas em que o Estado detém a maioria do capital social com direito a voto. 70. Ou seja, **o exercício pelo Estado da preponderância do poder de controle numa empresa público-privada importa na sua caracterização como uma sociedade de economia mista de fato. O Estado não pode adotar técnicas societárias com a finalidade de burlar o regime constitucional aplicável às empresas estatais. Não quer me parecer legítimo que o Estado controle uma companhia privada senão através da constituição de uma sociedade de economia mista e da aplicação do regime previsto nos arts. 37 e 173 da CF/1988”** (TCU, Plenário, Acórdão 1220/2016, rel. Min. Bruno Dantas, Data da Sessão 18/05/2016 – negritos no original). É oportuno frisar que esta decisão é anterior à Lei 13.303/2016 e ao Decreto 8.945/2016. Mas, independente disso, partilha-se da compreensão de que o Estado não pode adotar técnicas societárias para burlar o regime aplicável às empresas estatais. Apenas se entende que nem sempre a participação minoritária do Estado em empresa privada seguida de acordo de acionistas que lhe confira o poder de controle terá esta finalidade.

Consequentemente, serão caracterizadas como empresas público-privadas (ou semiestatais) aquelas sociedades em que entidades integrantes da administração pública “não detenham o controle acionário” (art. 1º, §7º, Lei 13.303/2016), mas apenas “participação equivalente a cinquenta por cento ou menos do capital votante” (art. 9º do Decreto 8.945/2016).

Situação limite foi enfrentada por Gilberto Bercovici<sup>25</sup>, no Parecer já aludido, em que o Banco do Brasil adquiriu 50% do total de ações ordinárias de um banco privado, sendo que o outro acionista possuiria apenas 10 ações ordinárias a mais que o banco público. Ademais, foi celebrado um acordo de acionistas no qual cada acionista teria direito a indicar metade dos membros do Conselho de Administração, de modo que nenhum dos acionistas, isoladamente, teria poder para decidir isoladamente matérias relevantes.

Nesse contexto, relata o consultante, o problema consiste em saber se

“a configuração acionária adotada e a celebração do acordo de acionistas, tal como redigido, induziriam a existência de controle por parte do Banco do Brasil, numa acepção capaz de tornar o Banco X integrante da administração pública indireta, o que, por via de consequência, atrairia a incidência das normas do art. 37 da CF, especialmente no que se refere à exigência de concurso público, observância da Lei 8.666/93 nas compras e contratações e sujeição à fiscalização de órgãos de controle da administração pública”.<sup>26</sup>

A conclusão a que chegou Gilberto Bercovici após exaustivo exame da legislação então vigente (o Parecer é datado de 05 de julho de 2009) foi a de que:

“A existência do controle conjunto (ou ‘controle compartilhado’) não torna o Banco X integrante da Administração Pública indireta. Trata-se, repito, apenas de uma sociedade com participação acionária de uma sociedade de economia mista”.<sup>27</sup>

Pelo que se expôs acima, entende-se que a superveniência da Lei 13.303/2016 não alterariam esta conclusão, dado que a participação do Banco do Brasil era “equivalente a cinquenta por cento ou menos do capital votante” (art. 9º do Decreto 8.945/2016), caracterizando-se o banco X como uma empresa público-privada.

Esta foi a orientação manifestada pela Comissão de Valores Mobiliários, após a edição da Lei 13.303/2016, ao examinar a condição da Light S/A, que tem a sociedade de economia mista CEMIG (Companhia Energética de

<sup>25</sup>BERCOVICI, Gilberto. Direito Econômico Aplicado: Estudos e Pareceres. São Paulo: Contracorrente, 2016. p. 71.

<sup>26</sup>BERCOVICI, Gilberto. Direito Econômico Aplicado: Estudos e Pareceres. São Paulo: Contracorrente, 2016. p. 72.

<sup>27</sup>BERCOVICI, Gilberto. Direito Econômico Aplicado: Estudos e Pareceres. São Paulo: Contracorrente, 2016. p. 106.



Minas Gerais), como acionista minoritária (26,06%). Em razão de um acordo de acionistas com outras duas empresas, a CEMIG passou a deter o controle compartilhado de 52% do capital votante da Light. E, segundo a CVM:

“18. Nesses casos, entendo que se deve aplicar uma interpretação restritiva à lei, uma vez que o controle efetivamente compartilhado do qual participa, como um de seus membros, uma empresa estatal, sem posição de prevalência sobre os demais acordantes privados, não deve agregar à investida o dever de se submeter a todo o regime previsto na Lei 13.303/16.

19. A circunstância de uma estatal fazer parte do bloco de controle e, portanto, estar submetida aos deveres do art. 116 da LSA, não faz com que a sociedade investida esteja necessariamente submetida ao regime do Estatuto das Estatais. Trata-se de uma regra excepcional que transpõe os efeitos da acionista para a sociedade investida, afetando o regime jurídico desta e com reflexos indiretos para todos os demais acionistas privados, o que impõe uma interpretação restritiva.

20. Destarte, embora a lei seja muito recente e sua interpretação ainda demande maior maturação, entendo que a sociedade investida deve ser submetida, a princípio, às normas gerais aplicáveis às sociedades privadas, só devendo ser excepcionada essa regra geral quando uma empresa estatal efetivamente controlar de forma preponderante e estável a sociedade investida, a qual, nessa circunstância, assimilaria a natureza da controladora pública e passaria a ser considerada uma subsidiária/controlada para fins de aplicação do Estatuto das Estatais”.<sup>28</sup>

## 7. A DECISÃO DE PARTICIPAR DE UMA SOCIEDADE PRIVADA

Os recursos públicos são cada vez mais escassos, o que exige que sua aplicação observe o princípio da eficiência (CF, art. 37), entre outros. Além disso, a intervenção do estado na atividade econômica deve se dar quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (CF, art. 173). Logo, a participação do Estado em empresa privada deve ser amplamente justificada, não somente para evitar o desperdício de recursos públicos, como também para coibir o favorecimento de grupos ou pessoas simpáticos aos governantes do ente federativo que controla a estatal parceira.<sup>29</sup>

Assim, o primeiro requisito para a participação de empresa estatal em sociedade privada é a existência de “prévia autorização legal, que po-

---

<sup>28</sup>CVM, Processo CVM nº 19957.008923/2016-12, Voto do Diretor Gustavo Borba, 23/12/2016. Disponível em: [http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/deciso/es/anexos/2016/20161223/0476\\_Voto\\_DGB.pdf](http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/deciso/es/anexos/2016/20161223/0476_Voto_DGB.pdf). Acesso em 15 de janeiro de 2017.

<sup>29</sup>Sobre o tema, confira-se: MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de Fomento e o Princípio da Isonomia. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-RAFAELMUNHOZ-DE-MELLO.pdf>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

derá constar apenas da lei de criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista investidora” (art. 8º, I, do Decreto 8.945/2016). Caso a autorização legislativa seja genérica, será exigida “autorização do Conselho de Administração para participar de cada empresa” (art. 8º, III, do Decreto 8.945/2016). Em qualquer caso, é necessária a “vinculação com o objeto social da empresa estatal investidora” (art. 8º, III, do Decreto 8.945/2016).

Ademais, a decisão de participar de uma sociedade privada deve estar em consonância com o plano de negócios e com a estratégia de longo prazo da companhia estatal (art. 23, §1º, da Lei 13.303/2016), com sua função social (art. 27 da Lei 13.303/2016) e com as práticas de gestão de riscos e controle interno (art. 9º. da Lei 13.303/2016), evitando a dilapidação de ativos e prevenindo conflito de interesses em operações dessa natureza.

### **7.1. A escolha do parceiro**

Tendo em vista que a Administração Pública é regida pelos princípios da igualdade, da publicidade, da moralidade, da impessoalidade e da eficiência (CF, art. 37) e que, em regra, as compras públicas devem ser precedidas de licitação (CF, art. 37, XXI), indaga-se se a escolha do parceiro privado, isto é, da empresa privada à qual o Estado irá se associar deve ser precedida de licitação.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirmou que sim, em Parecer exarado sobre a intenção da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT em participar de empresa privada que seria constituída para atuar na área de serviços postais eletrônicos. Confira-se:

“a aquisição de ações/quotas em empresa privada, para fins de participação acionária da ECT em empresa privada, fere o princípio da isonomia, uma vez que injeta recursos em empresa privada selecionada para esse fim, em detrimento da competição; por isso, a seleção da empresa parceira deve ser feita mediante licitação em que se assegure igualdade de oportunidades a todos os possíveis interessados, conforme procedimento previsto na Lei 8.666/93”.<sup>30</sup>

Registre-se, porém, que no caso examinado, a celebração da parceria tinha por objetivo a posterior contratação da empresa privada a ser constituída para a prestação de serviços à ECT mediante dispensa de licitação, levando a citada doutrinadora a afirmar, com razão, que se estava diante de uma “forma

---

<sup>30</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo: Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 521. Em outro Parecer publicado na página 468-482 da mesma obra, a autora reafirma esta conclusão.

disfarçada de terceirização”<sup>31</sup> sem licitação.

Ressalvadas estas hipóteses em que há nítido desvio de finalidade na constituição da empresa público-privada – desvio esse que pode ser corrigido mediante a exigência de licitação para a aquisição de bens ou serviços da semiestatal –, entende-se que a aquisição de participação minoritária em empresa privada não exige prévia licitação.<sup>32</sup> Não obstante, é necessário que os princípios da administração pública sejam observados, com as ponderações adequadas à cada situação concreta.

Diferentemente da seleção de um prestador de serviços ou fornecedor, a seleção de um sócio estratégico depende de confiança, sinergia, complementariedade de aptidões e um certo sigilo, para evitar a atuação dos concorrentes. Tais elementos são incompatíveis com a seleção objetiva própria das licitações públicas. Como observa Alexandre Santos de Aragão:

“O normalmente longo, flexível e complexo processo de negociação que envolve os potenciais interessados em formar uma sociedade é incompatível com modelos estanques e proceduralizados de seleção. Tanto é assim, que, mesmo quando a negociação envolve apenas agentes inteiramente privados, as negociações seguem termos bem fluidos, e geralmente secretos. O que não quer dizer que, ressalvadas as necessidades de sigilo comercial de praxe, a seleção seja transparente, racional economicamente e motivada”.<sup>33</sup>

Esta opinião é partilhada por Luís Roberto Barroso<sup>34</sup> e Rafael Wallbach Schwind, para quem a seleção do sócio privada, embora não exija licitação, deve ser orientada pelos princípios que regem a administração pública.<sup>35</sup> Ou seja, deve haver um procedimento decisório prévio, sujeito ao crivo dos órgãos de controle, demonstrando a razão pela qual a participação minoritária foi a técnica acionária escolhida, o critério adotado para a definição do parceiro e os impactos desta decisão no mercado.

---

<sup>31</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo: Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 521.

<sup>32</sup>Nesse sentido: “3. A participação de sociedade de economia mista em empresa privada não depende de licitação, eis que se trata de um contrato de natureza privada e não de um contrato administrativo de obras, serviços, compras e alienações, em que tal procedimento deve ser observado, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.” (TJPR, 5ª C. Cível. Apelação Cível e Reexame Necessário nº 387.471-7, rel. Des. José Marcos de Moura. DJ.23/05/2008).

<sup>33</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresa Público-Privada*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org). *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*. Volume VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 596-597.

<sup>34</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de Abuso de Poder Econômico*. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 411.

<sup>35</sup>SCHWIND, Rafael Wallbach. *Participação estatal em empresas privadas: as empresas público-privadas*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2014. p. 220.

Segundo ele:

“Como a técnica acionária do Estado pode ser utilizada para uma série de funções distintas, que são submetidas a condicionamentos públicos mais ou menos intensos de acordo com cada caso, depreende-se daí que, em certas situações, será inviável realizar um procedimento público de seleção do sócio privado. Isso não significa que a escolha poderá se dar mediante critérios absolutamente livres. A escolha do sócio privado sempre deverá se pautar pelos princípios que regem a Administração Pública, ainda que a aplicação de tais princípios deva ocorrer de forma adaptada a cada situação concreta”.<sup>36</sup>

Ao nosso ver, eventuais dúvidas a esse respeito foram completamente dissipadas com o advento da Lei 13.303/2016, cujo art. 28, ao dispor sobre os procedimentos de licitação, dispensa e inexigibilidade, afasta-os, nas seguintes hipóteses:

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações: (...)

II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

§ 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente”.<sup>37</sup>

## 8. A OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PÚBLICO-PRIVADA

Como se demonstrou no início, a participação minoritária do Estado em empresas privadas é uma forma de intervenção estatal na economia com a finalidade de fomento, direção ou participação, sempre visando alcançar relevantes interesses coletivos. Porém, infelizmente em alguns casos empresas público-privadas têm sido constituída apenas com o objetivo de esquivar empresas públicas e sociedades de economia-mista do dever de licitar. Segundo este modelo, a empresa estatal adquire ações da empresa privada e, após, passa

<sup>36</sup>SCHWIND, Rafael Wallbach. Participação estatal em empresas privadas: as empresas público-privadas. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2014. p. 225.

<sup>37</sup>Idêntica é a conclusão de Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos, ainda que por fundamento diverso: GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das Estatais: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 78.

a celebrar contratos com ela sem licitação, o que não é admissível.

O fundamento adotado para esta prática repousaria no art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/93, segundo o qual é dispensável a licitação “na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

Ocorre que as empresas público-privadas não são controladas por empresas públicas ou por sociedades de economia mista. Se forem, serão estatais e não empresas privadas, sujeitando-se às prerrogativas e sujeições que lhes são inerentes.

Nesse sentido, confira-se a recente orientação do Tribunal de Contas da União:

“Para fins de aplicação do art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/1993, entende-se por controlada a empresa em que a União, direta ou indiretamente, detenha a preponderância do poder de controle (seja pela propriedade da maioria do capital social com direito a voto ou pela titularidade de direitos de sócio que lhe assegurem o domínio nas deliberações sociais ou o poder de eleger a maioria dos administradores)”.<sup>38</sup>

Assim, as empresas que possuem participação minoritária do Estado no seu capital não perdem a condição de empresa privada e, por tal razão, devem ser contratadas mediante licitação prévia. Afinal, indaga Marçal Justen Filho, “como justificar, especialmente em face do princípio da isonomia, que essa empresa privada fosse privilegiada com contratação direta por parte da Administração? Isso significaria discriminar outras empresas que não tivessem o privilégio de contar, em seus quadros societários, com uma participação minoritária de entidade estatal”.<sup>39</sup>

Carlos Ari Sundfeld, Rodrigo Pagani de Souza e Henrique Motta Pinto sustentam tese diversa. Segundo eles, “para os fins do art. 24, XXIII, da Lei de Licitações, ‘subsidiária’ é empresa estatal e ‘controlada’ é empresa semiestatal”.<sup>40</sup> Assim, mediante o elasticamento do conceito de *controlada*, uma empresa privada na qual o Estado detivesse uma participação minoritária poderia ser contratada sem licitação.

---

<sup>38</sup>TCU, Plenário, Acórdão 1220/2016, rel. Min. Bruno Dantas, Data da Sessão 18/05/2016.

<sup>39</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 545.

<sup>40</sup>SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais e sua contratação sem licitação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Contratações Públicas e seu Controle. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 107.

Discorda-se deste pensamento que, ademais, parece ter sido superado com o advento da Lei 13.303/2016 suprimiu a expressão *controlada* da previsão congênere:

“Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: (...); XI - nas contratações entre empresas públicas ou sociedades de economia mista e suas respectivas subsidiárias, para aquisição ou alienação de bens e prestação ou obtenção de serviços, desde que os preços sejam compatíveis com os praticados no mercado e que o objeto do contrato tenha relação com a atividade da contratada prevista em seu estatuto social;”.

## 9. REQUISITOS E VEDAÇÕES PARA A INDICAÇÃO DOS ADMINISTRADORES

Embora a empresa público-privada submeta-se a regime de direito privado, inclusive no tocante à contratação de pessoal, não estando sujeita à obrigatoriedade de concurso público, os administradores indicados pelas estatais para integrar seu Conselho e Diretoria submetem-se aos requisitos e vedações da Lei 13.303/2016. É o que determina o art. 58 do Decreto 8.945/2016.<sup>41</sup>

Assim, nos termos do que dispõe o art. 28 conjugado com o art. 54, I, do aludido decreto, o administrador indicado do Poder Público para as empresas privadas da qual participe como minoritário deve atender os seguintes requisitos, entre outros: a) reputação ilibada; b) conhecimento e formação acadêmica compatível com o cargo; c) experiência profissional de, no mínimo 2 anos, na área de atuação da empresa para a qual foi indicado ou em companhia de porte similar.

Mas não é só. Para evitar conflito de interesses e assegurar que a companhia seja conduzida segundo a lógica empresarial, não para atender interesses político-partidários, o art. 29 e o art. 54, II, do Decreto 8.945/2016 estipulam uma série de vedações, com base nas diretrizes da Lei 13.303. Assim, não poderão ser indicados para o Conselho de Administração e para a Diretoria das empresas público-privadas, entre outros: a) os representante do órgão regulador ao qual a empresa está sujeita; b) os dirigentes de partidos políticos ou titular de mandato legislativo; c) pessoa física que tenha firmado contrato com a estatal responsável pela indicação; d) as pessoas que possuam

---

<sup>41</sup>“Art. 58. O disposto nos arts. 54 e 56 aplica-se às indicações da União ou das empresas estatais em suas participações minoritárias em empresas privadas. Parágrafo único. As empresas estatais poderão prever critérios adicionais para as suas indicações em suas participações minoritárias em empresas privadas”.

a *ficha suja*, isto é, que se enquadrem em alguma das hipóteses de inelegibilidade da Lei da Ficha Limpa (art. 1º, I, da Lei Complementar 64/90).

Estranhamente, o art. 54, II, do Decreto 8.945/2016, reduziu as vedações, excluindo, por exemplo, a que impede a indicação de pessoas que, nos últimos 36 meses, tenham trabalhado em campanha eleitoral. Com isso, evitaria-se-ia que cargos desta natureza sejam utilizados como contrapartida por serviços prestados ao candidato vencedor. Espera-se que isso seja corrigido pelos estatutos das estatais, com fulcro no art. 58, parágrafo único, do Decreto 8.945/2016, que permite a fixação de critérios adicionais, a fim de que todas as vedações do art. 29 incidam sobre as indicações das estatais para empresas público-privadas, proibindo-se, por exemplo, que nelas sejam investidos Ministros, Secretários Estaduais ou Municipais, o que ocorre usualmente como meio de complementar a renda destas autoridades.<sup>42</sup>

Com esse espírito, em 27 de dezembro de 2016 – antes, portanto, da publicação do Decreto 8.945/2016, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM declarou a ilegalidade da indicação de Giles Azevedo pela Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG para integrar o Conselho de Administração da Light S/A, na qual aquela detém participação minoritária, por ter o indicado participado de forma relevante da campanha eleitoral de Dilma Rousseff em 2014.

De acordo com o voto do Diretor Gustavo Borba, “se, em função da vedação prevista no art. 17, §2º, II, da Lei 13.303/16, Giles Azevedo não poderia figurar como conselheiro na CEMIG, não haveria como se entender, lógica e sistematicamente, que a própria CEMIG, enquanto componente do grupo de controle da Light, indicasse e votasse nessa mesma pessoa para compor o Conselho de Administração da Light”.<sup>43</sup>

## 10. O CONTROLE A QUE SE SUBMETEM AS EMPRESAS PÚBLICO-PRIVADAS

Como ensina Marçal Justen Filho, caso o Estado assumira participação minoritária em empresa privada, “continuará a existir uma empresa privada,

---

<sup>42</sup>ZARDO, Francisco. Requisitos e vedações para administradores de empresas estatais. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/requisitos-e-vedacoes-para-administradores-de-empresas-estatais-a4hug-3g4rbgdi7g6tqw0sgg8r>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

<sup>43</sup>CVM, Processo CVM nº 19957.008923/2016-12, Voto do Diretor Gustavo Borba, 23/12/2016. Disponível em: [http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2016/20161223/0476\\_Voto\\_DGB.pdf](http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2016/20161223/0476_Voto_DGB.pdf). Acesso em 15 de janeiro de 2017.

que não integra a Administração Pública (...). A empresa privada desenvolverá as suas atividades segundo os parâmetros de direito privado, ainda que disponha em seu quadro societário um parceiro estatal”.<sup>44</sup>

Por não integrar a Administração Pública, a empresa público-privada não se submete ao controle do Poder Legislativo e dos Tribunais de Contas (CF, arts. 70 e 71).<sup>45</sup>Tal conclusão é corroborada pelo art. 7º, §3º, da Lei 6.223/75, pelo qual “a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município ou entidade da respectiva administração indireta que participe do capital de empresa privada detendo apenas a metade ou a minoria das ações ordinárias exercerá o direito de fiscalização assegurado ao acionista minoritário pela Lei das Sociedades por Ações, não constituindo aquela participação motivo da fiscalização prevista no *caput* deste artigo”. Para que seja esta fiscalização seja exercida de forma efetiva, o art. 9º, §1º, do Decreto 8.945/2016, elenca onze requisitos relacionados à práticas de governança e controle que devem constar na política de participações societárias a ser implementada pelas estatais.

Não obstante as empresas semiestatais não se submetam ao controle dos Tribunais de Contas, a decisão da empresa pública ou da sociedade de economia mista em participar como minoritária de empresa privada pode ser controlada pela sociedade e pelas aludidas Cortes (art. 85 e ss. da Lei 13.303/2016). Tanto que, no Acórdão 1220/2016 – Plenário, o TCU fixou “prazo de 90 (noventa) dias para que a Caixa Econômica Federal e a Caixa Participações S/A apresentem plano de ação contemplando as medidas necessárias ao desfazimento dos atos relativos à aquisição de participação acionária na empresa CPM Braxis S/A, ante o vício relativo ao motivo, haja vista a indicação de fundamentos jurídicos inadequados”.<sup>46</sup>

Além disso, os atos lesivos às empresas público-privadas podem ser objeto de ação popular, nos termos do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (...)”.<sup>47</sup>

Os atos contrários às empresas público-privadas também se sujeitam às penalidades da Lei 8.429/92 (Improbidade Administrativa). No entanto, tanto no caso da ação de improbidade, quanto no caso da ação popular, a

---

<sup>44</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. A Lei 13.303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária. In: JUSTEN FILHO, Marçal. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 54.

<sup>45</sup>Nesse sentido: SCHWIND, Rafael Wallbach. Participação estatal em empresas privadas: as empresas público-privadas. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2014. p. 251.

<sup>46</sup>TCU, Plenário, Acórdão 1220/2016, rel. Min. Bruno Dantas, Data da Sessão 18/05/2016.

<sup>47</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 134.



sanção patrimonial limita-se à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos (Lei 8.429/92, art. 1º, parágrafo único; Lei 4.717/65, art. 1º, §2º).

Gize-se, por fim, que o controle judicial realizado sobre as empresas público-privadas por meio destas ações deve observar os limites impostos pela Lei 13.303/2016 em relação ao controle exercido sobre as empresas estatais: “Art. 90. As ações e deliberações do órgão ou ente de controle não podem implicar interferência na gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista a ele submetidas nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas”.

## 11. CONCLUSÕES

Em síntese, demonstrou-se acima que a participação minoritária do Estado em empresas privadas, constituindo as chamadas empresas público-privadas, é um instrumento de intervenção na ordem econômica, podendo ter por objetivo o fomento, a participação no domínio econômico ou a regulação do mercado. Tal modalidade de intervenção é admitida pelo texto constitucional e, mais recentemente, pela Lei 13.303/2016.

Serão caracterizadas como empresas público-privadas (ou semiestatais) aquelas sociedades em que entidades integrantes da administração pública “não detenham o controle acionário” (art. 1º, §7º, Lei 13.303/2016), mas apenas “participação equivalente a cinquenta por cento ou menos do capital votante” (art. 9º do Decreto 8.945/2016).

A decisão estatal de participar de uma empresa privada deve ser amplamente justificada, não somente para evitar o desperdício de recursos públicos, como também para coibir o favorecimento de grupos ou pessoas simpáticos aos governantes do ente federativo que controla a estatal parceira.

A escolha do parceiro não precisa ser precedida de licitação pública, porém deve ser procedimentalizada e fundamentada, observando-se tanto quanto possível os princípios da administração pública. Porém, a contratação de uma empresa público-privada para prestar serviço a empresa estatal deve ser precedida de licitação.

Embora a empresa público-privada submeta-se a regime de direito privado, inclusive no tocante à contratação de pessoal, não estando sujeita à obrigatoriedade de concurso público, os administradores indicados pelas

estatais para integrar seu Conselho e Diretoria submetem-se aos requisitos e vedações da Lei 13.303/2016.

As empresas público-privadas não se sujeitam ao controle dos Tribunais de Contas, porém os atos que lhes forem lesivos podem ser objeto de ação popular e de ação de improbidade administrativa. De todo modo, o controle judicial exercido nestas hipóteses não pode implicar interferência na gestão das empresas.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

\_\_\_\_\_. Empresa Público-Privada. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org). Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. Volume VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de Abuso de Poder Econômico. In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. Direito Econômico Aplicado: Estudos e Pareceres. São Paulo: Contracorrente, 2016.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso Avançado de Direito Comercial. 9ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia, Ordenação e Regulação: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo: Pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das Estatais: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. A Lei 13.303/2016, a criação das empresas estatais e a participação minoritária. In: JUSTEN FILHO, Marçal. Estatuto

Jurídico das Empresas Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de Fomento e o Princípio da Isonomia. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-RAFAELMUNHOZ-DE-MELLO.pdf>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. Acordo de acionistas na sociedade de economia mista: comentários a acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 239-252, jan./mar. 2005.

NESTER, Alexandre Wagner. O exercício do poder de controle nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Participação estatal em empresas privadas: as empresas público-privadas. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2014.

SCHWIND, Rafael Wallbach. A participação de empresas estatais no capital de empresas privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal. Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Ordem Econômica na Constituição. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Volume VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais e sua contratação sem licitação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Contratações Públicas e seu Controle. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Participação Privada nas Empresas Estatais. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

ZARDO, Francisco. Requisitos e vedações para administradores de empresas estatais. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/requisitos-e-vedacoes-para-administradores-de-empresas-estatais-a4hug-3g4rbgdi7g6tqw0sgg8r>. Acesso em 15 de janeiro de 2017.



# **Aspectos relevantes e sucintos da governança corporativa nas empresas estatais**

**ISABELLA BITTENCOURT MÄDER GONÇALVES GIUBLIN<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup>Advogada. Membro da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Administração da OAB-PR. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera. Pós-graduada em Licitações e Contratos Administrativos pela PUC/PR. E-mail: [isabellamader@hotmail.com](mailto:isabellamader@hotmail.com).

## 1. INTRODUÇÃO

A concepção que se tinha até a publicação da Lei das Estatais – e esse cenário é o qual se (parece) objetiva mudar – é de que a vontade e o controle do Estado se sobrepõe sobre às estatais, acima de qualquer intenção do legislador ao tratar da autonomia dessas empresas ou de qualquer outra limitação quanto à intervenção do Estado na atividade econômica privada.

Embora o art. 173, §1º, da Constituição Federal, já houvesse previsto a normatização das estatais, permanecemos num verdadeiro vazio jurídico o tempo que mediou entre a previsão constitucional (dada pela emenda Constitucional nº 19/98) e a publicação da atual legislação.

Foi então nesse cenário – que nem de longe se compagina com o atual conceito de direito empresarial – é que foi editada a Lei nº 13.303/16, denominada Lei das Estatais, servida para regulamentar “*o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias*” e das suas controladas, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive àquelas sediadas no exterior e às transnacionais, que exploram “*atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos*” – assim como prevê o art. 1º da referida Lei – é aplicável integralmente às empresas públicas e às sociedades de economia mista que, em conjunto com suas subsidiárias, tiver obtido receita operacional bruta acima de R\$ 90 milhões no exercício social anterior, segundo o artigo 1º, §1º, da Lei.

Com relação àquelas empresas públicas e sociedades de economia mista que não se enquadram nesse requisito – entendidas como empresas estatais de pequeno porte – após a publicação do Decreto nº 8.945/16, ficou claro que elas também devem adotar as regras contidas na Lei das Estatais, não sendo questão meramente facultativa como muitos acreditavam até a data de publicação do referido Decreto. À exceção da aplicabilidade da Lei as estatais de pequeno porte, por outro lado, está prevista no Capítulo V do Decreto que trata especificamente sobre regras atinentes ao Conselho de Administração e ao Conselho Fiscal, requisitos de nomeação e ao Comitê de Auditoria das empresas estatais de pequeno porte, que as diferenciam das demais empresas públicas ou das sociedades de economia mista previstas na Lei nº 13.303/16 (cuja receita operacional bruta no exercício social anterior deve ser superior a R\$ 90 milhões).

Também no que diz respeito à adoção de normas que versam sobre licitações e contratos, a Lei nº 13.303/16 é inteiramente aplicável às empre-

sas estatais chamadas de pequeno porte, de acordo com a redação contida no artigo 51 do Decreto.

A Lei das Estatais – ou também chamada de Lei de Responsabilidade das Estatais –(LRE) foi dividida em dois grandes blocos: o primeiro deles trata da governança corporativa e do regime societário, enquanto o segundo trata das licitações e dos contratos.

O primeiro bloco, com vieses de “direito privado”, e o segundo bloco, com rótulos de “direito público”, supondo-se a existência de duas leis em uma só, segundo palavras de Bernardo Strobel Guimarães, ao escrever sobre os pressupostos interpretativos da Lei.

Esses dois blocos tem por objetivo combater a corrupção e conferir maior autonomia às empresas estatais, criando-se um sistema que impeça os desvios de recursos, seja pela ampla transparência, seja pela gestão de risco e controle interno, além de visar o aumento da produtividade das estatais, conferindo maior eficiência e segurança jurídica. Além disso, é por meio da governança corporativa – da forma como prevista na Lei – que se tenta fortalecer o Conselho de Administração, para que este possa definir com clareza os objetivos e exigências da empresa estatal, o que se fará por meio das metas e planos de ação a serem traçados, das cartas anuais subscritas pelos membros do Conselho de Administração que descrevam os compromissos e os objetivos da empresa e da implantação de mecanismos de *compliance*.

A forma com que esses objetivos deverão ser alcançados estão estampados na Lei com enfoque principal na governança corporativa – e aqui entendida como a parte mais interessante da Lei –, dividida em quatro linhas mestras. São elas as quatro linhas da governança corporativa: (i) transparência; (ii) controle interno; (iii) *compliance*; e (iv) responsabilidade social.

A Lei já entrou em vigor desde a data de sua publicação. Porém, embora existam vários dispositivos cuja aplicação é imediata, a Lei prevê que as empresas públicas e as sociedades de economia mista possuem um período de 24 (vinte e quatro) meses, a contar da data de sua publicação, para adaptar sua estrutura funcional e organizacional para a implementação das novas regras. Ou seja, naquilo em que a Lei não for autoaplicável, a estatal terá um prazo de adaptação até 30 de junho de 2018.

Além disso, foi publicado em 27 de dezembro de 2016, o Decreto nº 8.945/16 que trata da regulamentação da Lei, que prevê, essencialmente, o regime societário das empresas estatais, os meios de fiscalização e o tratamento diferenciado das empresas estatais consideradas de pequeno porte.

Assim, diante de todas as novidades trazidas pela Lei nº 13.303/16 e da

necessidade de adaptações pelas empresas públicas e pelas sociedades de economia mista, observa-se que a intenção do legislador – embora possa trazer maior lentidão aos procedimentos e não tenha sido completa no sentido de tratar de todos os assuntos atinentes às empresas estatais e ainda carecer da construção de novos conceitos – tem contribuição significativa para o incremento da economia, principalmente no que diz respeito às boas práticas de governança e à segregação político-partidária na indicação de membros da diretoria e dos conselhos, que podem trazer bons resultados aos problemas de corrupção que vem assolando o país.

## 2. AS REGRAS DE TRANSIÇÃO E A APLICABILIDADE DA LEI

Conforme mencionado anteriormente, a Lei está em vigor desde a data de sua publicação, contudo, a aplicabilidade das regras de vigência, validade e eficácia da Lei – previstos nos artigos 91 e 97 da Lei – são pontos sensíveis nessa sistemática, que no início geraram muitas dúvidas e questionamentos a respeito dos aspectos temporais da Lei.

No que interessa ao presente artigo sobre a governança corporativa e, por conseguinte, a alguns aspectos societários previstos na Lei nº 13.303/16, é necessário fazer menção ao que dispõe o artigo 66 do Decreto nº 8.945/16 de que os administradores e conselheiros fiscais empossados até a data de entrada em vigor da referida Lei podem permanecer no exercício de seu mandato, exceto se houver determinação em contrário pela assembleia-geral ou pelo Conselho de Administração da empresa estatal.

Esse era o entendimento já referendado pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais – SEST –, no sentido de que as normas que tratam de indicação de diretores e membros de Conselho, previstas no artigo 17 da Lei nº 13.303/16, são de aplicabilidade imediata, preservados os mandatos daqueles diretores e administradores que tomaram posse antes da entrada em vigor dessa Lei.

Afinal, entende-se que não poderia ser diferente, pois o exercício do mandato trata-se de ato jurídico perfeito, sendo evidente que diretores e administradores indicados anteriormente podem cumprir seu mandato até o término deste ou até o término do período dos 24 (vinte e quatro) meses, o que ocorrer primeiro. O que não significa que o dirigente ou o conselheiro que está no curso do mandato tenha direito adquirido sobre a renovação do mandato, que é ato discricionário.



Ou seja, os mecanismos que tratam de requisitos objetivos para indicação de dirigentes estão em pleno vigor, cabendo às empresas estatais se adaptarem às questões afetas à sua gestão e a atuação dos seus membros até o prazo máximo de 30 de junho de 2018.

Já no que diz respeito aos estatutos sociais e ao Comitê de Auditoria, por exemplo, como as inclusões e adaptações dependem de alteração estatutária, as regras já aplicadas – antes mesmo da publicação Lei – que forem incompatíveis ou omissas, deverão observar, também, o prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses.

É o que prevê, inclusive, o artigo 64 do Decreto nº 8.945/16, que dispõe que “*as empresas estatais deverão adequar os seus estatutos sociais ao disposto neste Decreto até 30 de junho de 2018, se não fixado prazo inferior pela CGPAR.*”. Além disso, o Decreto previu que, enquanto os estatutos não fossem alterados no que diz respeito à eleição estatutária, as estatais deveriam instituir até meados de janeiro de 2017 uma comissão interna, transitória e não estatutária para exercer as mesmas funções do comitê de elegibilidade previsto no Decreto, de forma temporária.

Por outro lado, embora não seja esse o objeto do presente texto, com relação às regras de transição das licitações, é plenamente defensável que a Lei é autoaplicável, podendo ser utilizada já nesse período de 24 (vinte e quatro) meses (exceto com relação a alguns procedimentos que demandam regulamentação interna, assim como já fez o BNDES, por exemplo, que já cuidou de regulamentar o seu procedimento próprio para as licitações e para as contratações administrativas realizadas por dispensa ou inexigibilidade, bem como da fiscalização dos contratos).

No caso do regime licitatório contratual, portanto, os contratos já assinados anteriormente à data da publicação da Lei ainda detêm eficácia, porém, tratam-se de contratos celebrados em regime jurídico não mais vigente.

Assim, o que se vê com relação à eficácia temporal prevista na Lei nº 13.303/16 é que ela possui caráter multifacetado e um tanto complexo, devendo ser observado dispositivo por dispositivo para verificar as normas de direito intertemporal aplicáveis caso a caso.

### **3. A PRETENSÃO DA LEI E A GOVERNANÇA CORPORATIVA NAS ESTATAIS**

A governança corporativa vislumbra a assunção de obrigações pelos administradores, que vão além daquelas impostas pela legislação, materializadas no estatuto social da empresa; significa a transparência dessa adminis-

tração, a definição de estratégias e a política empresarial, incluindo-se aqui, também, o enfoque na maior remuneração dos acionistas, não bastando, portanto, a mera boa gestão de custos.

De acordo com Marlon Tomazette, a governança corporativa são as práticas e os relacionamentos entre os membros integrantes da organização e administração da empresa, de modo a “*conduzir a sociedade, otimizando a sua atuação, e tornando-a mais atrativa para os investidores*”, estabelecendo-se um “*sistema de controle dos poderes exercidos dentro da sociedade*”.

Na Lei nº 13.303/16, a governança corporativa surgiu como uma tentativa de garantir a autonomia e a produtividade das estatais, tendo como escopo a geração de receitas e resultados, por meio de reestruturação financeira e segurança nas suas atividades.

A governança divide-se em duas funções, a de controle e a de gestão, por meio dos quais se traçam ações de aperfeiçoamento e de desempenho que trazem materialidade para a boa administração da empresa, destacando-se para o reforço na prevenção contra a corrupção e na implantação de sistemas de *compliance*, no fortalecimento dos controles internos da empresa e na cultura de segurança, bem como no aprimoramento da gestão de riscos.

Nesse aspecto, a Lei trouxe quatro linhas da governança corporativa – todas relacionadas entre si –, tratadas adiante.

### 3.1 Transparência

Numa primeira linha, o artigo 8º da Lei, em conjunto com o artigo 13 do Decreto nº 8.945/16, abarcam uma série de informações a serem prestadas pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista e suas subsidiárias, para que essas observem requisitos de transparência, sem prejuízo de outros elencados na norma: (a) a elaboração de carta anual conforme modelo disponibilizado pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que explicita os objetivos das políticas públicas adotadas pela empresa, com vistas a atender ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional; (b) a adequação do seu objeto social; (c) a divulgação de informações relevantes como dados econômico-financeiros, estrutura de controle políticas e práticas de governança; (d) divulgação de demonstrações financeiras e elaboração de política de distribuição de dividendos; (e) divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade e dos Relatórios Anuais de Atividades de Auditoria Interna (RAINT).

Esses dispositivos, em conjunto com o artigo 6º da Lei e dos artigos 9º,

15 e seguintes do Decreto preveem que as estatais e a suas subsidiárias devem implementar mecanismos de controle interno, de modo claro e eficiente.

Impõe-se, por meio da transparência, não só uma vinculação do Conselho de Administração em elaborar a carta anual, de acordo com balizas técnicas, mas também explicitar os compromissos para atingir os reais objetivos da empresa, atendendo ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional, exigindo-se a ampla divulgação de informações e/ ou resultados das estatais.

### **3.2 Controle interno**

Essa segunda linha que trata do controle interno é outra questão bastante reforçada na Lei nº 13.303/16, em que se prevê a obrigatoriedade da adoção de auditoria interna, da criação do Comitê de Auditoria Estatutária, com a ideia de que a atuação desses órgãos, de forma técnica e em conjunto, vão representar uma melhor atuação e elevar o nível da prestação das contas e, por conseguinte, o atingimento das metas da empresa, principalmente no que diz respeito às contratações e resultados.

Sendo assim, as estatais devem aperfeiçoar as já existentes normas de controle interno, ou instituí-las no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, editando seus próprios regulamentos, prevendo a necessidade de adoção de auditoria interna e da criação do Comitê de Auditoria Estatutária.

Essas normas de controle interno são direcionadas a todos os empregados, diretores e administradores, sob pena de responsabilidade.

A auditoria interna deverá estar vinculada ao Conselho de Administração, de forma direta ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário e será responsável por aferir adequação do controle interno e dar efetividade ao gerenciamento de riscos e processos de governança.

O Comitê de Auditoria Estatutário, por sua vez, é órgão auxiliar do Conselho de Administração, competindo a ele – segundo o que prevê o artigo 24 da Lei –, (a) opinar sobre a contratação e destituição de auditor independente, bem como supervisionar as atividades desenvolvidas por eles; (b) supervisionar as atividades desenvolvidas nas áreas de controle interno, de auditoria interna e de elaboração das demonstrações financeiras, além de monitorar a qualidade e integridade dos mecanismos de controle interno de demonstrações financeiras e das informações e medições divulgadas pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista; (c) avaliar e monitorar exposições de risco da estatal.

Essa gestão de riscos está intimamente ligada à *accountability* (ou pres-

tação de contas), que “é considerada o aspecto central da governança tanto na esfera pública quanto privada, seguindo-se a mesma linha da controladoria ou da contabilidade”<sup>2</sup>. A *accountability* pode ser empregada em várias áreas de conhecimento e pode ter natureza diversa, como política, administrativa, moral, dentre outras.

A obrigação de prestar contas vai além. Não se trata de prestação de contas apenas em termos quantitativos, mas, também, de prestar contas das atividades e de divulgação de resultados de forma transparente.

Com isso, tem-se que a implementação dessas regras de governança, por meio da transparência e do controle interno, dada a sua ampla publicidade e a estruturação, respectivamente, da forma como previstos na Lei e no Decreto que a regulamenta, representa um grande desafio cultural, para que as decisões sejam tomadas da forma mais transparente possível e para que todos os atos e condutas dos seus empregados e administradores possam ser controlados previamente.

### 3.3 Compliance

Essas diretrizes previstas no primeiro bloco da Lei das Estatais acima referidas estão intimamente ligadas, também, à ideia de *compliance*, cujas regras são estabelecidas para a adoção de medidas internas que sirvam para prevenir ou minimizar riscos de violação às normas legais inerentes à atividade desenvolvida pela empresa.

A única referência expressa que a Lei faz à área do *compliance* é no artigo 9º, §4º, que diz que o estatuto social deve prever a possibilidade de a área do *compliance* se reportar diretamente ao Conselho de Administração em caso de suspeita de envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este deixar de adotar medidas a ele cabíveis.

A área do *compliance* lá expressa deve ser aquela responsável pela verificação do cumprimento de obrigações e de gestão de riscos, vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, e que deve estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente.

Além da criação dessa área de *compliance*, as empresas são obrigadas a criar um Código de Conduta e Integridade, que se assemelha aos códigos de ética.

O Código de Conduta e Integridade deve constituir, nas palavras de Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos, “antes de norma interna,

---

<sup>2</sup>ANTONIK, Luiz Alberto. **Compliance, Ética, Responsabilidade social e Empresarial – Uma Visão Prática**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. 200.

*um manual ou roteiro de procedimentos e atos. Para tanto, é preciso inicialmente definir com clareza quais os princípios, os valores e a missão estatal a partir, evidentemente, dos estatutos sociais e atos constitutivos.*”<sup>3</sup>.

Todos os profissionais abrangidos pelo Código, a sociedade civil e os órgãos e controle (internos e externos) devem ter plena ciência dos valores e limites previstos no Código de Conduta e Integridade.

E assim, para que se fortaleça a estrutura orgânica e a relação de responsabilidade dos dirigentes, administradores e empregados em geral das estatais, a empresa deve implantar o Código de Conduta, por meio de ato normativo interno.

Antes mesmo da edição da Lei, Modesto Carvalhosa<sup>4</sup> já fazia referência ao comitê de governança ao tratar do *compliance* e da auditoria interna:

“Quando se tratar de pessoa jurídica que possua órgão colegiado nele deve ser criado um comitê de governança para supervisionar o exercício regular e eficaz da auditoria interna nas suas funções de aplicar o Código de Ética, promover a auditoria jurídica, econômica e financeira dos contratos, investigar as condutas internas de seus quadros dirigentes e funcionais, bem como as condutas da própria pessoa jurídica nos seus relacionamentos com o Poder Público.

Esse comitê, criado no seio do órgão colegiado da pessoa jurídica, deve ser independente no relacionamento com os dirigentes da pessoa jurídica, cabendo-lhe, quando receber as denúncias da auditoria interna, encaminhá-las à diretoria.

Assim, o Comitê de Governança tem o dever de investigar, de revelar e denunciar. Nessas três funções a auditoria interna, como órgão executivo do regime de conformidade (*compliance*) deve declarar ao comitê de governança se a prática corruptiva é tolerada, permitida ou incentivada no interior da própria pessoa jurídica ou nas suas relações privadas e naquelas públicas, ou seja: se a conduta dos dirigentes e dos funcionários são previsíveis ou mesmo esperadas dentro de uma cultura corruptiva própria da pessoa jurídica.”.

Na Lei, as competências para a realização de auditoria interna e para a verificação de cumprimento do Código de Conduta e Integridade foram setorizados, divididos para diferentes comitês. Enquanto que a auditoria interna está vinculada ao Conselho de Administração e ao Comitê de Auditoria Estatutário, a área responsável pela verificação de cumprimento das normas contidas no Código de Conduta e Integridade está vinculada ao diretor-presidente e deve ser liderada por diretor estatutário.

<sup>3</sup>SANTOS, José Anacleto Abduch, Edgar Guimarães. **Lei das Estatais – Comentários ao Regime Jurídico Licitatório e Contratual da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2017, p. 291.

<sup>4</sup>CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: RT, 2014, p. 330 a 332.

### 3.4 Responsabilidade social

A função social da empresa tem como estratégia a sustentabilidade dos negócios, contemplando valores sociais a serem inseridos na atividade que ela desenvolve.

O artigo 27 da Lei das Estatais prevê a responsabilidade social da empresa estatal, que está prevista também no artigo 44 do Decreto nº 8.945/16, dispondo que a empresa estatal terá a função social de realizar o interesse coletivo para o alcance do bem-estar econômico e alocação eficiente de recursos ou de atendimento ao imperativo da segurança nacional, além de desenvolver o emprego ou a tecnologia do país e adotar práticas de sustentabilidade ambiental, o que pode ser feito por meio de convênio.

Assim como já prevê a Constituição Federal e a Lei das S/A, a função social também serve como uma diretriz para a gestão da estatal, detendo importante papel na realização do bem estar coletivo e outros interesses que gravitam em torno da empresa, assim como a sustentabilidade ambiental e responsabilidade social, que devem ser incluídas no planejamento administrativo da empresa.

## 4. PONTOS QUE FALTARAM SER TRATADOS NA LEI E O QUE NÃO FUNCIONA

Seria muita pretensão tentar abarcar todas as falhas existentes na Lei – que não são poucas –, e não é nem essa a intenção do presente artigo. Mas, quando se trata de governança corporativa e das medidas de controle previstas na Lei – por mais que seja bastante positiva nesse aspecto –, não merece apenas elogios, como também análise crítica.

Embora a Lei tenha sido acertada no sentido de tentar conferir maior confiabilidade à sociedade civil, aos contratantes e contratados das empresas públicas e das sociedades de economia mista, abarcando desde o cumprimento de metas pelos seus dirigentes e contratados, impondo vedações rígidas para a indicação de conselheiros e dirigentes e a observância de certos requisitos técnicos e a profissionalização dos seus dirigentes, e de ter conferido maior autonomia às empresas, a Lei das Estatais deixou de tratar de assuntos que também teriam a sua novel relevância, como o regime tributário das empresas públicas e das sociedades de economia mista, questões relativas à pessoal (como contratação e garantias), dentre outros.

Percebe-se, dessa forma, que a nova legislação, além de não ter trazido à baila todos os assuntos atinentes a essas empresas, há de ser aplicada com certa cautela para que não torne os procedimentos ainda mais burocráticos

e pouco flexíveis – o que acarretaria a demora na obtenção de resultados e o aumento de custos para as estatais, indo na contramão daquilo que pretendeu o legislador. De fato, a Lei previu certos exageros, que agora dependem de discussão e construção de entendimentos a respeito de sua aplicabilidade.

É o que acontece, por exemplo, com os conceitos jurídicos indeterminados referidos na Lei, como “conflito de interesses”, “estrutura decisória de partido político”, “trabalho vinculado a organização” de campanha eleitoral, “ter sido remunerado”. Até que ponto entende-se que a pessoa tem conflito de interesse? Quem é meramente filiado e não participa de estrutura decisória do partido político e que não tem poder de decisão, mas que entrega folheto na época de campanha eleitoral, sem remuneração, estaria inserido nos impedimentos previstos no artigo 17 da Lei? E que tipo de trabalho seria esse? Seriam todos os trabalhos remunerados ou não remunerados? O conceito é muito amplo.

Ou com o impedimento de nomeação de parentes até o terceiro grau, o que significa certo exagero, pois a Lei, além de limitar a indicação, também passa a fazer uma série de exigências profissionais, o que pode dificultar o preenchimento dos requisitos para o cargo.

Ou, ainda, com a aplicabilidade da Lei das Estatais às controladas e às sociedades de propósito específico, que pode produzir problemas concretos quanto à implementação das práticas de governança, ou ainda questionamentos a respeito de o controle seria o suficiente para dar às controladas a natureza de empresa pública, dentre outros aspectos. Além, é claro, das questões afetas à realização de licitação, como por exemplo o fato de a Lei prever uma forma de contratação de modo diverso daquilo que não seria exigível por parte da SPE normalmente.

Esses são apenas alguns exemplos que demonstram que a Lei não trouxe respostas prontas e que conceitos devem ser construídos frente à nova legislação.

## 5. CONCLUSÃO

A Lei nº 13.303/16 teve grande preocupação em estabelecer regras com o objetivo de fixar controles sobre a atividade da gestão pública.

A Lei inovou nos critérios de seleção e nomeação de dirigentes, impondo limites à vinculação partidária e sindical, caminhando para uma maior profissionalização dos órgãos estatutários; previu a criação de comitês internos, a avaliação de cumprimento de metas e o alinhamento dos objetivos das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

Por outro lado, diante de tantas mudanças até então não previstas em Lei, pergunta-se se a Lei nº 13.303/16 chegou a criar uma lei societária em apartado, uma vez que reduz a aplicação da Lei das S/A, como no caso de prazos e questões relacionadas aos conselhos, como constituição, nomeação, dentre outros aspectos.

Ainda que não tenha tratado de alguns assuntos reputados como imprescindíveis e tenha imputado certos exageros quanto à nomeação de dirigentes, por exemplo, parece claro o bastante que a Lei visa a eficiência e a segurança jurídica, as quais sempre foram buscadas, porém, o resultado visto até os dias de hoje não foram satisfatórios, representando uma incapacidade do Estado para regular o controle das empresas.

Nesse senda, verifica-se que a fiscalização, tanto pela sociedade quanto pelos órgãos de controle e pela própria estrutura organizacional, se faz crescente, exigindo-se cada vez mais transparência nas atividades desempenhadas pelo Estado.

Isso porque, de acordo com o cenário do país visto nos últimos anos, é premente a necessidade de se retomar a credibilidade das políticas públicas e, por conseguinte, dos investimentos no país, sendo que as empresas estatais tem papel fundamental para a melhoria da situação atualmente vivenciada pela sociedade e pelo Estado.

## REFERÊNCIAS

ANTONIK, Luiz Alberto. **Compliance, Ética, Responsabilidade social e Empresarial – Uma Visão Prática**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas**. São Paulo: RT, 2014.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Pressupostos interpretativos da Lei nº 13.303/2016: afinal, o que a governança tem a ver com o negócio das Estatais?** Revista Direito do Estado. Ano 2016, núm. 288. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/bernardo-strobel-guimaraes/pressupostos-interpretativos-da-lei-n-133032016-afinal-o-que-a-governanca-tem-a-ver-com-os-negocios-das-estatais>.

SANTOS, José Anacleto Abduch, Edgar Guimarães. **Lei das Estatais – Comentários ao Regime Jurídico Licitatório e Contratual da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, 3ª ed.



# **Inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatórios na Lei das Estatais**

**JOSÉ ROBERTO TIOSSI JUNIOR<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup>Advogado. Mestre em Direito. Pós-Graduado em Direito Público e Direito Tributário. Professor e Consultor Jurídico na área de Licitações e Contratos. Presidente da Comissão de Gestão Pública e Controle da OAB/PR – Subseção Maringá.

Com a promulgação da Lei 13.303/16, denominada Lei das Estatais, a norma constitucional prevista no art. 173 § 1º foi regulamentada, em especial no que tange as contratações públicas previstas em seu inciso III, que dispõe sobre licitação, contratação de obras, serviços, compras e alienações com base nos princípios da administração pública.

Vale ressaltar que toda empresa estatal deve se submeter ao regime implantado pela Lei 13.303/16, visto possuir incidência no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, englobando a totalidade das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

Quanto ao regime de licitações e contratos instituído pela Lei das Estatais, inúmeras foram as inovações, principalmente em relação a Lei 8.666/93, já que muitos dispositivos previstos na Lei 12.462/11 que trata do RDC – Regime Diferenciado de Contratação também foram reproduzidos na Lei 13.303/16.

Percebe-se que o legislador teve a sensibilidade de confeccionar um novo regulamento baseado nos princípios constitucionais, nos moldes exigidos no inciso III, *in fine*, do art. 173 § 1º da CF 88, dando ênfase ao princípio da eficiência, posto que muitas das normas visam modificar os atuais modelos ortodoxos de contratação, os quais se mostram ineficientes, revelando inclusive um campo propício para os mais variados tipos de fraude e corrupção.

Pois bem, o art. 28 da Lei 13.303/16 iniciou o Título II – Capítulo I – Seção I externando as contratações que serão precedidas de licitação por parte das empresas pública e sociedades de economia mista, além de mencionar a possibilidade de contratações diretas por dispensa e inexigibilidade, nos seguintes moldes:

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

Nestes termos, percebe-se que a licitação não é a única forma pela qual as estatais celebram seus contratos, posto que a legislação é límpida quanto a possibilidade de contratação direta, culminando no afastamento do procedimento licitatório e legitimando a contratação por dispensa ou inexigibilidade.

Importante ressaltar que a Lei 13.303/16 prevê hipóteses em que

ocorrerá o afastamento tanto da licitação quanto da contratação direta, nos termos do art. 28 §3º. e 4º.

Art. 28(...)

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;

II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

§ 4º. Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

Assim, nos casos em que o objeto a ser contratado se emaranhar com as próprias atividades finalísticas para a qual as empresas estatais foram criadas, o afastamento de licitação e até da contratação direta será recomendado, visando resguardar o desempenho das mesmas no mercado que atuam. Já a segunda hipótese, se refere as oportunidades de negócios que objetivam melhorar o arranjo societário e facilitar as operações do mercado de capitais.

Ademais, o presente estudo tem como escopo abordar um tema que embora possua previsão constitucional e esteja regulamentado por legislação ordinária, historicamente vem sendo alvo de excessos e abusos, principalmente pelos órgãos de controle, qual seja, a contratação de serviços técnicos especializados de advocacia por inexigibilidade de licitação, que na Lei das Estatais aparece com uma nova roupagem.

Em que pese o Título II – Capítulo I – Seção I - trazer como título “Da Exigência de Licitação e dos Casos de Dispensa e de Inexigibilidade, o artigo 30 da Lei 13.303/16 não apresenta em seu caput o vocábulo inexigibilidade, versando apenas em contratação direta e inviabilidade de competição.

É óbvio que tais terminologias se referem a inexigibilidade de licitação que é expressamente mencionada no inciso II do próprio artigo 30.

Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

- I - aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;
- II - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:
  - a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
  - b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
  - c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
  - d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
  - e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
  - f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
  - g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Diferentemente da Lei 8.666/93 que remete o rol de serviços técnicos para outro artigo, a Lei das Estatais detalha nas alíneas do inciso II do próprio artigo 30 a relação de serviços técnicos especializados.

O caput do artigo 30 por si só tem aplicabilidade em todas as hipóteses de inexigibilidade, ao passo que a inviabilidade de competição é que define a contratação direta, na medida em que as hipóteses previstas nos incisos I e II são meramente exemplificativas. A expressão “em especial” chancela tal entendimento por não exaurir todas as possibilidades de afastamento da licitação.

Sabe-se que a inviabilidade de competição pode ser absoluta ou relativa. A hipótese prevista no inciso I revela uma inviabilidade absoluta, graças a exclusividade do contratado, por ser único em determinado mercado. A inviabilidade prevista no inciso II é relativa pois não é a exclusividade do profissional ou empresa que valida a contratação direta, mas sim a carência de critérios objetivos para definir, comparar e julgar objetivamente, por se tratar de serviço técnico especializado, que demanda atividade predominantemente intelectual.

Neste último caso, existem situações em que o objeto pode ser executado por mais de uma empresa ou profissional. O próprio inciso II permite tal entendimento, ao utilizar o plural como flexão gramatical de número, mencionando contratação “com profissionais ou empresas”, ao passo que o inciso I versa em “produtor, empresa ou representante comercial exclusivo” no singular.

O uso afirmar que, utilizando da melhor técnica legislativa, o inciso II do artigo 30 foi confeccionado ao fito de eliminar todas as dúvidas e polêmicas existentes em torno das contratações diretas de serviços técnicos especializados, ao deixar de mencionar em seu texto a expressão “de natureza singular” prevista no art. 25, II da Lei 8.666/93.

Art. 25 (...)

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

A Lei das Estatais lapidou o texto que trata das contratações de serviços técnicos profissionais por inexigibilidade de licitação, uma vez que a singularidade está prevista intrinsecamente em todos os serviços técnicos especializados por possuírem natureza intelectual e científica, derivada de habilidades personalíssimas do profissional. A omissão legal da terminologia “singular” não compromete a boa aplicação da norma, ao passo que reduz a insegurança jurídica para este tipo de contratação.

A singularidade encontra-se no cerne dos problemas enfrentados pela Administração Pública nas contratações de serviços técnicos especializados por inexigibilidade de licitação em razão de sua imprecisa definição.

Com pensamento distinto, os renomados juristas Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos analisam o tema com a seguinte perspectiva:

“(...)Em que pese à lei não fazer menção expressa, é forçoso concluir que o serviço, além de técnico profissional especializado, deve ser de natureza singular, ou seja, deve ser excepcional, incomum ao cotidiano administrativo, diferenciando-se de outros similares a ponto de ser considerado peculiar.” GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 83.

Neste caso, ampliar o sentido da norma para além do contido em sua letra, é contrariar a *mens legis* e retroagir todo o avanço legislativo e dinamismo que a contemporaneidade exige nas contratações públicas, em especial as diretas realizadas por inexigibilidade de licitação.

Uma interpretação restritiva é recomendável para compreender o espírito da lei. O próprio princípio da legalidade impede que a Administração atue em desconformidade com a lei.

Tamanha foi a percepção e precisão técnica do legislador em deixar de mencionar a expressão “de natureza singular”, por compreender que todos os serviços técnicos especializados trazem em sua essência a singularidade, em razão da natureza predominantemente intelectual, fato que impossibilita a definição, comparação e julgamento objetivo.

Um mito foi criado em torno das contratações diretas, como se a realização de processo licitatório fosse o céu, onde inexistem quaisquer tipos de fraudes, vícios e desvios, presumindo a lisura de todo o procedimento

com a simples instauração e disputa entre os licitantes, ao passo que o afastamento da licitação conduziria direto ao inferno, por se enquadrar como ato proibido e ilegal.

Esse mito gera instabilidade jurídica, que por sua vez, produz ineficiência, à medida que o gestor público, para evitar um questionamento futuro sobre a contratação direta, opta por simular um processo licitatório, direcionando a licitação sob o pretexto de atender a lei, como se o fato de adotar a contratação direta atentasse contra a legislação.

Refém de um controle desmoderado e muitas vezes compulsivo, desencadeado por raciocínio fundado em premissas estreitas, através de um resultado interpretativo opaco, desprovido de qualquer solidez, o Administrador Público decide adotar os já comprovados métodos arcaicos, que se traduzem em ineficiência, gerando lentidão, burocracia e gastos desnecessários.

Embora a Constituição Federal e a leis ordinárias que tratam da matéria sejam claras quanto a possibilidade de contratar serviços técnicos especializados, em especial de advocacia, por inexigibilidade de licitação, necessário se faz uma profunda reflexão sobre o regime jurídico das contratações públicas, para evitar distorções e pré-julgamentos indevidos.

A Constituição Federal de 1988 prescreve em seu art. 37, XXI que as obras, serviços, compras e alienações serão precedidas de processo licitatório que vise assegurar a igualdade de condições entre os interessados em contratar com a Administração Pública

Art. 37 (...)

XXI - 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.

Importante destacar que o próprio inciso XXI *in initio*, através de uma interpretação literal, legitima as contratações diretas ao externar que na existência de ressalvas específicas na legislação, a licitação será afastada.

A isonomia é a base para que a licitação possa existir, mediante a fixação de condições que assegurem igualdade de condições a todos os concorrentes, visto que a igualdade é garantida pelo próprio art. 5º. da Constituição Federal, endossando a possibilidade de todos os interessados em contratar com a Administração Pública de modo igualitário.

Existem casos que a não realização de licitação é a forma mais adequada de atender as demandas do Poder Público, principalmente se analisado sob a ótica da eficiência, posto que para satisfazer o interesse público não significa instaurar sempre a licitação, mas realizá-la apenas quando for admissível.

Há uma impossibilidade técnica e ética de contratar advogados através de processo licitatório, por configurar um escancarado método para aviltar a advocacia, transformando-a em um serviço banal, corriqueiro e até mesmo medíocre, onde o menor preço é o principal critério para a contratação.

Por mais que existam critérios técnicos para aferir o conhecimento de cada profissional, o julgamento e avaliação será sempre subjetivo, visto que a constante criação intelectual do advogado impossibilita a fixação de qualquer método de comparação.

A própria Lei 8.906/94 que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil não admite que o Poder Público instaure processos licitatórios para a contratação de advogados, onde a disputa pelo menor preço define o vencedor. Tais casos, contrariam a legislação, visto a existência de tabela de honorários fixando parâmetros de valores a serem praticados, aliado ao fato de ser obrigação do cliente procurar o advogado, vedada a captação de causas e clientela.

Lei 8.906/94

Art. 58. Compete privativamente ao Conselho Seccional:

(...)

V – fixar a tabela de honorários, válida para todo o território estadual.

Art. 34. Constitui-se infração disciplinar:

IV – angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros

Já o Código de Ética e Disciplina da OAB, reconhece a inviabilidade de competição entre advogados em uma licitação, pelo fato da advocacia ser incompatível com qualquer processo de mercantilização, que, por conseguinte acaba gerando um aviltamento de honorários.

Código de Ética e Disciplina da OAB

Art. 2º. (...)

Parágrafo único. São deveres do advogado:

VIII - abster-se de:

f) contratar honorários advocatícios em valores aviltantes.

Art. 5º O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.

Art. 29. O advogado que se valer do concurso de colegas na prestação de serviços advocatícios, seja em caráter individual, seja no âmbito de sociedade de ad-

vogados ou de empresa ou entidade em que trabalhe, dispensar-lhes-á tratamento condigno, que não os torne subalternos seus nem lhes avilte os serviços prestados mediante remuneração incompatível com a natureza do trabalho profissional ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários que for aplicável.

Parágrafo único. Quando o aviltamento de honorários for praticado por empresas ou entidades públicas ou privadas, os advogados responsáveis pelo respectivo departamento ou gerência jurídica serão instados a corrigir o abuso, inclusive intervindo junto aos demais órgãos competentes e com poder de decisão da pessoa jurídica de que se trate, sem prejuízo das providências que a Ordem dos Advogados do Brasil possa adotar com o mesmo objetivo.

Art. 48.(...)

§ 6º Deverá o advogado observar o valor mínimo da Tabela de Honorários instituída pelo respectivo Conselho Seccional onde for realizado o serviço, inclusive aquele referente às diligências, sob pena de caracterizar-se aviltamento de honorários.

É válido ressaltar que o novo Código de Ética e Disciplina da OAB foi bem renovado em relação ao anterior, ao tratar do aviltamento de honorários em diversos artigos, inclusive diretamente nas relações com o Poder Público, nos termos do parágrafo único do artigo 29, reconhecendo ser uma prática comum e que merece uma atenção especial, por configurar flagrante violação as prerrogativas profissionais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é cristalina no sentido de reconhecer a legalidade na inexigibilidade de licitação para contratação de serviços jurídicos, ressaltando dentre os inúmeros aspectos, a incompatibilidade de disputa em um certame com as limitações éticas e legais da profissão.

A presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade de licitação para a contratação dos serviços de advocacia. 2. Extrema dificuldade, de outro lado, da licitação de serviços advocatícios, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais que da profissão (L. 8906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7º.). (STF, HC nº. 86.198-9, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 29.06.2007.)

Neste sentido, por não ser possível mensurar a atividade intelectual de cada advogado, o Conselho Pleno do Conselho Federal da OAB editou em 17.09.2012, a Súmula 04/2012/COP, reconhecendo a inviabilidade de competição entre advogados em uma licitação, com o seguinte enunciado:

ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela



Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (in totum) do referido diploma legal.

O serviço advocatício tem na singularidade a sua essência, por possuir natureza personalíssima e intelectual, decorrente de conhecimentos individuais que foram absorvidos pelo profissional ao longo de sua vida. A formação acadêmica, as experiências anteriores, os aspectos culturais, econômicos, éticos e morais da sociedade na qual está inserido torna cada profissional único, com habilidades e capacidades técnicas diferenciadas para lidar com as demandas jurídicas que lhe são apresentadas.

Por possuir um conceito relativo, muitos chegam a confundir singularidade com unicidade, dando a entender que para fins de contratação pública, o termo singular equivaleria a único, não podendo existir outros profissionais ou empresas com notória especialização para prestarem o serviço.

A pluralidade de profissionais ou empresas notoriamente especializadas não abre espaço para uma possível licitação, visto que a natureza do serviço inviabiliza a fixação de critérios isonômicos para um julgamento objetivo.

Neste caso, equivocada o entendimento de que a existência de possíveis competidores com notória especialização conduziria para a realização de licitação, pelo fato da natureza singular se referir ao objeto e não ao profissional ou empresa.

É inegável reconhecer a inviabilidade de escolher através de licitação, o melhor profissional para prestar serviços de natureza intelectual, não podendo a Administração Pública assumir o risco de contratar serviços técnicos especializados, cujo profissional responsável não inspire confiança e a qualidade seja questionável e incerta.

O menor preço apresentado por um advogado não pode ser considerado como parâmetro de proposta mais vantajosa para a Administração Pública, quando se tratar de contratação de serviços técnicos especializados.

O pensamento sistêmico é recomendável para compreender a essência das contratações diretas, que tem como mais nobre função atender o interesse público de forma eficiente. As complexas necessidades da contemporaneidade, exigem que alguns dogmas sejam superados e analisados com uma boa dose de moderação nas formalidades, atentando-se principalmente ao conteúdo e a indisponibilidade do interesse público sobre o privado.

O direito não é e não deve ser compreendido como uma ciência exata, com fórmulas prontas e definitivas, ainda mais no trato da coisa pública, por

causar nefastas consequências a sociedade. Uma visão linear cartesiana tem se mostrado perniciosa por não permitir uma percepção completa e absoluta. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade devem ser incorporados a visões mais amplas.

A prática vem demonstrando que a licitação é o meio legal para praticar atos de corrupção, pelo fato das contratações públicas estarem sendo equivocadamente compreendidas como um fim em si mesmas e não por sua função instrumental, voltadas para uma visão finalística e de resultados.

Licitatar não significa garantir a probidade administrativa em absoluto. Existem casos em que a probidade administrativa só é alcançada com a contratação direta, nos termos definidos pela lei, sob pena de configurar improbidade administrativa a instauração indevida de processo licitatório.

A Constituição Federal não deixa dúvidas ao dispor que a licitação é regra apenas nos casos em que for possível assegurar igualdade de condições entre os concorrentes, ou seja, nas demais situações em que for inviável a fixação de parâmetros isonômicos, a licitação deixa de ser regra e vira exceção, abrindo espaço para as contratações diretas disciplinadas por lei.

Muitos equívocos são cometidos pelo fato do instituto licitatório ser tratado sempre como regra. Trata-se de interpretação errônea e perpetrada ao longo de anos que vem causando nefastas consequências para a Administração Pública. Para fins de contratação pública não existe regra absoluta, visto que ela é relativa e pode variar diante do caso em concreto e de todas as circunstâncias que envolvem a contratação, ou seja, a licitação pode ser a regra como também a exceção, da mesma forma que a inexigibilidade pode ser regra ou exceção.

A contratação pública é o mecanismo para satisfazer as demandas da Administração de forma eficiente através de um terceiro. A licitação será exigível nos casos em que for possível assegurar condições de igualdade entre os concorrentes e inexigível nos casos em que a isonomia não puder ser garantida.

Para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados de natureza jurídica que dependem da intelectualidade do contratado, a inexigibilidade é a única forma cabível, segura e eficiente para a contratação mais vantajosa, sendo obrigatório o afastamento da licitação.

Em outras palavras, a licitação só será aceitável nos casos em que a paridade entre os licitantes puder ser definida, comparada e julgada por critérios objetivos, ao passo que a subjetividade em qualquer um desses parâmetros conduzirá a inexigibilidade de licitação.

Nas contratações em que houver inviabilidade real para definir, comparar e julgar o serviço por critérios objetivos, a inexigibilidade torna-se regra, não cabendo margem de discricionariedade ao agente público para instaurar licitação, pois o tratamento isonômico jamais será garantido.

Nota-se que inexiste hierarquia entre os princípios constitucionais devendo os mesmos conviverem harmonicamente e de forma ponderada, ao passo que eficiência e legalidade não dependem exclusivamente de contratações por meio de licitação. Nos casos que se enquadrarem nas hipóteses de inexigibilidade, a eficiência e legalidade só será alcançada com o afastamento da licitação, sob pena de violação aos princípios e normas legais.

Efetuar uma contratação de serviço técnico especializado de natureza jurídica mediante fixação em edital de cláusulas sintéticas e postizas capazes de figurar como legítimas e isonômicas não garantem a contratação mais vantajosa, além de atentar contra o ordenamento jurídico e violar o princípio constitucional da impessoalidade e da moralidade administrativa

Diferentemente da licitação que tem na impessoalidade sua premissa básica e obrigatória em todos os certames, como garantia de uma competitividade saudável e legal, dada a existência de potencial número de interessados, a inexigibilidade é conduzida pela pessoalidade, dadas as características próprias e individuais de cada contratado.

A Administração Pública não tem o poder de definir, comparar e julgar objetivamente os casos em que a subjetividade for congênita. Nestas situações, enquadradas como inexigibilidade de licitação, o direito de contratar diretamente dá lugar ao dever, não restando outra alternativa ao gestor público além do afastamento da licitação.

A instauração de licitações para contratar serviços de natureza intelectual, em especial serviços advocatícios, vem acontecendo com frequência tanto por julgamentos baseados no menor preço, quanto na melhor técnica ou técnica e preço. Nestes casos, a mera fixação de critérios objetivos para julgamento das propostas, não é capaz de encontrar a melhor solução e satisfazer as necessidades da Administração, pelo fato dos serviços técnicos especializados demandarem do intelecto do contratado e serem definidos e comparados subjetivamente.

Sabe-se que o julgamento objetivo é um dos princípios que norteiam as licitações públicas e auxiliam na escolha do contratado com base em parâmetros isonômicos definidos em edital. Acontece que um serviço intelectual pode até ser julgado por um critério objetivo definido em edital, visando atender determinada técnica. Porém, o fato que inviabiliza a instauração de

licitação para serviços dessa natureza, é a impossibilidade de definição objetiva de um serviço de natureza intelectual e a comparação entre possíveis interessados.

A Administração deve se pautar na contratação do melhor preço, ou seja, aquele que vai atender com eficiência as demandas existentes, trazendo benefícios que justificam o investimento realizado. A eficiência da contratação só será garantida através do menor preço, nos casos em que houver a possibilidade de padronização do objeto.

Um serviço técnico profissional especializado jamais poderá ser contratado pelo menor preço, por configurar um potencial risco a eficiência demandada. Uma possível disputa entre interessados em prestar serviços de natureza intelectual, potencializa as chances de fracasso, reduzindo drasticamente a satisfação e qualidade que um objeto de complexidade técnica exige.

Sobre a contratação de advogado e seu trabalho intelectual, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou através da lavra do Ministro Carlos Velloso:

Acrescenta-se que a contratação de advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser auferido em termos preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade que não sabe conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão defender interesses do Estado, que tem por missão a defesa pública. (STF. Recurso em Habeas Corpus nº 72.830, 2ª Turma. Rel. Min. Carlos Velloso, Julg. 24.10.1995.

Cumpra observar que a Lei Geral de Licitações prevê em seu artigo 46 o julgamento de licitações pelo tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço” exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual. Já a Lei do RDC disciplina em seu artigo 20 o julgamento para a melhor combinação entre “técnica e preço” para objetos de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica, além do tipo “melhor técnica” para contratação dentre outros, de trabalhos técnicos e científicos, conforme artigo 21. Quanto a Lei das Estatais, os tipos de julgamento “melhor técnica” ou “melhor combinação de técnica e preço” estão dispostos no artigo 54, porém não existe qualquer relação com serviços de natureza intelectual, técnica ou científica, sendo omissa a legislação no tocante as hipóteses de cabimento desses tipos de julgamento.

Dessa forma, mais um motivo para que os serviços técnicos especializados, em especial aqueles prestados por advogados, sejam contratados pelas

estatais por inexigibilidade de licitação, visto a inexistência de qualquer fundamento legal que demande a instauração de processo licitatório por parte das empresas estatais nos serviços dessa natureza.

O legislador que editou a Lei das Estatais teve a sensibilidade de desvincular os serviços técnicos e de natureza intelectual de qualquer julgamento baseado na melhor técnica ou técnica e preço, deixando como única alternativa a inexigibilidade de licitação, visto a complexidade técnica do objeto que impede sua definição e comparação objetiva.

A exigibilidade de licitação está intimamente vinculada a possibilidade de competição entre os interessados, através de critérios isonômicos de participação, ao passo que a subjetividade na definição, comparação e julgamento apontam unicamente para a inexigibilidade de licitação.

Além do flagrante equívoco hermenêutico que considera serviço de natureza singular como único, existe também o entendimento doutrinário e jurisprudencial que singularidade deve ser um serviço inédito, complexo, sobrenatural e até incomum.

Registre-se a jurisprudência do Tribunal de Contas da União que busca corrigir a errônea ideia de singularidade, afirmando que a inexistência de critérios objetivos é que ampara a inexigibilidade de licitação.

Nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais não impede a contratação direta amparada no art. 25, inc. II, da Lei 8.666/93. A inexigibilidade, amparada nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento. Acórdão nº. 2616/2015 – Plenário – Relator: Benjamin Zymler

Grande parte da doutrina afirma que serviços rotineiros, que tratam de questões ordinárias enfrentadas pelo poder público não comportam a inexigibilidade de licitação. O que deve ficar claro é que a inexigibilidade não depende se o caso é especial ou não. Nas situações em que inexistir corpo técnico permanente e houver a necessidade de recorrer a terceiros, pouco importa se o serviço é rotineiro ou complexo. A Lei das Estatais não deixa margem para interpretação diversa, apontando que a inexigibilidade de licitação é a única alternativa para os serviços técnicos especializados, que não podem ser auferidos por critérios objetivos, em razão de sua natureza intelectual.

Mesmo em ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais, a a inexigibilidade será o caminho, pela natureza intelectual que o ser-

viço jurídico possui. Neste caso, diante do poder discricionário que a Administração possui, o profissional escolhido será aquele que comprovar a notória especialização no ramo pertinente a demanda, transmitindo confiança que o seu trabalho é o mais adequado para atender o interesse público.

Essa ideia de serviço inédito e incomum remonta ao texto original da Súmula nº 39 do TCU que durante a vigência do Decreto-lei nº 200/67 baliava as contratações diretas por inexigibilidade de licitação. Tal Súmula, atualizada em junho de 2011, tratou de acrescentar o termo “técnico” na palavra “serviço” de modo a formar a expressão “serviço técnico”, além de substituir o “serviço inédito ou incomum” por “serviço de natureza singular”.

Trata-se de avanço jurisprudencial que na prática não surtiu muito efeito, visto que os excessos cometidos principalmente pelo Ministério Público e Tribunais de Contas não foram suavizados pelo novo entendimento imposto pela Súmula 39 do Tribunal de Contas da União.

Tamanho o destaque e repercussão desses abusos, que o próprio Conselho Nacional do Ministério Público emitiu recomendação aos Membros do Ministério Público no tocante a contratação de advogados por inexigibilidade de licitação nos seguintes termos:

**RECOMENDAÇÃO Nº 36, DE 14 DE JUNHO DE 2016.**

Art. 1º A contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por inexigibilidade de licitação, por si só, não constitui ato ilícito ou improbo, pelo que recomenda aos membros do Ministério Público que, caso entenda irregular a contratação, descreva na eventual ação a ser proposta o descumprimento dos requisitos da Lei de Licitação. Brasília-DF, 14 de junho de 2016. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público

Dentre os fundamentos que justificaram a Recomendação, o Conselho Nacional do Ministério Público considerou que os serviços de assessoria jurídica são fundados na relação de confiança, sendo lícito ao administrador, movido pelo interesse público, utilizar de sua discricionariedade para a escolha do melhor profissional. A natureza intelectual, inerente dos conhecimentos individuais e capacitação profissional, torna inviável escolher o melhor profissional através de licitação, por não existir parâmetros objetivos.

Não há qualquer possibilidade de dividir os serviços advocatícios em dois grupos formados pelo serviço técnico especializado e pelo serviço comum e trivial, por possuírem natureza personalíssima e intelectual. O advogado sempre prestará serviço técnico especializado, visto que a advocacia é privativa dos bacharéis em direito e dos inscritos na Ordem dos Advogados

do Brasil, ou seja, não pode ser exercida por qualquer profissional.

Significa dizer que, independente da existência de complexidade na matéria, em todos os casos em que houver necessidade de contratar um advogado, o afastamento da licitação será obrigatório. Porém, nem todo advogado encontra-se apto para ser contratado diretamente pelo Poder Público. A ciência jurídica é ampla e inesgotável, com diversas áreas de atuação. A pluralidade de normas, aliado a constante evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial exige que o profissional se especialize em determinado ramo do direito e mantenha-se atualizado, para que consiga atuar com dinamismo e propriedade diante dos problemas da contemporaneidade.

Os serviços advocatícios não se limitam nos serviços de patrocínio ou defesa em causas judiciais, previstos na alínea “e” do inciso II do artigo 30 da Lei das Estatais, podendo também ser encontrado nas alíneas “b” e “c” com a elaboração de pareceres, na realização de consultorias ou assessorias, além das demais situações em que a natureza intelectual não puder ser definida, julgada e comparada objetivamente.

Aquele profissional conhecido vulgarmente como “clínico geral”, além de perder espaço no mercado privado, pelo crescente aumento no número de advogados que chegou a impressionante marca de 1 milhão no mês de novembro de 2016, também não terá condições de ser contratado pelo Poder Público.

O fato de um advogado atuar de forma específica em determinada área ou concluir um curso de pós-graduação o torna um especialista. Porém, para ser contratado com o poder público não basta apenas ser advogado, tampouco especialista. Necessário se faz ser um notório especialista de modo a transmitir confiança ao Gestor Público para que seja considerado o mais adequado a satisfação do objeto.

Quanto a definição de notória especialização, a Lei das Estatais em nada inovou em relação a Lei Geral de Licitações, apresentando o seguinte texto:

§ 1º. Considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Desta forma, o advogado ou sua banca precisa reunir um conjunto de

elementos que garantam que a sua escolha é a mais adequada para atender o interesse público de forma eficiente. Vale destacar que a notória especialização do profissional deve estar intimamente vinculada com as características do objeto, não podendo por exemplo, um profissional notoriamente especializado em direito previdenciário, ser contratado de forma direta para prestar um serviço de natureza tributária.

Sobre o notório especialista, o saudoso jurista Hely Lopes Meirelles assevera que

(...), além da habilitação técnica e profissional – exigida para os serviços técnicos profissionais em geral – aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento. MEIRELLES, Hely Lopes. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 285.

A Lei das Estatais moderniza o instituto das contratações públicas, ao estatuir que o serviço técnico especializado de natureza jurídica só poderá ser prestado por notório especialista. Fato este que afasta a possibilidade de intromissão de eventuais aventureiros, que no intuito exclusivo de auferir lucro, esquecem da função social do advogado que presta serviço público e que é indispensável à administração da justiça. Tais profissionais só contribuem para a marginalização da advocacia e para a ineficiência do Poder Público aviltando honorários e prestando serviços sem a devida expertise exigida.

A advocacia é construída diariamente com o desenvolvimento intelectual dos advogados, que através de conhecimento teórico científico, aliado a habilidade personalíssima, atuam de forma distinta e inconfundível dos demais profissionais, inclusive dos próprios advogados, graças a criatividade e capacidade especial de cada indivíduo em produzir resultados diversos.

Um outro importante elemento para chancelar a contratação direta de advogado, é a confiança, que embora não esteja expressamente prevista no § 1º do art. 30, é decorrente da terminologia “inferir”. A notória especialidade gera confiança.

No tocante a confiança, esta é largamente reconhecida como legítima, diante do poder discricionário da Administração em escolher o melhor profissional, sendo mencionada tanto na Recomendação nº. 36 do Conselho Nacional do Ministério Público como na Súmula 39 do Tribunal de Contas da União, além de estar presente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que trata dos serviços advocatícios.



Isto porque, os serviços de natureza advocatícia, como ocorre na hipótese em apreço, em uma análise primária e geral, sempre poderão ser prestados por mais de um profissional especializado, mormente em razão da popularidade da profissão atualmente alcançada na sociedade brasileira. Não se pode suprimir do administrador público, entretanto, que, sempre atuando no interesse público, confie a defesa de uma determinada causa ao profissional que repute mais capacitado, em decorrência de características específicas encontradas no contratado. É o que se tem chamado do princípio da confiança, que atribui ao administrador a discricionariedade de contratar com aquele profissional que entende melhor atender os interesses da administração pública que são objeto do contrato. (STJ. HC nº 228.759/SC, 5ª Turma. Rel. Min. Jorge Mussi. Julg. 24.04.2012).

O próprio Supremo Tribunal Federal já se posicionou favoravelmente sobre o critério de escolha do contratado ser baseado na confiança. Confiança esta decorrente da notória especialização demonstrada pelo profissional a ser contratado.

*“Serviços técnicos profissionais especializados” são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do “trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato” (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ação Penal que se julga improcedente (AP no. 348-5/SC, Plenário, rel. Min. Eros Grau, j. em 15.12.2006, DJ de 03.08.2007).*

Mesmo no mercado privado onde as pessoas possuem uma ampla liberdade para contratar em seu livre-alvedrio, os serviços de natureza jurídica não são escolhidos “a torto e a direito”, salvo raras exceções, posto que uma contratação às cegas, sem qualquer segurança quanto a qualidade e capacidade do profissional, baseada simplesmente na pechincha por honorários aviltantes, só poderá conduzir ao insucesso, afastando qualquer possibilidade de êxito. Via de regra, tais serviços são escolhidos diante da notoriedade dos profissionais em lidar com determinadas causas, sendo reconhecidos pelo público e tornando-se referência na área de atuação, em razão dos positivos resultados alcançados nas demandas que lhe foram confiadas.

Acontece que no mercado público, essa confiança a ser depositada no profissional, deve ser além daquela presente no mercado privado, posto que o profissional escolhido estará recebendo uma procuração para atuar não apenas diante de um cliente ou empresa que visa atender interesses individuais na sua essência, mas para atuar em nome da sociedade como um todo, buscando sempre a satisfação do interesse público e do bem estar coletivo.

Diante disso, a notória especialização do advogado ou de sua banca será o principal parâmetro para transmitir a confiança ao gestor público, de modo que este possa inferir que o trabalho do profissional escolhido é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

O advogado deve empenhar-se nas causas confiadas ao seu patrocínio, se aprimorando no culto dos princípios éticos e no domínio da ciência jurídica, de modo a tornar-se merecedor da confiança do cliente e da sociedade como um todo, pelos atributos intelectuais e pela probidade pessoal. O novo Código de Ética e Disciplina da OAB traz a confiança recíproca como o elemento base para a relação entre advogado e cliente, nos termos de seu artigo 10.

Art. 10. As relações entre advogado e cliente baseiam-se na confiança recíproca. Sentindo o advogado que essa confiança lhe falta, é recomendável que externar ao cliente sua impressão e, não se dissipando as dúvidas existentes, promova, em seguida, o substabelecimento do mandato ou a ele renuncie.

A notória especialização não é a causa da inexigibilidade, mas condição para selecionar o profissional ou empresa que inspiram mais confiança na execução do serviço técnico especializado.

Por fim, o presente estudo busca estimular a reflexão sobre controverso tema, para que a classe dos advogados possa ser respeitada por tudo aquilo que representa para o Brasil, eliminando qualquer possibilidade de violação as prerrogativas profissionais, visto que o advogado trabalha em defesa da ordem jurídica do Estado democrático de direito, sendo indispensável para à administração da justiça.

Já a indisponibilidade do interesse público deve ser a premissa maior para fundamentar qualquer contratação pública, buscando satisfazer as demandas da sociedade, de forma eficiente. Dessa forma, a Lei das Estatais promete imprimir uma nova didática nas contratações diretas, em especial nos serviços técnicos especializados de natureza jurídica, devendo ser firme quanto as ponderações e críticas dos mais conservadores.

## REFERÊNCIAS

GUIMARÃES, Edgar. Comentários às hipóteses de licitação dispensável e inexigível. 2 ed. Curitiba: Editora Negócios Públicos do Brasil, 2015.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a contratação direta. 10 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. Inexigibilidade de licitação. Repensando a contratação pública e o dever de licitar. Curitiba: Zênite, 2016.

MENEZES, Alex Pereira. Licitação & contratação de advogado pela administração pública: sua inexigibilidade em face de limitações jurídicas. Curitiba: Juruá, 2014.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 4 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Contratação de serviços técnicos especializados por inexigibilidade de licitação pública. Curitiba: Zênite, 2015.

SOUSA, Guilherme Carvalho e. Contratação direta na nova Lei de Estatais. BLC – Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, NDJ, ano 29, n. 11, p. 1012-1020, nov. 2016.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Contratação Direta. 3ª. ed. Curitiba, Editora JML. 2014.



# **O novo marco legal das empresas estatais e o conteúdo mínimo da regulamentação prevista no Art. 40**

**JULIETA MENDES LOPES VARESCHINI<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup>Advogada. Mestre em Direito. Especialista em Direito Ambiental e Gestão Ambiental. Sócia Fundadora e Coordenadora técnica da JML Consultoria. Professora do Curso de Especialização em Licitações e Contratos da UNIBRASIL e Professora do curso de Graduação em Direito da UNIBRASIL. Autora da obra Licitações e Contratos no Sistema S. 6. ed. Curitiba: JML, 2015 e da obra Discricioniedade Administrativa: uma releitura a partir da constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. E-mail: [julieta@eventosjml.com.br](mailto:julieta@eventosjml.com.br).

# 1. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA LEI Nº. 13.303/16

A Lei 13.303/2016 estabelece o estatuto jurídico das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O novo marco regulatório versa sobre o regime societário, normas de governança corporativa, exige a implementação de um controle interno focado em gestão de riscos e integridade e define regras e diretrizes para licitações e contratos, concretizando, nesse viés, o art. 173, § 1º, da Constituição Federal de 1988.<sup>2-3</sup>

Inferese do texto constitucional e do art. 2º da Lei nº. 13.303/16 que o Estado pode intervir na ordem econômica quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista. Assim, é possível afirmar que as empresas estatais receberam autorização constitucional para desempenharem, em nome do Estado, atividade econômica, a qual se divide em: a) prestação de serviços públicos<sup>4</sup> (art. 175) e; b) atividade econômica em

---

<sup>2</sup>Comunicação feita pelo Ministro do TCU, Vital do Rêgo, na sessão plenária do dia 06.07.2016, disponível em <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A255C278EE0155CC342CF70C5B&inline=1>.

<sup>3</sup>Art. 173. 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.

§ 1º 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

**III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)**

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular." (grifou-se)

<sup>4</sup>Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello serviço público é toda "atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de Direito Público". BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 689.

sentido estrito (art. 173). Sobre aludida divisão, cumpre colacionar doutrina de José Anacleto Abduch Santos e Edgar Guimarães:

“A prestação de serviços públicos é dever do Estado e se distingue fundamentalmente da atividade econômica em sentido estrito porque é atividade econômica submetida predominantemente ao regime jurídico de direito público. Já as atividades econômicas em sentido estrito são atividades submetidas predominantemente ao regime jurídico de direito privado e, em essência e fundamento, aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa como delineadores dela – atividades, portanto, que se exercem ou se exploram em regime de mercado, exceção àquelas exploradas em regime de monopólio”.<sup>5</sup>

Considerando que a Lei 13.303/16 foi editada para regulamentar o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, a rigor, referida norma deveria incidir apenas nas empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. Porém, o art. 1º da Lei nº. 13.303/16 prescreve que a norma se aplica a: “empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos**”. (grifou-se)

Com efeito, a aplicabilidade desse diploma às estatais prestadoras de serviços públicos tem despertado controvérsia doutrinária. Para José Anacleto Abduch Santos e Edgar Guimarães, mais uma vez:

“A norma legal, assim, transcendeu a determinação da Constituição e incluiu no regime jurídico que preceitua as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos.

Não há inconstitucionalidade nesta inclusão no que diz respeito ao regime de licitações e de contratos das estatais – que é objeto específico desta obra –, seja qual for a natureza delas. Por primeiro, percebe-se que a disposição constitucional não exige que o estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista que explore atividade econômica seja versado em lei específica e exclusiva.

Desta feita, a lei de que trata a Constituição poderia mesmo incluir normas correlatas e relacionadas ao regime jurídico preceituado, como fez ao abranger as estatais prestadoras de serviços públicos – ao menos no que tange à disciplina de licitações e contratos.

É que as normas contidas na lei que versam sobre licitações e contratos adminis-

---

<sup>5</sup>GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Leis das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.30.

trativos abrangendo as empresas estatais prestadoras de serviços públicos foram editadas no exercício da competência legislativa privativa da União instalada no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição.”<sup>6</sup>

Já Marçal Justen Filho assevera:

“Afigura-se que a distinção entre estatal prestadora de serviço público e exploradora de atividade econômica deve ser aplicada em vista dos fins que a norteiam. O ponto fundamental, que justifica a diferenciação, consiste em que o Estado não pode adotar tratamento mais vantajoso para as entidades sob seu controle nos casos em que houver competição com a iniciativa privada. A disciplina do art. 173 da CF/1988 se alicerça nesse postulado: não pode ser praticado qualquer benefício em favor da empresa estatal exploradora de atividade econômica porque ela desenvolve atividades em regime de competição com a iniciativa privada.

Embora não exista regra similar expressa relativamente às empresas estatais prestadoras de serviço público, afigura-se evidente que incide idêntica determinação nas hipóteses em que houver competição entre estatais e sujeitos privados. Se um concessionário de serviço público atuar em ambiente competitivo, a regra será a isonomia entre todos os agentes. Assim se passa inclusive nos casos em que existir uma empresa estatal prestadora de serviço público.

Portanto, o art. 173 se aplicará inclusive às empresas estatais prestadoras de serviço público quando houver a sua atuação em competição com empresas privadas. Nos demais casos, aplicar-se-á o regime comum da Administração dotada de personalidade jurídica de direito público.

A Lei das Estatais, ao definir o seu âmbito de vigência material, incorporou a distinção entre estatais exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público. (...) Isso significa que as regras da Lei 13.303/2016 não se aplicariam às empresas estatais puramente prestadoras de serviços públicos.

(...)

É relevante assinalar que a Lei 13.303/2016 alude a entidades estatais que explorem atividade econômica, inclusive nas hipóteses em que tal consista em prestação de serviços públicos.

A distinção entre atividade econômica e serviço público está consagrada em nível constitucional. Uma lei ordinária até poderia estabelecer um regime uniforme para as licitações de estatais prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica. Mas não existe cabimento de uma lei ordinária determinar que o serviço público apresenta natureza de atividade econômica.

Portanto, a interpretação conforme a Constituição conduz à conclusão de que o dispositivo se refere aos casos em que uma empresa estatal explore um serviço público tal como se fosse uma atividade econômica. Essa hipótese ocorre, primeiramente, nos casos em que a estatal não integrar a mesma órbita federativa a que se referir o serviço público. Assim, por exemplo, considere-se a hipótese de sociedade de economia mista estadual que atua como distribuidora de energia elétrica (serviço público federal). Em tais hipóteses, a empresa estatal não se configura como uma simples extensão do ente político que a controla, eis que

---

<sup>6</sup>GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Leis das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.20-21.



presta um serviço público de titularidade alheia.

Em segundo lugar, hipóteses em que existem serviços públicos prestados em regime de competição. Nesse caso, a empresa estatal atua segundo modelo econômico privado. Essa situação se verifica especialmente no setor de energia elétrica. Há diversas empresas estatais federais (Furnas, Eletrobrás e outras) que competem entre si pela obtenção de concessões e autorizações de titularidade da própria União.

Lembre-se que o próprio STF já reconheceu o regime jurídico diferenciado das estatais prestadoras de serviço público, mas apenas nas hipóteses em que não atuem em concorrência com a iniciativa privada. O STF reputou que, quando a estatal desempenha serviço público não competitivo, o regime jurídico aplicável é semelhante ao de uma autarquia. (...) **Então, deve-se admitir que as estatais prestadoras de serviço público sem competição com particulares deverão observar o regime da Lei nº. 8.666/93**".<sup>7</sup> (grifou-se)

Corroboramos com a tese do jurista, no sentido de que a Lei 13.303/2016 será aplicável apenas as estatais exploradoras de atividade econômica e prestadora de serviços públicos quando estes últimos forem desempenhados em regime de concorrência com a iniciativa privada, porquanto é esta, em nosso sentir, a interpretação mais consentânea com o art. 173, § 1º, da Constituição Federal.<sup>8-9</sup>

Conforme já asseverado, o novo marco regulatório define regras e diretrizes para licitações e contratos no âmbito das estatais, com fundamento no art. 173, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

Até então, entendia o TCU que, enquanto não houvesse a edição da norma prevista no §1º do art. 173 da CF/1988, com a redação dada pela EC 19/1998, as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, como regra geral, deveriam se submeter aos princípios licitatórios insculpidos nas Leis 8.666/93 e 10.520/02, salvo em circunstâncias excepcionais, devidamente motivadas, em que a utilização daqueles diplomas legais poderia acarretar riscos à atividade comercial da empresa.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 54-55.

<sup>8</sup>Nesse sentido é a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "Uma primeira ilação que se tira do art. 173, § 1º, é a de que, quando o Estado, por intermédio dessas empresas, exerce atividade econômica, reservada preferencialmente ao particular pelo *caput* do dispositivo, ele obedece, no silêncio da lei, a normas de direito privado. **Estas normas são a regra; o direito público é a exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente**". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, 516.

<sup>9</sup>Cumprir informar que foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal a ADI nº. 5624 que, dentre outros aspectos, questiona a constitucionalidade da extensão da Lei às estatais prestadoras de serviços públicos. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=333401>. Acesso em 16.02.2017.

<sup>10</sup>TCU. Acórdão 566/2012. Plenário: "[VOTO] 4. Assim, o entendimento jurisprudencial desta Corte evoluiu no sentido de que empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que exploram atividade econômica, como regra geral, devem se submeter aos princípios licitatórios insculpidos na Lei 8.666/1993 até edição da norma prevista no § 1.º do art. 173 da CF/1988, com a redação dada pela EC 19/1998, salvo em circunstâncias excepcionais, devidamente motivadas, em que a utilização daquele diploma legal pode acarretar riscos à atividade comercial da empresa."

Agora, porém, as estatais possuem um novo marco regulatório, que “no campo das licitações e contratos, (...) buscou consolidar, num único diploma legal, dispositivos da Lei 8.666/1993, da Lei do Pregão (Lei 10.520/2002) e do RDC (Lei nº 12.462/2011), extraindo-se a essência dessas três normas”.<sup>11</sup>

## 2. APLICABILIDADE DA LEI Nº. 13.303/16: INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 91 E 97 E A NECESSIDADE DE REGULAMENTO PRÓPRIO

O aludido diploma legal foi publicado no Diário Oficial da União em 01 de julho de 2016. Questão que surge é a seguinte: a partir de qual data as estatais estão obrigadas a adotarem os procedimentos definidos na nova lei? A Lei estabeleceu uma *vacatio legis*, ou seja, prazo para que a norma entre em vigor?

Esse questionamento decorre da redação do art. 91, § 3º:

“Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.  
(...)  
§ 3º Permanecem regidos pela legislação anterior procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no caput”.

Por outro lado, o art. 97 foi enfático ao estabelecer que a Lei “entra em vigor na data de sua publicação”.

Da leitura dos dispositivos em voga é possível extrair algumas interpretações:

a) As licitações instauradas e os contratos celebrados até 24 meses após a publicação da Lei (o que ocorreu em 01 de julho de 2016) submetem-se à legislação anterior, ou seja, as normas adotadas pelas estatais antes do advento da Lei 13.303/2016;

Essa foi a interpretação do Ministro do Tribunal de Contas da União, Vital do Rêgo, em comunicado específico sobre a Lei das Estatais:

---

<sup>11</sup>Comunicação feita pelo Ministro do TCU, Vital do Rêgo, na sessão plenária do dia 06.07.2016, disponível em <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A255C278EE0155CC342CF70C5B&inline=1>.

“Por derradeiro, no que concerne ao direito intertemporal, cabe destacar que a Lei 13.303/2016 dispõe que permanecem regidos pela legislação anterior os procedimentos licitatórios e os contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo de vinte e quatro meses contados do início da vigência do novo marco regulatório”.<sup>12</sup>

b) A Lei entrou em vigor na data da sua publicação, nos termos do art. 97, antes reproduzido, de sorte que as licitações instauradas a partir de 01 de julho já devem seguir os procedimentos definidos na nova Lei. Nessa segunda interpretação, tem-se que as licitações e os contratos formalizados anteriormente ao advento da Lei submetem-se à legislação anterior no prazo máximo de até 24 meses, ou seja, o intuito da norma foi regulamentar as regras aplicáveis às licitações e contratos em curso;

c) Na sessão plenária do dia 6 de julho de 2016, o Ministro Vital do Rêgo fez comunicação na qual enumerou vários avanços promovidos pela nova Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), sendo que na mesma sessão o Ministro Benjamin Zymler defendeu uma interpretação interessante acerca da aplicabilidade do novo regime jurídico. Com efeito, em vídeo divulgado no site do TCU<sup>13</sup>, o ilustre Ministro destaca que, em que pese o art. 91, § 3º, ter estabelecido que as licitações e os contratos formalizados até 24 meses após a publicação da Lei submetem-se à legislação anterior, sendo esse prazo máximo, as estatais devem implementar, o quanto antes, as modificações consignadas na norma. Assim, uma vez adequadas as normas e os procedimentos internos, não há mais que se cogitar da adoção da legislação anterior. Não se julga razoável, portanto, aguardar o prazo de 24 meses para a aplicabilidade do novo estatuto no que diz respeito às licitações e os contratos.

Em face do exposto, é possível concluir que o tema é controverso e que o legislador perdeu a oportunidade de deixar clara sua real finalidade acerca da aplicabilidade imediata da norma.

Em nosso entender, a interpretação sistemática dos arts. 91 e 97 leva à conclusão de que a norma entrou em vigor na data da sua publicação e que o prazo de 24 meses tem por escopo regulamentar as licitações em curso e os contratos formalizados antes de 01 de julho. Em outras palavras, para evitar dúvidas quanto à necessidade de alterar os editais ou

---

<sup>12</sup>Comunicação feita pelo Ministro do TCU, Vital do Rêgo, na sessão plenária do último dia 6, cujo integral teor pode ser acessado através do link < <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A-255C278EE0155CC342CF70C5B&inline=1> >.

<sup>13</sup>Referido vídeo pode ser acessado através do link < <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A255C278EE0155CC342CF70C5B&inline=1> >. Acesso em 16.02.2017.

mesmo acerca da possibilidade de prorrogar contratos formalizados antes da publicação da Lei, o art. 91 contemplou a aplicabilidade da legislação anterior a esses processos pelo prazo de até 24 meses. Porém, as contratações iniciadas após 01 de julho de 2016 deverão seguir os procedimentos definidos na Lei 13.303/2016. Não se pode desconsiderar, porém, que o tema é polêmico e que a interpretação literal do art. 91, § 3º, induz à conclusão diversa.

O que nos parece claro, em face dos avanços contemplados no novo estatuto (se comparado com o regime jurídico anterior), é o dever das estatais de empreender esforços no sentido de adequar, o quanto antes, suas normas e procedimentos internos.

Sobre o tema, cumpre colacionar doutrina de Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos:

“(i) os processos licitatórios já iniciados antes da entrada em vigor da LRE serão regidos pelo regime anterior; (ii) os contratos celebrados antes da entrada em vigor da LRE serão regidos pelo regime anterior; (iii) os contratos celebrados após a entrada em vigor, com base em processo licitatório iniciado antes da entrada em vigor da lei, regem-se pelo regime anterior, podendo ser aplicada a Lei nº. 13.303/16, no que couber e no que não conflitar com o disposto no instrumento convocatório das licitações que lhes deram origem; (iv) às licitações que venham a se iniciar após a entrada em vigor da LRE, aplica-se o novo regime, bem como aos contratos que forem dela decorrentes; (v) às contratações diretas que forem celebradas após a entrada em vigor da nova lei, aplica-se o regime da Lei das Estatais”.<sup>14</sup>

Por outro lado, Joel de Menezes Niebuhr defende que a Lei só tem aplicabilidade para as estatais já constituídas quando de sua publicação após o decurso do prazo de 24 meses referido:

#### “5. A VIGÊNCIA DA LEI

O artigo 97 da Lei n. 13.303/2016, com objetividade, prescreve que ela entra em vigor na data da sua publicação. Sem embargo, o artigo 91 da mesma Lei estabelece o seguinte:

(...)”

De acordo com o dispositivo supracitado, as estatais que já existem dispõem de 24 meses para promoverem adaptações para o cumprimento da Lei n. 13.303/2016. **Antes disso, conclui-se, não precisam cumpri-la. A mesma regra vale para as licitações e contratos, de acordo com o § 3.º do mesmo artigo. Ou seja, licitações iniciadas ou contratos celebrados dentro do período de 24 meses a contar da publicação da Lei n. 13.303/2016 seguem a**

<sup>14</sup>GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº. 13.303/2016 – Lei das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 22.

**legislação tradicional, não devem seguir, ainda que as estatais queiram, o novo regime de licitações e contratos.**

**A Lei n. 13.303/2016, na prática, somente tem vigência imediata para novas estatais, criadas a partir da publicação da Lei, em 01 de julho de 2016.** Como não se antevê no horizonte a criação de qualquer estatal relevante, o novo regime de licitações e contratos permanece adormecido até que se crie alguma ou por dois anos, o que é tempo demais. Um prazo de seis meses, que chegou a ser sugerido no Congresso, seria mais do que suficiente para que as estatais fossem adaptadas e começassem a cumprir o novo regime.<sup>15</sup> (grifou-se)

Em âmbito federal, a Lei n.º. 13.303/16 foi regulamentada pelo Decreto n.º. 8.945/2016 que estabeleceu as seguintes regras:

**“Art. 64. As empresas estatais deverão adequar os seus estatutos sociais ao disposto neste Decreto até 30 de junho de 2018, se não fixado prazo inferior pela CGPAR.**

(...)

**Art. 71. O regime de licitação e contratação da Lei nº 13.303, de 2016, é autoaplicável, exceto quanto a:**

I - procedimentos auxiliares das licitações, de que tratam os art. 63 a art. 67 da Lei nº 13.303, de 2016;

II - procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos, de que trata o § 4º do art. 31 da Lei nº 13.303, de 2016;

III - etapa de lances exclusivamente eletrônica, de que trata o § 4º do art. 32 da Lei nº 13.303, de 2016;

IV - preparação das licitações com matriz de riscos, de que trata o inciso X do caput do art. 42 da Lei nº 13.303, de 2016;

V - observância da política de transações com partes relacionadas, a ser elaborada, de que trata o inciso V do caput do art. 32 da Lei nº 13.303, de 2016; e

VI - disponibilização na internet do conteúdo informacional requerido nos art. 32, § 3º, art. 39, art. 40 e art. 48 da Lei nº 13.303, de 2016.

**§ 1º A empresa estatal deverá editar regulamento interno de licitações e contratos até o dia 30 de junho de 2018, que deverá dispor sobre o estabelecido nos incisos do caput, os níveis de alçada decisória e a tomada de decisão, preferencialmente de forma colegiada, e ser aprovado pelo Conselho de Administração da empresa, se houver, ou pela assembleia geral.**

**§ 2º É permitida a utilização da legislação anterior para os procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até a edição do regulamento interno referido no § 1º ou até o dia 30 de junho de 2018, o que ocorrer primeiro.** (grifou-se)

O decreto federal esclareceu que a Lei n.º. 13.303/16 é autoaplicável, salvo em relação aos procedimentos auxiliares preconizados nos arts. 63 a 67; ao procedimento de manifestação de interesse para recebimento de propostas

<sup>15</sup><http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>

e projetos de empreendimentos; etapa de lances exclusivamente eletrônicos; definição de matriz de riscos; política de transações e disponibilização na internet de conteúdo internacional, os quais deverão ser regulamentados até 30 de junho de 2018.

Ademais, o decreto contempla a *possibilidade* e não obrigatoriedade de adoção da legislação anterior até edição do regulamento interno ou até 30 de junho de 2018, o que ocorrer antes, levando a interpretação de que, salvo para as exceções previstas nos incisos do art. 71, é possível aplicar a Lei 13.303/16 imediatamente, mesmo antes da efetiva regulamentação.

### 3. CONTEÚDO DA REGULAMENTAÇÃO DO ART. 40

Em que pese o aludido prazo (30 de junho de 2018), os órgãos de controle têm cobrado agilidade das empresas estatais na elaboração destes regulamentos. Vejamos o que dispõe o artigo 40:

“Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista **deverão** publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, **especialmente** quanto a:

- I - glossário de expressões técnicas;
- II - cadastro de fornecedores;
- III - minutas-padrão de editais e contratos;
- IV - procedimentos de licitação e contratação direta;
- V - tramitação de recursos;
- VI - formalização de contratos;
- VII - gestão e fiscalização de contratos;
- VIII - aplicação de penalidades;
- IX - recebimento do objeto do contrato”.

Primeiramente, importa frisar que ao utilizar o vocábulo “especialmente” a Lei deixa claro que se trata de rol exemplificativo, ou seja, é possível que o regulamento discipline outros temas, além daqueles previstos nos incisos I a IX.<sup>16</sup> E o Decreto Federal nº. 8.945/16 corrobora esta tese, ao consignar no art. 71 a necessidade de regulamentação sobre os procedimentos auxiliares

---

<sup>16</sup>Nesse sentido é a posição de Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos: “Este conteúdo pode ser ampliado a depender dos objetivos estratégicos almejados pela organização, principalmente para conter normas relativas ao planejamento da contratação, em especial critérios para a identificação precisa da necessidade administrativa, para descrição do objeto da contratação, elaboração de orçamento estimativo, bem como elaboração de termos de referência e de projetos básicos”. GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº. 13.303/2016 – Lei das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 39.

(como pré-qualificação, sistema de registro de preços), a elaboração de matriz de riscos, etc.

A primeira necessidade de regulamentação visa atender as peculiaridades de cada estatal. A segunda é suprir algumas lacunas da Lei 13.303/2016, sendo salutar definir, por exemplo, a necessidade de aprovação das minutas de editais e contratos pela assessoria jurídica. Com efeito, muito embora a Lei seja silente quanto a tal obrigatoriedade, por evidente, referida aprovação caracteriza prática de boa gestão e confere maior segurança jurídica.<sup>17</sup>

Importante definir, da mesma forma, a composição, atribuições e responsabilidades do colegiado responsável pela condução do certame; competência para elaboração do edital, para aprovação da licitação, para recebimento e julgamento de recursos e aplicação de penalidades, dentre outros.

### 3.1. Glossário de expressões técnicas

A elaboração de um glossário de expressões técnicas é de suma importância para auxiliar a interpretação das normas aplicáveis, tanto por parte dos empregados da estatal quanto pelos licitantes, minimizando assim problemas decorrentes de divergência de interpretação, fato muito comum na área do direito. Visa, dessa feita, a padronização e segurança jurídica.

A título de exemplo, é importante conceituar: prévia e *ampla* pesquisa de mercado; atualização *periódica* dos preços; vantagem competitiva; orçamento sintético; metodologia expedita ou paramétrica; padronização; amostra; lances intermediários; melhor conteúdo artístico; melhor destinação de bens; maior retorno econômico; inexequibilidade; autoridade superior; comissão de licitação; ata de registro de preços; compra; serviço; obra e serviço de engenharia, dentre outros.

### 3.2. Cadastro de fornecedores

Nos termo do art. 65, da Lei nº. 13.303/16:

“Art. 65. Os registros cadastrais poderão ser mantidos para efeito de habilitação dos inscritos em procedimentos licitatórios e serão válidos por 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizados a qualquer tempo.

§1º Os registros cadastrais serão amplamente divulgados e ficarão permanentemente abertos para a inscrição de interessados.

---

<sup>17</sup>Nesse sentido, vide: GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº. 13.303/2016 – Lei das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 39.

- § 2º Os inscritos serão admitidos segundo requisitos previstos em regulamento.
- § 3º A atuação do licitante no cumprimento de obrigações assumidas será anotada no respectivo registro cadastral.
- § 4º A qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro do inscrito que deixar de satisfazer as exigências estabelecidas para habilitação ou para admissão cadastral”.

O registro cadastral é uma espécie de banco de dados que tem por objetivo precípuo agilizar a fase de habilitação, já que este tem por finalidade substituir certos documentos exigidos a esse título.

Referido registro deve ser instituído através de regulamento, o qual deverá ser amplamente divulgado, e ficar permanentemente aberto aos interessados que atenderem aos requisitos exigidos. Nesse ato, a Administração deve estabelecer todos os requisitos e normas para o cadastramento e sua renovação.

A inscrição no registro cadastral deverá ser feita com a comprovação, pelo interessado, de atendimento às exigências habilitatórias previstas no art. 58 da Lei nº. 13.303/16<sup>18</sup>.

Importa destacar, no entanto, que registro cadastral, a rigor, não substitui a fase de habilitação da licitação, sendo apenas um procedimento prévio que possibilita à Administração verificar se os particulares cumprem os **requisitos genéricos de habilitação** exigidos para as contratações, guardando-se as exigências de documentos específicos para a etapa de habilitação da licitação propriamente, tendo em vista estarem diretamente relacionadas ao objeto de cada certame.

Nesse sentido, vale destacar as lições de Marçal Justen Filho:

“O registro cadastral consiste num banco de dados mantido por órgão da Administração Pública, contendo a relação das pessoas habilitadas a participar de licitação e informações sobre a sua situação jurídica, fiscal, técnica e econômico-financeira. A existência do cadastro propicia a simplificação da atividade da

---

<sup>18</sup>Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

I - exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contratação de obrigações por parte do licitante;

II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

III - capacidade econômica e financeira;

IV - recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço.

§ 1º Quando o critério de julgamento utilizado for a maior oferta de preço, os requisitos de qualificação técnica e de capacidade econômica e financeira poderão ser dispensados.

§ 2º Na hipótese do § 1º, reverterá a favor da empresa pública ou da sociedade de economia mista o valor de quantia eventualmente exigida no instrumento convocatório a título de adiantamento, caso o licitante não efetue o restante do pagamento devido no prazo para tanto estipulado”.



Administração Pública em licitações. **A inscrição no cadastro faz-se de modo abstrato e genérico, independentemente de uma licitação específica.** Em oportunidade posteriores, a Administração recorrerá ao conteúdo do cadastro para avaliar a idoneidade do licitante, sem necessidade de reapresentação de documentos ou de disputa sobre o preenchimento dos requisitos já verificados por ocasião do cadastramento.<sup>19</sup> (grifou-se)

Por esse motivo, a Administração deve ter a cautela de somente exigir, para fins de cadastramento, por exemplo, requisitos de qualificação técnica suficientes para comprovar, **genericamente**, se os interessados em contratar reúnem as condições mínimas necessárias para serem contratados. As demais exigências técnicas, que se encontram intrinsecamente atreladas ao objeto da licitação, a rigor, devem ser solicitadas e analisadas apenas quando da efetiva realização da licitação, à vista do objeto específico da contratação<sup>20</sup>.

Nesse sentido, deve o regulamento interno da estatal definir o procedimento, composição da comissão responsável pelo registro, publicidade mínima, prazo de validade do registro (sendo de, no máximo, um ano), necessidade de atualização periódica, prazo de emissão do certificado cadastral, documentação que este substitui, dentre outros requisitos.

### 3.3. Minutas-padrão de editais e contratos

A aprovação de minutas-padrão de editais e contratos visa assegurar a padronização, celeridade e eficiência nas contratações, garantindo que processos similares sejam licitados seguindo o mesmo procedimento e exigências. A celeridade e eficiência decorrem da desnecessidade de, a cada processo, aprovar novo modelo de edital e/ou contrato, contribuindo para a desburocratização do processo.

Cabe ao regulamento interno definir o setor responsável pela elaboração das minutas, necessidade ou não de prévia aprovação jurídica, cláusulas mínimas, situações que exigirão nova submissão para aprovação, em virtude de alterações, dentre outros.

Ademais, a Lei nº. 13.303/16 é omissa quanto à obrigatoriedade de análise e aprovação das minutas de editais e contratos pela assessoria jurídica. Conforme já destacado, muito embora a Lei seja silente quanto a tal

---

<sup>19</sup>FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016. p. 798.

<sup>20</sup>Excepcionalmente, é possível exigir para fins de cadastramento a comprovação da capacidade técnica específica, profissional ou operacional, desde que para fins de classificação em categorias.

obrigatoriedade, por evidente, referida aprovação caracteriza prática de boa gestão e confere maior segurança jurídica.<sup>21</sup>

A finalidade da assessoria jurídica, segundo ensinamento doutrinário, é, especialmente, “instrumentalizar as decisões do ordenador, dando-lhe suporte e segurança jurídicos”.<sup>22</sup>

A análise realizada pela assessoria jurídica destina-se a verificar os aspectos legais do ato e evitar a descoberta tardia de vícios ou nulidades constantes no processo que podem gerar prejuízos ao interesse público e questionamentos por parte dos órgãos de controle.

Sobre o assunto, leciona Marçal Justen Filho:

“A fiscalização pela assessoria jurídica não se configura como uma solenidade bastante em si. Não se trata de um ato administrativo destinado a satisfazer, diretamente e por si só, as necessidades administrativas. O parecer jurídico é um ato de controle da legalidade e conveniência da atividade administrativa licitatória e contratual. Portanto, a exigência da manifestação prévia da assessoria jurídica tem duas finalidades jurídicas.

Em primeiro lugar, trata-se de impedir que uma atuação defeituosa seja consumada. O assessor jurídico tem o dever de identificar os defeitos de legalidade, avaliar o cumprimento das exigências formais e outras questões, que serão adiante mais bem expostas. Desse modo, o parecer confirmará a presença dos requisitos de validade ou identificará a sua ausência, permitindo que a autoridade competente adote a decisão mais conforme com a ordem jurídica.

Por outro lado, a necessidade de manifestação da assessoria jurídica desencorajará a prática de atos irregulares, precipitados, não satisfatórios. Tal se passará porque os demais integrantes da esfera administrativa terão consciência de que a assessoria jurídica reprovará práticas defeituosas”.<sup>23</sup>

Diante disso, defende-se que as minutas de editais e contratos devem ser analisadas e aprovadas pela assessoria jurídica, a fim de conferir maior segurança ao certame, recomendando-se a definição desse procedimento no regulamento interno da estatal.

No intuito de garantir celeridade aos processos administrativos, cogi-

---

<sup>21</sup>A Lei das Estatais não determina, como faz a Lei nº. 8.666/93 no art. 38, parágrafo único, que as minutas dos instrumentos convocatórios e de contratos devam ser aprovadas pela assessoria jurídica da empresa estatal. Contudo, tendo em vista que esta aprovação de muito é exigida pelos órgãos de controle, embora com base na lei, sugere-se que seja realizada como mecanismo de controle interno de legalidade e de filtragem de irregularidades, evitando posterior impugnação por vício que facilmente poderia ter sido detectado pela assessoria jurídica da empresa pública ou da sociedade de economia mista”. GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº. 13.303/2016 – Lei das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 175.

<sup>22</sup>MOTTA, Carlos Pinto Coelho, *Eficácia nas Licitações e Contratos: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*, Del Rey: Belo Horizonte, 2005, p. 327.

<sup>23</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 816.

ta-se que a assessoria jurídica aprove apenas as minutas padronizadas, sendo desnecessário submeter cada processo ao seu crivo, em prol da celeridade, desde que o agente responsável tenha a cautela de aferir se, de fato, não houve alteração substancial na minuta aprovada pela assessoria jurídica que justifique nova submissão.

O Tribunal de Contas da União tem entendido por esta possibilidade, porém, de forma excepcional:

“Dessa forma, ao aprovar minutas-padrão de editais e ou contratos, a assessoria jurídica mantém sua responsabilidade normativa sobre procedimentos licitatórios em que tenham sido utilizadas. **Ao gestor caberá a responsabilidade da verificação da conformidade entre a licitação que pretende realizar e a minuta-padrão** previamente examinada e aprovada pela assessoria jurídica. Por prudência, havendo dúvida da perfeita identidade, deve-se requerer a manifestação da assessoria jurídica, em vista das peculiaridades de cada caso concreto. A despeito de haver decisões do TCU que determinam a atuação da assessoria jurídica em cada procedimento licitatório, o texto legal – parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993 – não é exposto quanto a essa obrigatoriedade. Assim, **a utilização de minutas-padrão, guardadas as necessárias cautelas, em que, como assevera o recorrente, limita-se ao preenchimento das quantidades de bens e serviços, unidades favorecidas, local de entrega dos bens ou prestação dos serviços, sem alterar quaisquer das cláusulas desses instrumentos previamente examinados pela assessoria jurídica, atende aos princípios da legalidade e também da eficiência e da proporcionalidade.**”<sup>24</sup> (grifou-se)

“9.2.3. **submeta à apreciação da Assessoria Jurídica as minutas de todos os contratos a serem celebrados**, obedecendo aos ditames do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 (correspondente à subcláusula 7.1.2 do Decreto nº 2.745/1998), estando autorizada a **utilizar excepcionalmente minuta-padrão, previamente aprovada pela Assessoria Jurídica, quando houver identidade de objeto - e este representar contratação corriqueira - e não restarem dúvidas acerca da possibilidade de adequação das cláusulas exigidas no contrato pretendido às cláusulas previamente estabelecidas na minuta-padrão.**”<sup>25</sup> (grifou-se)

“3. É possível a utilização, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes.

Embargos de Declaração opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU), em face de determinação expedida pelo TCU à Comissão Municipal de Licitação de Manaus e à Secretaria Municipal de Educação de Manaus, alegara obscuridade na parte dispositiva da decisão e dúvida razoável quanto à interpretação a ser

<sup>24</sup>TCU. Acórdão 1504/2005. Plenário.

<sup>25</sup>TCU. Acórdão 873/2011. Plenário.

dada à determinação expedida. Em preliminar, após reconhecer a legitimidade da AGU para atuar nos autos, anotou o relator que o dispositivo questionado ‘envolve a necessidade de observância do entendimento jurisprudencial do TCU acerca da emissão de pareceres jurídicos para aprovação de editais licitatórios, aspecto que teria gerado dúvidas no âmbito da advocacia pública federal’. Segundo o relator, o cerne da questão ‘diz respeito à adequabilidade e à legalidade do conteúdo veiculado na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, que autoriza a emissão de ‘manifestação jurídica referencial’, a qual, diante do comando (...) poderia não ser admitida’. Nesse campo, relembrou o relator que a orientação do TCU ‘tem sido no sentido da impossibilidade de os referidos pareceres serem incompletos, com conteúdos genéricos, sem evidenciação da análise integral dos aspectos legais pertinentes’, posição evidenciada na Proposta de Deliberação que fundamentou a decisão recorrida. Nada obstante, e ‘a despeito de não pairar obscuridade sobre o acórdão ora embargado’, sugeriu o relator fosse a AGU esclarecida de que esse entendimento do Tribunal não impede que o mesmo parecer jurídico seja utilizado em procedimentos licitatórios diversos, desde que trate da mesma matéria e aborde todas as questões jurídicas pertinentes. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta do relator, negando provimento aos embargos e informando à AGU que ‘o entendimento do TCU quanto à emissão de pareceres jurídicos sobre as minutas de editais licitatórios e de outros documentos, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados pelo Plenário, não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e que seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes, cumprindo as exigências indicadas na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, esclarecendo-a, ainda, de que a presente informação é prestada diante da estrita análise do caso concreto apreciado nestes autos, não se constituindo na efetiva apreciação da regularidade da aludida orientação normativa, em si mesma’. Acórdão 2674/2014-Plenário, TC 004.757/2014-9, relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, 8/10/2014.”<sup>26</sup> (grifou-se)

Dos acórdãos colacionados, portanto, observa-se que a utilização de minutas-padrão de editais e contratos é admitida de forma excepcional e desde que haja comprovada identidade de objeto e não reste dúvida acerca da possibilidade de adequação das cláusulas exigidas no edital/contrato pretendido às cláusulas previamente estabelecidas na minuta-padrão.

Nessa linha também adverte Marçal Justen Filho, ao tratar sobre as minutas-padrão de editais e contratos, comumente utilizadas por órgãos públicos:

“Outra questão que necessita de atenção consiste na aprovação de editais padronizados. Existe uma certa compulsão em setores da Administração em promover a uniformização de editais, de modo a reduzir o risco de desvios e defeitos. **Isso**

---

<sup>26</sup>TCU. Informativo de Licitações e Contratos nº 218/2014.

**nem sempre é a solução adequada, eis que nem sempre os casos concretos são idênticos.** De todo modo, imagina-se a possibilidade de adotar editais padronizados e submetê-los a **uma avaliação jurídica única e genérica. Essa solução é inadequada, como regra.** Assim se passa porque a assessoria jurídica deve verificar se a situação concreta é semelhante àquela em vista da qual foi elaborado o edital padronizado. Ou seja, até se pode admitir uma forma de 'parecer normativo' de aprovação de uma minuta de edital, em que todos os aspectos jurídicos sejam avaliados e nada mais necessite ser acrescentado nos casos em que tal modelo seja adotado. **O grande problema reside em verificar se, na vida real, aquele modelo de edital é adequado e satisfatório**".<sup>27</sup> (grifou-se)

Diante do exposto, sinaliza-se que embora seja possível a elaboração de minutas-padrão de editais e instrumentos contratuais, o caso exige extrema cautela, sendo o mais adequado que a assessoria jurídica realize a análise específica de cada caso concreto, dada a importância dessa fiscalização, que objetiva, em última análise, resguardar o interesse público de contratações irregulares.

De qualquer sorte, considerando que a Lei nº. 13.303/16 não estabeleceu a obrigatoriedade de aprovação destas minutas pela assessoria jurídica, cabe a cada estatal regulamentar o tema.

### 3.4. Procedimentos de licitação e contratação direta

O art. 51, da Lei nº. 13.303/16, define a sequência de fases da licitação:

"Art. 51. As licitações de que trata esta Lei observarão a seguinte sequência de fases:

- I - preparação;
- II - divulgação;
- III - apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado;
- IV - julgamento;
- V - verificação de efetividade dos lances ou propostas;
- VI - negociação;
- VII - habilitação;
- VIII - interposição de recursos;
- IX - adjudicação do objeto;
- X - homologação do resultado ou revogação do procedimento.

§ 1º A fase de que trata o inciso VII do caput poderá, excepcionalmente, anteceder as referidas nos incisos III a VI do caput, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório.

§ 2º Os atos e procedimentos decorrentes das fases enumeradas no caput praticados por empresas públicas, por sociedades de economia mista e por licitantes serão efetivados preferencialmente por meio eletrônico, nos termos definidos pelo

---

<sup>27</sup>FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016. p. 818.

instrumento convocatório, devendo os avisos contendo os resumos dos editais das licitações e contratos abrangidos por esta Lei ser previamente publicados no Diário Oficial da União, do Estado ou do Município e na internet”.

Em que pese a norma ter definido uma sequência de fases, não delimitou com exatidão os pressupostos de cada qual. Assim, é de suma importância regulamentar internamente os atos da fase preparatória, podendo-se extrair da própria norma, de forma esparsa, as cautelas pertinentes à elaboração do termo de referência, projeto ou instrumento similar; cautelas na descrição do objeto e na pesquisa de preços, cláusulas mínimas do edital e competência para sua elaboração e aprovação; o processamento dos modos de disputa (aberto e fechado); exigências de habilitação, a exemplo da documentação de habilitação jurídica, cuja obrigatoriedade se extrai do art. 58, I, da Lei nº. 13.303/16, sem, porém, ser possível inferir qual documentação deverá ser apresentada para esse fim.

Sobre as exigências de habilitação, cumpre colacionar doutrina de Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos:

“A fase de habilitação é aquela na qual a Administração Pública afere requisitos subjetivos que os potenciais interessados devem deter para serem contratados se sagrados vencedores do certame. Diversamente dos particulares, que dispõem de autonomia mais ampla para escolher a contraparte na relação contratual, os órgãos e entidades integrantes da Administração Pública somente podem contratar com quem preenche certos e determinados requisitos previstos em lei ou no instrumento convocatório. A Lei nº. 13.303/16 prescreve que a habilitação se dará ‘exclusivamente’ a partir dos parâmetros que indica.

(...)

A LRE não faz referência expressa à habilitação jurídica, regularidade fiscal ou regularidade trabalhista. Devem ser exigidos documentos que comprovem a possibilidade de aquisição de direitos e da contratação de obrigações por parte do licitante.

Tal implica, por primeiro, a viabilidade de exigir os documentos que provem que o licitante detém capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações, vale dizer, documentos aptos a demonstrar a aptidão para os atos da vida civil.

(...)

Tal se dá pelos documentos constitutivos da pessoa jurídica como contrato social, estatutos ou atos constitutivos, devidamente registrados na forma da lei, ou documento de identidade no caso de pessoa física.

A LRE não exige prova de regularidade fiscal. Embora se defenda que a Lei nº 8.666/93 não se aplica subsidiariamente nas licitações das estatais, alguns dos documentos relativos à regularidade fiscal previstos no art. 29 da Lei nº. 8.666/93 devem ser exigidos dos licitantes em certames promovidos pelas empresas públicas e pelas sociedades de economia mista – contudo, não por exigência nela contida, mas em decorrência de outras normas que têm aplicação na espécie. De ser exigida prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF ou no Cadastro Geral de Contribuintes ou Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ.

A inscrição no CPF e no CNPJ é obrigatória para todos os contribuintes pessoa física ou jurídica, respectivamente, potenciais ou efetivos, bem como devem ser exigidas as provas de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal relativo ao domicílio ou sede do licitante e pertinente ao ramo de atividade econômica desenvolvida pela pessoa física ou jurídica.

Ainda, deve ser exigida prova de regularidade para com a seguridade social – perante o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS e perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, com fundamento no artigo 195, § 3º, da Constituição Federal (...).

Como regra, não há autorização legislativa para a exigência de prova de regularidade trabalhista (mediante Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT) instituída pela Lei nº. 12.440/11, que alterou a Lei 8.666/93 para incluir no rol dos documentos de regularidade fiscal a denominada CNDT, o que não foi previsto taxativamente na Lei das Estatais.

Não há previsão na Lei nº. 13.3-3/16 da prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante. Diante desta lacuna legislativa, pode-se defender que, no plano geral, não pode ser exigida indistintamente pelas estatais, mas pode ser exigida em relação à Fazenda Pública à qual está inserida organicamente a empresa pública ou a sociedade de economia mista promotora da licitação, em homenagem ao princípio da moralidade administrativa e ao princípio da isonomia”.<sup>28</sup>

Importante definir, da mesma forma, a competência para homologação e adjudicação, lembrando que, neste aspecto, a Lei 13.303 contempla uma peculiaridade em relação à homologação. Diferente do previsto na Lei 8.666/93, a norma das estatais deixa claro que a homologação confere ao vencedor da licitação o direito (e não mera expectativa) de formalizar o contrato, o que significa dizer que o licitante vencedor poderá pleitear indenização na hipótese de o contrato não ser celebrado<sup>29-30</sup>.

Outra questão importante diz respeito à publicidade das decisões proferidas no curso do processo licitatório. Isso porque, a Lei 13.303/2016, apenas impõe que sejam publicados na Imprensa Oficial e na internet os avisos de licitações e os extratos de contratos, determinado que os demais atos serão preferencialmente realizados de forma eletrônica (art. 51, § 2º).

---

<sup>28</sup>GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº. 13.303/2016 – Lei das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 202-204.

<sup>29</sup>“Art. 60. A homologação do resultado implica a constituição de direito relativo à celebração do contrato em favor do licitante vencedor”.

<sup>30</sup>Nesse sentido é a doutrina de Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos: “Caso contratação não haja, há direito de indenização em favor da pessoa a quem foi adjudicado o objeto. A indenização deve abranger o dano emergente e os lucros cessantes. Vale dizer, os danos que a empresa adjudicatária sofre imediatamente como produto do desfazimento da licitação, e os valores que deixará de receber a título do lucro que auferiria da execução contratual (somente a parcela referente ao lucro, evidentemente)”. GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº. 13.303/2016 – Lei das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 212.

Dessa feita, os procedimentos realizados pelas empresas estatais sob a égide da Lei 13.303 não precisam ser obrigatoriamente publicados na imprensa oficial (salvo os avisos de licitações e os extratos de contratos), fato que não exige a Administração de dar a devida publicidade e ciência aos interessados para que tomem as providências cabíveis, quando for o caso, como forma de concretizar o princípio constitucional da publicidade e o direito de acesso à informação, sendo salutar regulamentar, portanto, o veículo que será adotado para esse fim.

Quanto ao procedimento de contratação direta, da mesma forma, a Lei nº. 13.303/16 não discorreu de forma exaustiva, prescrevendo apenas o seguinte:

“Art. 30. (...)

§ 3º. O processo de contratação direta será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I. caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II. razão da escolha do fornecedor ou do executante;
- III. justificativa do preço”.

É imprescindível, para respaldar a contratação direta, que haja enquadramento do caso concreto em uma das hipóteses de dispensa (art. 29) ou de inexigibilidade de licitação (art. 30).

Mesmo numa contratação direta é preciso que a Administração mantenha um procedimento formal, sendo recomendável regulamentação neste sentido, exigindo, no mínimo:

- a) identificação do interesse visado, com a descrição adequada do objeto, de suas características e condições impostas, devidamente justificadas;
- b) indicação dos recursos orçamentários para fazer frente à despesa;
- c) fundamentação da contratação e demonstração do atendimento dos requisitos exigidos à hipótese, à vista das disposições legais;
- d) avaliação da capacidade e idoneidade do pretense contratado em executar o objeto da contratação;
- e) autorização para a contratação pela autoridade competente<sup>31</sup>;
- f) justificativa do preço;

---

<sup>31</sup>Cumpra-se destacar que a Lei não exige a ratificação, o que não afasta, porém, decisão administrativa de cunho decisório, que autorize a referida contratação.



- i) formalização da contratação;
- j) publicidade<sup>32</sup>.

### 3.5. Tramitação de recursos

Inferese que no art. 59, § 1º, a Lei estabeleceu cabimento de único recurso no prazo de 5 (cinco) dias úteis após a habilitação, salvo se adotada a inversão prevista no art. 51, § 1º, hipótese em que a Administração deverá conceder dois momentos para interposição: habilitação e julgamento das propostas. Foi omissa, porém, sobre o cabimento de contrarrazões, sendo salutar que o regulamento interno estabeleça tal possibilidade, no mesmo prazo recursal, a fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa. Da mesma forma, é importante que o regulamento defina o processamento do recurso, prazo de julgamento e competência, dentre outros.

### 3.6. Formalização de contratos

O art. 68 da Lei 13.303/16 estabelece a aplicabilidade do regime jurídico de direito privado aos contratos formalizados com fulcro em seus termos. O art. 69, por seu turno, define as cláusulas mínimas do contrato, ao passo que o art. 73 discorre sobre a possibilidade de dispensa da formalização do ajuste:

“Art. 73. A redução a termo do contrato poderá ser dispensada no caso de pequenas despesas de pronta entrega e pagamento das quais não resultem obrigações futuras por parte da empresa pública ou da sociedade de economia mista.  
Parágrafo único. O disposto no caput não prejudicará o registro contábil exaustivo dos valores despendidos e a exigência de recibo por parte dos respectivos destinatários”.

Inferese que a Lei contempla a regra, qual seja, a formalização por escrito do contrato e a exceção: dispensa da formalização na hipótese de pequenas despesas de pronta entrega e pagamento das quais não resultem obrigações futuras.

Não obstante, a Lei não define o que se entende por *pequenas despesas de pronta entrega e pagamento*, sendo indispensável a regulamentação do tema em norma interna de cada estatal.

---

<sup>32</sup>“Com efeito, em que pese à Lei das Estatais não ter determinado expressamente, sustentamos que a eficácia do contrato originário de uma licitação, de uma dispensa ou inexistência está condicionada à publicação do seu extrato na Imprensa Oficial da União, do Estado ou do Município, a depender da órbita federativa da contratante, e em sítio eletrônico da empresa pública ou sociedade de economia mista”. GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº. 13.303/2016 – Lei das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 89.

### **3.7. Gestão e fiscalização de contratos**

Outra omissão da Lei que deve ser objeto de regulamentação é pertinente à gestão e fiscalização de contratos, tema de salutar importância para assegurar a eficiência da Administração Pública. Dentre outros, deve-se definir: a obrigatoriedade de designação de fiscal e gestor de contrato; as atribuições e responsabilidades de cada qual; rotinas de fiscalização, com modelos de relatórios; prazos para recebimento do objeto, providências a serem tomadas quando da identificação de eventual falha; necessidade de capacitação e atualização dos fiscais e gestores; cautelas para evitar alterações contratuais desnecessárias, etc.

### **3.8. Aplicação de penalidades**

Os arts. 82 a 84 da Lei nº. 13.303/16 definem as sanções que poderão ser aplicadas em face da inexecução total ou parcial do contrato. Muito embora a Lei tenha previsto a necessidade de defesa prévia à aplicação de penalidades – como não poderia ser diferente – não prescreveu o procedimento que deve ser seguido para tanto. Assim, é imprescindível a regulamentação do tema, estipulando, dentre outros: necessidade de designar servidor ou comissão para instruir o processo, prazo de defesa prévia, cabimento de recurso, competência para aplicação de sanção, etc.

### **3.9. Recebimento do objeto do contrato**

Cabe ao regulamento interno da estatal definir os prazos e procedimentos para recebimento provisório e definitivo do objeto.

Recebimento provisório consiste na transferência da posse do bem, da prestação ou da obra objeto do contrato, sendo que o contratado não fica ainda liberado de suas obrigações, uma vez que com este recebimento a administração apenas examinará o objeto e verificará sua conformidade com o acordado.

O recebimento definitivo, por sua vez, ocorre depois de efetuados todos os exames e provas necessários para verificar a adequação do objeto às exigências contratuais e técnicas. Se tudo estiver correto, será, então, efetivado o recebimento definitivo, cuja principal consequência é a quitação das obrigações da contratada.

A regularização das falhas deve ocorrer antes do recebimento definitivo<sup>33</sup>, daí a importância da designação de fiscal de contrato, que deverá identificar tais falhas e exigir da contratada a efetiva regularização, antes do recebimento definitivo.

---

<sup>33</sup>Apenas em caso de vícios ocultos, que não poderiam ter sido observados no prazo estipulado para o recebimento, e que se manifestam após este prazo, é que pode a administração requerer a reparação ao particular.

## REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Leis das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho, *Eficácia nas Licitações e Contratos: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*, Del Rey: Belo Horizonte, 2005.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. Aspectos Destacados do Novo Regime de Licitações e Contratações das Estatais. Disponível em: <http://www.direito-doestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>



# **A função social das empresas estatais na Lei 13.303/2016**

**LUIZ GUSTAVO DE ANDRADE<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup>Advogado. Membro da Comissão de Gestão e Controle da Administração Pública da OAB-PR. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Professor da graduação e da pós-graduação do Unicuritiba. E-mail: luiz\_lga@hotmail.com.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar a concepção de função social da empresa, enquanto princípio da ordem econômica constitucional e sua aplicação às empresas estatais. Iniciando por uma abordagem das diferentes vertentes que analisam tal princípio, o trabalho pretende abordar a força normativa do referido princípio e sua efetiva aplicabilidade prática.

Posteriormente, analisar-se-á o exercício da atividade empresarial pelo Estado, como pressuposto para se compreender a aplicação do princípio da função social da empresa às empresas estatais, gênero do qual são espécies as sociedades de economia mista e empresas públicas.

Sem o propósito de esgotar a matéria, propõe-se uma avaliação da estrutura da ordem econômica da Constituição da República de 1988, distinguindo-se as diversas formas de atuação, excepcional, do Estado, no economia, abordando-se aspectos da intervenção direta e da intervenção indireta, contextualizando a participação do Estado empresário em tal cenário.

Já no tema da intervenção direta, por meio das empresas estatais, procurar-se-á compreender com qual propósito o Estado cria uma empresa estatal e a lança no mercado e de que forma estará, o Poder Público, atentando ao princípio da função social da empresa.

Por fim, analisar-se-á a disciplina legal da função social da empresa, na recente lei 13.303/2016.

## 2. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Princípio implícito na ordem constitucional brasileira, a função social da empresa corresponde a um dever do empresário de gerir seu empreendimento, de modo a contribuir para o desenvolvimento da sociedade. Diz-se implícito, porque o título VII, “Da Ordem Econômica” não elenca a função social como princípio constitucional econômico no rol do artigo 170. Contudo, a sua existência enquanto princípio constitucional, é defendida, por exemplo, por Farracha de Castro<sup>2</sup>, para quem “Embora tal princípio não esteja expresso no Texto Constitucional, podemos extrair sua formulação a partir dos princípios explícitos”.

---

<sup>2</sup>CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Preservação de empresa no Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 42

De fato, a doutrina entende que a função social da empresa é princípio inerente à própria função social da propriedade (prevista no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição) e decorrente da busca pelo pleno emprego (constante do art. 170, VIII, da Carta Maior), já que tal busca corresponde à idéia de preservação da empresa, enquanto mantenedora de postos de trabalho<sup>3</sup>. Não obstante, a empresa, enquanto pessoa jurídica, é formada a partir de um contrato social, sendo certo que mesmo no âmbito infraconstitucional, a função social do contrato é encontrada como princípio (art. 421, do Código Civil). Em sendo assim, “os princípios implícitos” seriam “tão importantes quanto os explícitos” constituindo como estes, “verdadeiras normas jurídicas”<sup>4</sup>.

Portanto, a função social da empresa decorria da função social da propriedade considerada enquanto propriedade dos bens de produção. Consistiria em um poder-dever do proprietário de dar ao objeto da propriedade determinado destino, de vinculá-lo a específico objetivo de interesse coletivo<sup>5</sup>. Segundo Fabio Konder Comparato, há uma tendência constitucional em dar função social aos institutos jurídicos, daí originando-se a necessidade de se incluir a empresa como “operadora de um mercado socialmente socializado”<sup>6</sup>.

Poder-se-ia dizer que há duas formas de se interpretar o princípio da função social aplicado à atividade empresarial. Uma, de viés negativo, segundo a qual a empresa não possui obrigações para além do mero cumprimento da lei, sendo certo que a mera existência da empresa, cumprindo suas obrigações legais, por si só já contribui para o desenvolvimento social, haja vista que a empresa que cumpre a legislação fiscal, gera riquezas para o Estado, mediante devido recolhimento de tributos; a que observada a legislação ambiental, não polui e contribui para a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado; e, cumprindo a legislação laboral, concretizará o princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador, mantendo vagas de trabalho.

Comparato identifica deveres negativos e deveres positivos da empresa, à luz dessa função social. Para Comparato, os deveres negativos do empresário, relativamente a esses múltiplos interesses, “representam a mera aplicação do princípio geral *neminem laedere*”, ou seja, do princípio pelo qual não se deve lesar a ninguém<sup>7</sup>. Ou seja, o exercício da atividade empresarial segundo os ditames da lei deve corresponder a na não-violação dos direitos de terceiros, seja do Estado, seja do trabalhador, seja de toda a coletividade.

---

<sup>3</sup>FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.99.

<sup>4</sup>ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris: 2003. p. 54-55

<sup>5</sup>COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995. p.75.

<sup>6</sup>COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995. p.75.

<sup>7</sup>Ibid.

Sob um viés mais positivo, a função social da empresa pode ser vista como um princípio que exige do empresário mais do que a simples observância da lei, devendo adotar medidas que efetivamente contribuam para o desenvolvimento social, tais como assistencialismo, patrocínio de eventos culturais e esportivos, por exemplo, e proteção e inclusão dos trabalhadores na gestão da empresa. Segundo Dallegrave Neto, a função social “impõe ao proprietário - ou a quem detém o poder de controle, na empresa - o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem”, e “quando manifestada na esfera trabalhista, significa um atuar em favor dos empregados”, o que, em outras palavras, “é representado pela valorização do trabalhador, por meio de um ambiente hígido, salário justo e, acima de tudo, por um tratamento que enalteça a sua dignidade enquanto ser humano”<sup>8</sup>. Para ele, “a empresa dinama não só direitos, mas também deveres, dentre os quais o de tratamento digno e respeitoso ao trabalhador e ao trabalho”, sendo, ambos, “valores supremos estatuidos na Carta Magna (art. 7º, 170 e 193)”<sup>9</sup>.

Neste contexto, pertinente trazer a visão de Fabio Tokars, para quem a função social da empresa não tem condições de passar do papel:

Qual seria a finalidade de uma norma que declarasse, por exemplo, que todos os cidadãos de nosso país são pessoas felizes e realizadas? Um intérprete menos atento à realidade social provavelmente escreveria odes à modernidade de nosso direito e de nossa sociedade. Mas ninguém sorriria em razão de tal norma, ou de todas as suas interpretações doutrinárias.

(...)

É claro que não existe nenhuma norma que declare nossa felicidade. Mas há outras que chegam perto disso. Constituem verdadeiras válvulas de escape psicossocial. São postulados que nos trazem o conforto derivado da falsa sensação de sermos integrantes de uma sociedade justa e avançada. Contudo, sua aplicabilidade é nula.

No plano do direito empresarial, há algumas matérias que podem ser enquadradas nesta categoria. A regulação do abuso de poder econômico, por exemplo, já foi objeto de diversos estudos que apontam a absoluta falta de eficiência da lei, que contém a possibilidade de justificar o mais absoluto dos monopólios debaixo da alegação de que o interesse dos consumidores está sendo desta forma atendido. Outra matéria, a respeito da qual eu gostaria de tratar com maior atenção, é o princípio da função social da empresa.

De acordo com a interpretação de um conjunto de preceitos constitucionais, somada à norma constante do parágrafo único do art. 116 da Lei das Sociedades Anônimas (que prevê que o controlador da companhia deve usar de seu poder

<sup>8</sup>DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 335.

<sup>9</sup>DALLEGRAVE NETO, José Affonso. A relação jurídica vista em uma perspectiva dinâmica. In **Tutela dos Direitos da Personalidade na atividade empresarial**, volume III (Coord. Luiz Eduardo Gunther, Willians Franklin Lira dos Santos e Noeli Gonçalves da Silva Gunther). Curitiba: Juruá, 2010. p. 551.



de voto no sentido do atendimento não só dos interesses dos acionistas, como também dos anseios dos trabalhadores e da comunidade em que a empresa está inserida), construiu-se a fórmula pouco questionada de que a empresa deve atender à sua função social. Mais do que os interesses egoísticos dos sócios e administradores, no sentido da maximização dos lucros, a empresa seria uma unidade social que deveria ser direcionada à satisfação das necessidades de todos os que vivem sob a sua esfera de influência.

Sem dúvida, trata-se de um princípio de conteúdo nobre. Poucos não desejariam sua plena aplicação. Aplicação que levaria o Brasil a construir um modelo próprio de capitalismo, em que os benefícios sociais não seriam uma derivação da atividade empresarial, mas sua condicionante. Pena, contudo, que o princípio não tenha condições de passar do mundo do papel<sup>10</sup>.

Em um sistema liberal capitalista, o empresário exerce as atividades empresariais com intuito de obter lucro, sendo este seu objetivo. A atuação do empresário não é voltada para o desenvolvimento social, em que pese este possa decorrer, reflexamente, da existência da empresa. Tokars explica, também: “para a tristeza de todos os que desejam uma sociedade menos dependente dos frios postulados capitalistas”, não se pode ignorar que “não há instrumentos jurídicos que permitam aos interessados obstaculizar a estratégia do empresário que deseja produzir menos (e empregar menos) para ganhar mais”. E, por isso, explica, “perde materialidade aquilo que chamamos de função social da empresa”<sup>11</sup>.

Contudo, ele ressalva que “a conclusão no sentido da inexistência de uma função social da empresa não significa o abandono da luta pela promoção do desenvolvimento social em nossa nação”. Para ele, o “desenvolvimento social (...) somente poderá existir se o Estado puder combater as iniquidades que naturalmente advêm da atividade econômica”. Propõe, então, “ser efetivo neste combate” e “avançar para além da retórica”, saindo “do conforto do mundo ideal para combater no plano do concreto”<sup>12</sup>.

Comparato já fazia semelhante advertência. Segundo ele:

A tese da função social das empresas apresenta hoje o sério risco de servir como mero disfarce retórico para o abandono pelo Estado, de toda política social, em homenagem à estabilidade monetária e ao equilíbrio das finanças públicas. Quando a Constituição define como objetivo fundamental de nossa República, construir uma sociedade livre, justa e solidária (art.3º, I), quando ela declara que a ordem social tem por objetivo a realização do bem-estar e da justiça social (art. 193), ela não está certamente autorizando uma demissão

<sup>10</sup>TOKARS, Fabio. Função (ou interesse?) social da empresa. Publicado no Jornal **O Estado do Paraná**. Caderno Direito e Justiça. 17.08.2008. p. 12

<sup>11</sup>Ibid.

<sup>12</sup>Ibid.

do Estado como órgão encarregado de guiar e dirigir a nação em busca de tais finalidades<sup>13</sup>

Ora, a justificativa para defesa da existência de um princípio da função social é justamente a sua decorrência lógica de princípios outros, como o da função social da propriedade. Ou seja, ao mesmo tempo em que se tutela o acúmulo de bens e riquezas como direito fundamental, em um sistema capitalista, exige-se do proprietário-empresário, que dê uma destinação social à sua propriedade, contribuindo, no caso da empresa, para o desenvolvimento e crescimento econômico-social. Mas tal princípio, não expresso, como visto, não pode se tornar uma válvula de escape para que o Estado, não identificando obrigação legal expressa, exija do empresário, por aplicação da interpretação de um princípio implícito, que este assuma obrigações que o texto constitucional impôs ao próprio Estado, sob pena de se estar utilizando a concepção de *Welfare State*<sup>14</sup> como base justificadora da existência de um princípio que, na verdade, mais se aproxima de uma concepção de Estado Mínimo, pelo qual o Estado reduz seu campo de atuação e transfere à iniciativa privada obrigações que são dele, Estado, por força constitucional.

O advento da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho 1998, implementou a reforma administrativa do Estado Brasileiro. Tal emenda deu respaldo jurídico para a concretização de mudanças que se faziam imprescindíveis para a modernização da máquina administrativa do Estado brasileiro. Dentre as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19/98, destacam-se aquelas relacionadas com a estabilidade dos servidores públicos (...) e com a gestão gerencial da administração pública. (...) Em relação aos serviços não-exclusivos, ou seja, aqueles que correspondem aos setores onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações privadas – tais como (...) cultura e proteção ambiental - eles serão otimizados por meio das organizações sociais. As organizações sociais são um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade, regulado por meio dos contratos de gestão. (...) A implantação das organizações sociais ensejará uma verdadeira revolução na gestão da prestação de serviços na área social. A disseminação do formato proposto – entidades públicas não estatais - concorrerá para um novo modelo de administração pública, onde o Estado tenderá à redução de sua dimensão enquanto máquina administrativa, alcançando, entretanto, maior eficácia pelos resultados de sua atuação<sup>15</sup>.

<sup>13</sup>COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle nas S/As**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 46.

<sup>14</sup>O 'Welfare State' configura um momento e um regime específico de proteção social, introduzido a partir de políticas sociais mais abrangentes para diferentes grupos sociais, de efeito sinérgico e incorporando as classes médias em expansão, configurando uma etapa específica de desenvolvimento capitalista, quando o papel do Estado se alastra para diferentes campos e ganham importância, nas decisões políticas, atores como a burocracia governamental, sindicatos e grande corporação" (VIANA, Ana Luiza d'Ávila, LEVCOVITZ, Eduardo. *Proteção Social: introduzindo o debate*. In: **Proteção Social: dilemas e desafios**. São Paulo: Hucitec, 2005. p.15-57)

<sup>15</sup>SILVA, Christiane Oliveira Peter da. **A Reforma Administrativa e a EC 19**. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999.

Tal ponderação é relevante. É fato que “Encarado o sistema econômico nacional em sua globalidade (...) seria um absurdo considerar a atividade empresarial como matéria de exclusivo interesse privado”<sup>16</sup>. Tal preocupação é pertinente, ainda, se considerado que o próprio Estado é autorizado, constitucionalmente, a exercer atividade empresarial e, quando o faz, deve, como todo comportamento estatal, preocupar-se com o atingimento e concretização do interesse público. Daí a relevância do estudo do princípio da função social da empresa, aplicado ao Estado empresário.

### 3. ESTADO EMPRESÁRIO

Para que se possa compreender a função social da atividade empresarial estatal, necessário que se analisem, primeiramente, as formas de participação do Estado na economia, em especial as concepções de Estado Liberal e Estado Intervencionista.

O Estado Liberal separa os campos público e privado. A ideologia liberal tem por pressuposto o poder da iniciativa individual, com redução da participação e do papel do Estado (**liberalismo econômico**). No âmbito jurídico-normativo, o Estado Liberal busca garantir a liberdade do cidadão contra o poder estatal. Ou seja, a atuação do Estado se dá em prol da proteção dos cidadãos, com o uso do monopólio do poder de polícia e do poder político para garantir as liberdades individuais; por outro lado, o Estado deve se abster de interferir em tais liberdades. À proteção individual opõem-se a não intervenção do Estado no ambiente econômico e social, campos de atuação privativa do particular<sup>17</sup>.

A corrente de pensamento em questão surge no século XVII, a partir da obra do filósofo inglês John Locke<sup>18</sup>, tendo se destacado, efetivamente, no século XVIII, por força das ideias defendidas pelo filósofo e economista Adam Smith. No trecho a seguir, referindo-se, com outras palavras, à conhecida lei da oferta e da procura, bem como analisando as consequen-

---

<sup>16</sup>COMPARATO, Fabio Konder. **Estado, empresa e função social**. Revista dos Tribunais, n. 732,1996. p. 45-46.

<sup>17</sup>SILVEIRA, Marco Antonio Karam. Contratos público-privados: uma interseção entre direito público e direito privado no estado constitucional. **Revista Estudos Legislativos**, n. 5. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do estado do Rio Grande do Sul, 2011. p. 5.

<sup>18</sup>“O representante clássico do liberalismo burguês foi JOHN LOCKE. Poderíamos considerá-lo como a figura oposta a ROUSSEAU, pois para este o estado democrático tinha uma tendência totalitária, sendo que, para LOCKE, o estado tinha uma dimensão mínima que justificava sua legitimidade na medida em que garantia os direitos ‘à vida, à liberdade e à propriedade’.” (TUGENDHAT, Ernst. A controvérsia sobre os direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Vol. 17 – 1999. p. 77)

ências prejudiciais do monopólio de políticas estatais intervencionais, de fixação de preço, Smith apresenta as vantagens da não-regulação e da livre concorrência, em um cenário em que, estando os agentes econômicos em constante competição, colocam à disposição do consumidor produtos com preços cada vez menores:

Se em algum momento a quantidade posta no mercado superar a demanda efetiva, algum dos componentes de seu preço deverá ser pago abaixo de sua taxa natural. (...)

Se, ao contrário, em algum momento a quantidade colocada no mercado ficar abaixo da demanda efetiva, alguns dos componentes de seu preço necessariamente deverão subir além de sua taxa natural. (...)

É dessa maneira que naturalmente todos os recursos anualmente empregados para colocar uma mercadoria no mercado se ajustam à demanda efetiva. Todos objetivam, naturalmente, colocar no mercado a quantidade precisa que seja suficiente para cobrir a demanda, sem, por outro lado, excedê-la. Um monopólio, outorgado a um indivíduo ou a uma companhia de comércio, tem o mesmo efeito que um segredo comercial ou industrial.

Os monopolistas, por manterem o mercado sempre em falta, por nunca suprirem plenamente a demanda efetiva, vendem suas mercadorias muito acima do preço natural delas, auferindo ganhos — quer consistam em salários ou em lucros — muito acima de sua taxa natural. (...)

Os privilégios exclusivos detidos por corporações, estatutos de aprendizagem e todas as leis que limitam, em ocupações específicas, a concorrência a um número inferior ao dos que de outra forma concorreriam, têm a mesma tendência, embora em grau menor. Constituem uma espécie de monopólios ampliados, podendo freqüentemente, durante gerações sucessivas, e em categorias inteiras de ocupações, manter o preço de mercado de mercadorias específicas acima de seu preço natural, e manter algo acima de sua taxa natural tanto os salários do trabalho como os lucros do capital empregados nessas mercadorias.

Tais elevações do preço de mercado podem perdurar enquanto durar os regulamentos que lhes deram origem. (...)

Somente uma política tão violenta como a do Indústão ou a do Egito Antigo (onde todos eram obrigados, por um princípio religioso, a seguir a ocupação dos pais, incorrendo no mais horrendo sacrilégio quem ousasse mudar de profissão) é capaz de, em qualquer ocupação específica, e por várias gerações sucessivas, fazer os salários do trabalho ou lucros do capital descerem abaixo da taxa natural respectiva.

(...)

Também nos tempos antigos era habitual tentar regulamentar os lucros dos comerciantes e de outros profissionais, determinando o preço dos mantimentos e de outros bens. Pelo que sei, o único remanescente desse antigo costume é a questão do preço do pão. Onde existe uma corporação com direitos exclusivos, talvez seja recomendável regulamentar o preço do alimento mais elementar. Mas onde isso não existe, a concorrência regulará tal preço de maneira muito mais eficaz do que qualquer tribunal<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup>SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Nova Cultura, 1996. p. 181-184.

O cenário do liberalismo econômico, então vigente até o século XIX, foi objeto de insurgência por parte de movimentos a ele contrários, os quais buscavam intervenção do Estado, para assegurar ordenamento jurídico mais equilibrado. O surgimento das massas e de uma consciência coletiva<sup>20</sup>, o sentimento de solidariedade e o cunho humanitário determinaram a intervenção do Estado<sup>21</sup>.

As constituições da primeira dimensão do constitucionalismo, ou seja, no período posterior à Revolução Francesa, refletem o liberalismo econômico da época, na medida que não possuem um arcabouço de normas a disciplinar a atuação econômica do Estado, justamente porque a lógica era a não atuação do Estado na economia. Porém, ao longo do século XIX há a exacerbação do capitalismo e a sua “consequente confrontação com o operariado, dando origem à ‘Questão Social’, a exigir uma constituição econômica e um direito especial da economia” pelo qual o Estado, apesar de não se substituir ao mercado, intervisse em suas disputas, “através de normas/institutos que, embora assegurassem o direito de propriedade, a liberdade de empresa e a liberdade de trabalho – como direitos fundamentais econômicos – não permitisse abuso no seu exercício”<sup>22</sup>.

O desenvolvimento econômico vivenciado ao longo do século XIX, contudo, mostrou-se limitado, tendo durado enquanto a havia demanda de consumo apta a absorver a produção, o que não mais ocorreu após 1926<sup>23</sup>. Tal cenário culminou com a chamada crise da superprodução, marcada pela queda da bolsa de Nova York, em 1929 (Crise de 29) e a instalação da Grande Depressão, tendo como conhecidas consequências, principalmente, a queda da produção industrial e dos preços no mercado, as falências e o acentuado desemprego<sup>24</sup>. O Estado vê a necessidade de adoção de medidas de atuação

---

<sup>20</sup>Ocorre, no entanto, que o próprio século XIX foi palco de inúmeras formações sociais que atingiam sua maturidade, tais como o sindicalismo (incrementado pela Revolução Industrial), a estruturação e fortalecimento dos partidos políticos, dentre outros agrupamentos que reivindicavam espaços e direitos específicos. A emergência da conflitividade social e o caráter da não neutralidade do direito, assim como a impugnação da separação entre direito, sociedade e mercado, os quais desencadeiam, por conseguinte, a problematização da questão inerente à legitimação social e moral do próprio fenômeno jurídico, ‘determinarão a superação das imagens da homogeneidade da sociedade liberal e a perda da posição central da lei, como forma jurídica e fonte do direito, que vinha ocupando no Estado legislativo’. Com efeito, a dissolução da imagem homogênea do jurídico será a consequência das tensões as que se vê submetido o ordenamento jurídico dada a multiplicidade e heterogeneidade das pretensões sociais que se dirigem ao mesmo (ANDRADE, Luiz Gustavo de. **Tutela processual de direitos metaindividuais trabalhistas: fundamentos constitucionais e reflexos na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 38)

<sup>21</sup>SILVEIRA, Op. cit. p. 5.

<sup>22</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1406. Trecho da obra de autoria atribuída ao segundo co-autor.

<sup>23</sup>NUNES, Antonio José Avelãs. Aventuras e desventuras do Estado Social. **Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico**. Vol. 3. 2011. p. 149.

<sup>24</sup>CENCI, Ana Righi; BEDIN, Gabriel de Lima; FISCHER, Ricardo Santi. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n. 4, 2011. p. 89.

no mercado, aptas a contornar a crise. Neste contexto é que, nos EUA, é aplicado o New Deal:

Por conseguinte, o plano econômico lançado na era Roosevelt, que restou conhecido por New Deal, consistiu em uma solução reformista que tinha por objetivo reestruturar o cenário econômico americano, além dos evidentes reflexos em toda a economia mundial, por meio de uma intervenção estatal promotora de medidas de cunho social e regulatórias da economia<sup>25</sup>.

Merece destaque, ademais, que a Constituição de Weimar inaugurou as denominadas “constituições econômicas”, cujo intuito era garantir a intervenção estatal na ordem econômica vigente. Assim, questões elementares de política econômica, que no Estado liberal estavam vinculadas à iniciativa privada, passam à seara de decisão do Estado. Na constituição econômica há um duplo ordenamento: um voltado à “organização de categorias, que serve à representação dos vários setores econômicos no confronto no Estado, e o outro voltado à organização dos mercados, com o objetivo de dominar e controlar o mercado”<sup>26</sup>.

A necessidade de intervenção no campo econômico, a partir, principalmente, da década de 30, demonstram ao Estado a necessidade de quebra da ideologia liberal até então predominante, exigindo políticas normativas, de controle, de incentivo e de proteção a determinados segmentos<sup>27</sup>.

Se Adam Smith revoluciona a concepção econômica, com a proposição do liberalismo, a partir do século XVIII, o período pós-crise de 1929 tem em John Maynard Keynes a base da atuação intervencionista (**intervencionismo econômico**). Analisando a crise de 1929, Keynes constatou que “em momentos de crise na economia, o mercado é incapaz de levar a produção ao ponto de pleno emprego dos fatores produtivos”. Desta forma, “o Estado deve intervir, portanto, para aumentar o nível da demanda agregada através da administração de variáveis macroeconômicas, como emprego e investimento”<sup>28</sup>.

A substituição do modelo absenteísta pelo intervencionismo econômico do Estado de bem-estar social - que se inicia com a Constituição de Weimar de

---

<sup>25</sup>Idem. p. 90

<sup>26</sup>Idem. p. 86

<sup>27</sup>O dilatado grau de intervencionismo econômico e social, que a Constituição de 1934 adotou, repercutiu no alargamento da competência da União Federal, para atender às novas dimensões do Estado, e esse processo de dilatação da competência federal acarretou a correspondente redução da autonomia do Estado-membro (SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; SILVA, José Luiz Toro da; FAGUNDES, Tatiana Penharrubia. Representatividade dos Estados e Pacto Federativo. *Revista Direito Mackenzie*, n. 1, 2002. p. 273).

<sup>28</sup>BRAZ, Marcio. **Estado liberal e intervenção econômica**. Departamento de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Piauí, v.1, n. 18, novembro 2009. Teresina: UFPI, 2009. p. 13

1919 e a Mexicana de 1917 - implicou uma relevante diminuição na esfera da autonomia privada<sup>29</sup>.

Esse é o período em que os já mencionados padrões tayloristas de organização da produção e os padrões fordistas de gerenciamento do trabalho modificam de modo substancial tanto a escala das empresas (permitindo-lhes fabricar grandes quantidades de bens padronizados por baixo custo unitário) quanto a dimensão dos próprios mercados (exigindo uma crescente uniformização de procedimentos, sistemas, métodos e linguagens para avaliação da performance técnica ou econômica de um determinado produto ou de uma dada unidade produtiva). No plano comercial, por exemplo, o advento da produção em massa leva à padronização dos contratos, relativiza o peso do consentimento expresso e inequívoco dado a cada cláusula após um intrincado processo de negociação e ainda abre caminho para a institucionalização dos *standard contract forms* – os contratos de adesão. Já no plano industrial, a necessidade de se neutralizar o risco de eventuais interrupções no fluxo da produção requer mecanismos e procedimentos jurídicos dotados de flexibilidade necessária para assegurar a adequação ótima entre fornecimento de insumos, capacidade produtiva instalada e potencial de consumo de mercado (...)

Como ao contrário do capitalismo mercantil ou concorrencial, neste período histórico o mercado passa a ser regulado e organizado pelo Estado intervencionista, de feições keynesianas (...). É por este motivo que, na dinâmica do capitalismo “organizado”, vão surgindo crescentes limitações ao poder de contratar [justificadas] em nome das exigências de equidade e boa-fé e adotadas em favor das partes consideradas vulneráveis ou hipossuficientes, com o objetivo de coibir as desigualdades entre as partes e o abuso de poder nos contratos de trabalho, evitar a onerosidade excessiva e o desequilíbrio nas contraprestações no âmbito do direito do consumidor e inverter o ônus da prova nos contratos de adesão...<sup>30</sup>

Porém, também a doutrina keynesiana é criticada. As críticas ocorrem quando o mundo vivencia a crise econômica da década 1970. Na tentativa de superação de tal crise, países como a Inglaterra (liderada por Margaret Thatcher) e os EUA (tendo como presidente Ronald Reagan) buscam socorro na doutrina econômica de Friedrich Hayek, opositor do intervencionismo. Segundo Hayek:

A autoridade que dirigisse toda a atividade econômica controlaria não só o aspecto da nossa existência que envolve as questões inferiores; controlaria também a alocação dos meios escassos e os fins a que seriam destinados. Quem controla toda a atividade econômica também controla os meios que deverão servir a todos os nossos fins; decide, assim, quais deles serão satisfeitos e

<sup>29</sup>REIS, Jane Moreira dos. Desapropriação e função social da propriedade: um estudo sobre a natureza da desapropriação por descumprimento da função social da propriedade na constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis*, Vol. 4, 2002. p. 149.

<sup>30</sup>FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 204-205.

quais não o serão. (...) E a autoridade que dirigisse todo o sistema econômico seria o mais poderoso monopolista que se possa conceber<sup>31</sup>.

A Constituição brasileira, em 1988, adota um modelo predominantemente liberal, com um intervencionismo pontual. Conforme observa Nelson Nery Júnior, “Nossa ordem constitucional não consagra o dirigismo econômico; a intervenção estatal na ordem econômica é permitida como exceção para assegurar a proteção do mercado e da livre concorrência”<sup>32</sup>. A ordem econômica na Constituição de 1988 é, assim, um meio para a construção do Estado Democrático de Direito<sup>33</sup>, não havendo, nela, um modelo econômico acabado (definido).

Nos últimos trinta anos, o mundo vem presenciando uma evidente redução na intervenção estatal. Em contrapartida, vem-se presenciando atuações estatais regulatórias. “Postula-se que o Estado deveria não mais atuar como agente econômico, mas sim como árbitro das atividades privadas”, ensina Justen Filho. Para ele, isso “não significa negar a responsabilidade estatal na promoção do bem-estar, mas alterar os instrumentos para realização das tarefas”. Ou seja, “o ideário do Estado de Bem-Estar permanece vigente, integrado irreversivelmente na sociedade ocidental”. Porém, as “novas concepções acentuam a impossibilidade de realização desses valores fundamentais através da atuação preponderantemente (senão isolada) dos organismos públicos”<sup>34</sup>.

Pode-se identificar duas formas de intervenção do Estado: a direta e a indireta. Inicia-se a explicação pela indireta.

Na intervenção indireta, o Estado atua como agente regulador, normatizando determinados segmentos do mercado. Tal atuação pode ocorrer, também, mediante o fomento, com a concessão de incentivos a determinadas atividades.

De acordo com o art. 174, da Constituição, o Estado exerce o papel de agente normativo, regulador da atividade econômica, no exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Especificamente sobre a atuação regulatória estatal na economia, Alexandre Santos de Aragão esclarece que se trata de um conjunto de “medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas e concretas, pelas quais

---

<sup>31</sup>HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. (Tradução: Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Morais Ribeiro). 5 ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 115

<sup>32</sup>NERY JÚNIOR, Op. cit. p. 892.

<sup>33</sup>GRAU, Op. cit. p. 313-315.

<sup>34</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 23.



o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos”, sendo que, por meio de tal atuação, acaba “evitando que [os particulares] lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição, orientando-os em direções socialmente desejáveis”<sup>35</sup>.

Neste contexto se inserem as agências reguladoras. Regular significa “organizar determinado setor afeto à agência, bem como controlar as entidades que atuam nesse setor”<sup>36</sup>. São exemplos de agências reguladoras: ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) etc. Tais agências regulam a atuação de concessionárias de serviço público e de empresas que exploram bens públicos, regulando suas atividades; estabelecem, ainda, as regras para o exercício do poder de polícia<sup>37</sup> administrativo, tais como aquelas relacionadas à fiscalização e repressão.

Já em relação ao fomento, Luciano Reis explica que “o enaltecimento à atividade administrativa de fomento tem aparecido como um dos aspectos mais comentados da reforma estatal das últimas décadas”. Explica, o autor, que se trata de figura típica do “Estado subsidiário”, havendo, aí, atuação do Estado “ajudando, estimulando, criando condições a fim de que os vários grupos de interesses busquem os seus próprios objetivos conciliados com o interesse público”<sup>38</sup>.

Moreira Neto, citado por Chalusnhak, explica que:

É a função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados ou de outras entidades, públicas e privadas, para que estas desempenhem ou estimulem, por seu turno, as atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 37

<sup>36</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 468.

<sup>37</sup>O art. 78, do Código Tributário, estabelece um conceito de poder de polícia: Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

<sup>38</sup>REIS, Luciano Elias. **Convênio Administrativo**: um instrumento eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado. Curitiba: Juruá, 2013. p. 243

<sup>39</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002 *apud* CHALUSNHAK, Ana Luiza. **O fomento como forma de instrumento concretizador do direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável**. Âmbito Jurídico, 2011.

De fato, a intervenção indireta caracteriza atuação adequada ao modelo de reforma administrativa introduzido a partir do final da década de 90, no Brasil. Na redução do aparelhamento estatal, com a outorga de serviços públicos à iniciativa privada, bem se inserem institutos jurídicos que têm por fim propiciar uma atuação estatal de incentivo a atividades particulares que detenham relevância pública (interesse público), o que se dá por meio do fomento, agindo, o Estado, em relação aos serviços públicos concedidos, com a prerrogativa de regular a ação empresarial em tais setores, fiscalizando e punindo eventuais abusos, protegendo, assim, consumidor e usuário dos serviços (atividade regulatória).

Especificamente em relação à regulação de determinado setor da economia, Figueiredo explica que tal intervenção deve ocorrer, também, apenas se existir uma das chamadas falhas de mercado, assim compreendidas as situações de anormalidade de efeito danoso ao processo competitivo da economia ou ao bem estar da população<sup>40</sup>. Diz que tais deficiências podem ocorrer das seguintes maneiras: deficiência na concorrência (quando, por exemplo, comercialização e produção restringem-se a um único ou um pequeno grupo de agentes econômicos que ditam preços e condições de oferta de bens e serviços, em prejuízo do consumidor); deficiência na distribuição de bens (quando o mercado não consegue permitir que a coletividade tenha acesso a bens essenciais); externalidades (como por exemplo, a poluição que afeta a qualidade de bem, produto ou serviço); assimetria informativa (deficiência de informações acerca de determinado bem ou serviço, o que coloca, por exemplo, o consumidor em condições de hipossuficiência em relação ao agente econômico); e desequilíbrio de mercado (poderio de determinado mercado e seus reflexos sociais positivos, como geração de empregos, estipulação de preços de bens e serviços, o que justifica a atuação estatal).

De qualquer forma, pertinente recordar que o Estado (em regra), não interferirá na economia, somente o fazendo quando tal se mostre necessário para garantir a observância dos princípios constitucionais a seguir estudados.

Na intervenção direta, o Estado atua na ordem econômica exercendo ele, diretamente, uma atividade econômica, concorrendo com os agentes econômicos do setor privado ou exercendo atividade econômica em regime de monopólio<sup>41</sup>. É o Estado empresário que se lança no mercado para exercer, ele mesmo, uma atividade econômica e, assim, interferir, diretamente na economia. Trata-se de uma forma de atuação excepcional, haja vista que, pela

---

<sup>40</sup>FIGUEIREDO, Op. cit. p. 129-130.

<sup>41</sup>GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 122.

hermenêutica do art. 173, da Constituição, em regra, é vedada ao Estado a exploração de atividade econômica.

Eros Roberto Grau denomina a intervenção direta sob a forma de monopólio de intervenção por absorção. Ou seja, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, dominando determinado produto ou serviço. Segundo o STF, “o conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes”<sup>42</sup>. Como exemplo de atuação em regime de monopólio, cita-se a atividade postal perpetrada pelos Correios<sup>43</sup>. Tais atividades monopolizadas, por outro lado, não se confundem com serviços públicos; correspondem a atividades econômicas, subtraídas do âmbito da livre iniciativa<sup>44</sup>.

Além do regime de monopólio, a intervenção direta do Estado no domínio econômico opera-se também sob o regime de concorrência com os demais agentes econômicos privados. Neste caso, há uma intervenção por participação, pela qual haverá atuação estatal em regime de concorrência com empresas privadas que atuam no mesmo setor. O Estado cria uma empresa estatal para tanto (empresa pública ou sociedade de economia mista).

Bom exemplo desta forma de intervenção são os bancos públicos – caso da Caixa Econômica Federal (empresa pública) e do Banco do Brasil S.A. (sociedade de economia mista): disponibilizando crédito a uma taxa de juros determinada, porém inferior à taxa de juros praticada no mercado, tais bancos forçam, por meio da concorrência, que bancos privados pratiquem juros menores, se com os estatais quiserem concorrer; desta forma, o Estado interfere diretamente na economia:

(...) empresas de controle governamental, sejam elas empresas públicas ou sociedades de economia mista, são singulares pois não necessariamente objetivam a maximização de lucros, podendo ser utilizadas como efetivos instrumentos de promoção de políticas públicas. Fica assim assegurado ao Estado brasileiro poderoso instrumento não-convencional de intervenção direta no mercado de crédito via a fixação direta das taxas de juros cobradas por algu-

<sup>42</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 2.373/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 16.03.2005.

<sup>43</sup>No que diz respeito à questão do petróleo e da Petrobrás, o STF, na ADI 2.373/DF, de Relatoria de Eros Roberto Grau, conclui que “Eros Grau afirma, em seu voto, que “não é adversa à Constituição a existência ou desenvolvimento de uma atividade econômica sem que a propriedade do bem empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade [...]. Dizendo-o de outro modo: o conceito de atividade econômica (enquanto atividade empresarial) prescinde da propriedade dos bens de produção”. No entender do Ministro, a propriedade do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos pode ser atribuída a terceiros pela União, sem que isso caracterize ofensa à Constituição, na medida que o monopólio é da atividade; não da propriedade.

<sup>44</sup>BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 595.

mas instituições, em contrapartida a mais usual intervenção indireta feita por meio da atuação horizontal dos Bancos Centrais (igualmente disponível ao governo brasileiro)<sup>45</sup>.

Pertinente recordar que o Estado, quando atua como empresário, submete-se ao regime jurídico das empresas privadas. Segundo o art. 173, § 1º, inciso II, a lei disciplinará o estatuto jurídico das empresas estatais, dispondo sobre a sujeição destas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários<sup>46</sup>.

Neste contexto, passa-se à análise da função social da empresa, aplicada ao Estado empresário.

#### 4. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA ESTATAL

A iniciativa empresarial do Estado ocorre, como visto, com toque de excepcionalidade e, tal atributo decorre da própria limitação à intervenção estatal na economia, preservando os agentes econômicos privados, estabelecendo harmonia e coerência com a opção efetuada pelo legislador constituinte em favor da propriedade privada dos meios de produção, essência de um sistema liberal e capitalista.

Por isso, quando o texto constitucional afirma que a atuação do Estado empresário ocorrerá por questões referentes a imperativos de segurança nacional ou do relevante interesse coletivo a ser atendido pelo empreendimento estatal, aí residirá a função social da atuação da empresa estatal (art. 173, da Constituição).

A delimitação dos conceitos jurídicos abertos esculpido no art. 173, da Constituição, ocorrerá por meio da lei que autorizar a criação da empresa estatal. Isso porque, segundo a Constituição, a criação das empresas estatais ocorre por autorização legal: “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de eco-

---

<sup>45</sup>LANCIERI, Filippo Maria. *Leviatã S.A.? A Concorrência no setor bancário brasileiro*. Dissertação de Mestrado em Economia. São Paulo: INSPER Instituto de Ensino e Pesquisa, 2014. p. 11. Na obra, o autor ressalva a existência de literatura segundo a qual “muitos bancos estatais são vistos como mais um instrumento do jogo político à disposição daqueles no poder. Sob esta ótica, estes bancos são utilizados pelos governos primordialmente como instrumento para corrupção, troca de favores via financiamento de projetos de aliados, cabide de empregos para correligionários entre outros”.

<sup>46</sup>Daí o porquê, por exemplo, de tais empresas não pagarem suas condenações judiciais por meio de Precatórios; daí a razão de seus empregados (apesar de submeterem-se a concurso para ingresso em tais empresas estatais) sujeitarem-se ao regime contratual celetista e ao regime geral de previdência (mesmos regimes aplicados aos empregados da iniciativa privada) e não possuírem a estabilidade que possuem os servidores públicos efetivos estatutários (art. 41, da Constituição e Súmula 390, II, do TST). Não possuem o bônus, mas se sujeitam aos mesmos ônus (precisam contratar por meio de licitação, seus agentes sujeitam-se à lei de improbidade administrativa etc).

nomia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação” (art. 37, XIX, da Constituição).

Assim, é pertinente observar que o Estado, quando exerce atividade econômica, não o faz com o propósito primeiro de auferir lucro, em que pese tal corresponda a uma consequência aceitável e desejável. O objetivo primeiro do exercício de atividade empresarial pelo Estado deve ser a concretização do interesse público, não se perdendo de vista que o Poder Público, ao se lançar no mercado, vale-se de privilégios decorrentes da própria condição de Estado, que o coloca em condição de superioridade em relação aos demais agentes da iniciativa privada. Daí o porquê de se aplicar a ele, então, o regime de direito privado, típico da iniciativa privada, com o fim de reduzir tal superioridade. Em que pese tal equiparação, a Lei de Recuperação Judicial e de Falência (Lei 11.101, de 9.2.2005) prevê, em seu art. 2º, inciso I, a sua inaplicabilidade à empresa pública e à sociedade de economia mista.

De qualquer forma, a atuação do Estado se dá na condição de empresário, já que, por força de lei, o que caracteriza a sociedade de economia mista e a empresa pública, como integrantes da Administração Indireta, é o fato de que uma pessoa jurídica de direito público, da Administração Direta, deterá a maior parte das ações com direito a voto, ou seja, deterá o controle acionário com direito a voto na empresa. Veja-se, por exemplo, que assim entende a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 2º, incisos II: “empresa controlada: sociedade cuja maioria do capital social com direito a voto pertença, direta ou indiretamente, a ente da Federação”.

Como empresário, o Estado deve conduzir as atividades da empresa estatal de modo a propiciar o desenvolvimento da sociedade.

Se o objetivo principal não é o lucro, ainda que a atividade ganhe roupagem empresarial, equiparando-se aos demais empreendimentos privados, é certo que com maior eficácia poderá o Estado empresário dispor dos meios empresariais a seu dispor para consecução do objetivo primeiro, que é o atingimento do interesse público.

Contudo, deve-se recordar que em uma concepção de Estado Gerencial, decorrente da Reforma Administrativa instituída pela EC 19/1998, operou-se a “descentralização das atividades estatais para a iniciativa privada” e, assim, “o Estado passou de executor e protetor das garantias e princípios constitucionais para fiscalizador e interventor das atividades empresariais”, como ensina Zanzanelli<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup>ZANZANELLI, Nelson Freitas. Função Social da Empresa. *Revista do Curso de Direito* da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 6, n. 6, 2009. p. 175.

Portanto, a própria atividade de descentralização estatal, com a criação de empresas estatais para execução de parcela de suas competências merece reflexão nos dias de hoje, já que as atividades estatais secundárias, ainda que decorrentes de obrigação constitucional (cultura, esportes etc), mas que não se inserem no núcleo essencial de atuação estatal (saúde, educação e segurança) merecem execução sob o regime jurídico de direito público, colocando-se em cheque a própria perpetuação ou ampliação de ações empresariais por parte do Estado.

Neste contexto, Luciano Reis pontua que “em tempos de mudanças (...) não se pode deixar de aprofundar os estudos e debates sobre a atividade administrativa de fomento”. Explica que “o fomento não tem um caráter puramente econômico e nem visa somente incentivar atividades em que a iniciativa privada está carente”, sendo tal atividade mais ampla, “alcançando em diversos objetivos um caráter essencialmente social”. Contudo, seu uso não pode se dar com o fim de que a Administração Pública venha a “se esquivar das suas missões legais”<sup>48</sup>.

Voltando à descentralização perpetrada pela Administração Direta em favor de empresa estatal da Indireta, deve-se ter em mente que quando o Estado transfere suas competências uma empresa estatal, deve fazê-lo refletindo adequadamente quanto ao número ideal de empresas estatais, considerando as já existentes, considerando as áreas para sua atuação e a medida adequada de intervenção do Estado na sua gestão. Não deve haver excessiva discricionariedade no uso das empresas estatais para a realização de objetivos políticos ou para execução de atividades estatais típicas, como aquelas afetas à saúde e à educação. Somente a partir da reflexão quanto a tais aspectos poder-se-á concretizar o princípio da função social da empresa estatal, utilizando-se destas figuras jurídicas para o efetivo desenvolvimento da sociedade.

## 5. DISCIPLINA DA FUNÇÃO SOCIAL NA LEI 13.303/2016

A Lei 13.303/2016, em atenção ao que estabelece o art. 173, parágrafo 1º, da Constituição, instituiu o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. Referida lei prevê que a criação de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia

---

<sup>48</sup>REIS, Luciano Elias. **Convênio Administrativo**: um instrumento eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado. Curitiba: Juruá, 2013. P. 249-251.

autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do *caput* do art. 173 da Constituição.

O interesse público por trás da empresa pública e da sociedade de economia mista, respeitadas as razões que motivaram a autorização legislativa, manifesta-se por meio do alinhamento entre seus objetivos e aqueles de políticas públicas, na forma explicitada em documento denominado “carta anual”. A própria lei definiu “Carta Anual” no seu art. 8º, inciso I, como sendo o documento que conterá explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos.

O Capítulo III da lei 13.303/2016 foi destinado especificamente ao tema da “Função Social” da empresa estatal. Ao delimitar o alcance da concepção de função social, o legislador previu que a realização do interesse coletivo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista. Para tanto, o parágrafo 1º, do art. 27 da lei, estabeleceu dois objetivos:

- I - ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista;
- II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.

O Decreto 8.945/2016, na mesma linha, ao regulamentar a lei em questão, previu, ainda, que a empresa estatal deverá adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atua.

É evidente, ainda, em diversas passagens da lei, a preocupação com práticas de boa gestão, transparência e controle. Certamente, tais previsões, mais do que atender à lógica da função social da empresa estatal, guardam relação com os recentes escândalos envolvendo corrupção na maior empresa estatal brasileira, a Petrobrás. Em comentário sobre a lei

em questão, quando ainda tramitava no Congresso Nacional, Sergio Lazzarini propôs a seguinte crítica:

Chega a ser óbvio que a estatal tem de seguir o melhor interesse do Estado, e não de um governo em particular. Há, nesse sentido, uma proposta de obrigar as estatais a deixarem mais claro no seu estatuto qual é o seu objetivo social. A princípio, para evitar que governos voluntaristas inventem novos direcionamentos ao seu bel-prazer, as estatais não deveriam se desviar dos objetivos sociais que nortearam sua criação. Além disso, propõe a lei, desvios que impliquem custos financeiros à estatal deverão ser ressarcidos pelo governo. Nesta parte do texto, será preciso muito mais detalhamento e precisão sobre como e em quais condições haverá esse ressarcimento<sup>49</sup>.

Com certeza, a nova legislação preenche lacunas pontuais, evitando algumas discussões quanto ao regramento das estatais, permitindo maior transparência. Contudo, é fato que muitos temas polêmicos envolvendo, principalmente, empresas estatais prestadores de serviços públicos deixaram de ser abordados, perdendo-se grande oportunidade de pacificar discussões que até hoje atormentam juristas e dividem jurisprudência. Poder-se-ia citar, rapidamente, questões como a necessidade de motivação (e de eventual processo administrativo com contraditório) para o ato de dispensa de empregado público de empresa estatal, a aplicação da imunidade recíproca a empresas estatais que exercem atividade econômica e o pagamento das condenações judiciais por meio de precatório àquelas que exercem atividades exclusivas (caso dos Correios) ou tipicamente estatais.

De qualquer forma, espera-se que os mecanismos de *compliance* instituídos pela lei permitam melhor identificação dos riscos e maior eficácia nos sistemas de controles, bem como o monitoramento da observância, por parte dos empregados e colaboradores das empresas estatais, dos procedimentos legais, evitando-se problemas como os observados e investigados pela operação lava-jato.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho foi possível concluir que, implícito na ordem constitucional brasileira, o princípio da função social da empresa corres-

---

<sup>49</sup>LAZZARINI, Sergio. **Lei das Estatais: resolverá o problema?** Jornal o Estado de São Paulo. Caderno Economia. Edição de 29/fev/2016.



ponde a um dever do empresário de gerir seu empreendimento, de modo a contribuir para o desenvolvimento da sociedade.

Observou-se existir duas formas de se interpretar o princípio da função social aplicado à atividade empresarial: uma, de viés negativo, segundo a qual a empresa não possui obrigações para além do mero cumprimento da lei, sendo certo que a mera existência da empresa, cumprindo suas obrigações legais, por si só já contribui para o desenvolvimento social; e outra, de vertente positiva, que analisa a função social da empresa como um princípio que exige do empresário mais do que a simples observância da lei, devendo adotar medidas concretas que efetivamente contribuam para o desenvolvimento social, tais como assistencialismo, patrocínio de eventos culturais e esportivos, por exemplo, e proteção e inclusão dos trabalhadores na gestão da empresa. Nenhuma delas é imune as críticas que giram em torno do princípio. O trabalho pontou que em um sistema liberal capitalista, o empresário exerce as atividades empresariais com intuito de obter lucro, sendo este seu objetivo. A atuação do empresário não é voltada para o desenvolvimento social, em que pese este possa decorrer, reflexamente, da existência da empresa e que seria até certo ponto ingenuidade acreditar que o empresário se lance no mercado com propósito diverso daquele inerente a um sistema capitalista, qual seja, o de produzir menos (e empregar menos) para ganhar mais. Em sendo assim, não haveria função social da empresa, nem sob um viés positivo (porque utópico), nem sob um viés negativo, já que este consiste no mero cumprimento da lei, objetivo já satisfeito pelo princípio da legalidade, sendo inútil defender a existência de outro princípio, já que a legalidade, por si só, cumpre o papel de impor ao empresário certas obrigações.

Observou-se a necessidade de cautela na aproximação do princípio de uma concepção de *Welfare State*, como base justificadora da existência da função social da empresa já que tal princípio pode estar mais próximo de uma concepção de Estado Mínimo, pelo qual o Estado reduz seu campo de atuação e transfere à iniciativa privada obrigações que são dele, Estado, por força constitucional.

No âmbito da utilização da atividade empresarial como meio de intervenção do Estado na economia, o trabalho concluiu que a ação do Estado Empresário está envolta a uma concepção de intervenção voltada ao aumento do nível da demanda agregada através da administração de variáveis macroeconômicas, como emprego e investimento.

De qualquer forma, pertinente recordar que o Estado (em regra), não interferirá na economia, somente o fazendo quando tal se mostre

necessário para garantir a observância dos princípios constitucionais da ordem econômica.

Quando o faz por meio das empresas estatais, deverá observar o princípio da função social da empresa. Positivado pelo legislador infraconstitucional por meio da Lei 13.303/2016, a função social da empresa ganhou definição, a partir da premissa de que as empresas estatais devem atuar de modo a garantir os imperativos de segurança nacional ou o relevante interesse coletivo que justificaram sua criação. A delimitação de tais conceitos abertos deverá constar da lei que autorizar a criação da empresa estatal.

Concluiu-se, por fim, que o legislador infraconstitucional exigiu do Estado que atente para o bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pelas empresas estatais, como formas de concretização da função social da empresa estatal.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luiz Gustavo de. **Tutela processual de direitos metaindividuais** trabalhistas: fundamentos constitucionais e reflexos na atividade empresarial. Curitiba: Juruá, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 2.373/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 16.03.2005.

BRAZ, Marcio. **Estado liberal e intervenção econômica**. Departamento de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Piauí, v.1, n. 18, novembro 2009. Teresina: UFPI, 2009.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Preservação de empresa no Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2007.

CENCI, Ana Righi; BEDIN, Gabriel de Lima; FISCHER, Ricardo Santi. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n. 4, 2011.

CHALUSNHAK, Ana Luiza. **O fomento como forma de instrumento concretizador do direito** fundamental ao desenvolvimento nacional susten-

tável. Âmbito Jurídico, 2011.

COMPARATO, Fabio Konder. **Estado, empresa e função social**. Revista dos Tribunais, n. 732, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle nas S/As**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. A relação jurídica vista em uma perspectiva dinâmica. *In Tutela dos Direitos da Personalidade na atividade empresarial*, volume III (Coord. Luiz Eduardo Gunther, Willians Franklin Lira dos Santos e Noeli Gonçalves da Silva Gunther). Curitiba: Juruá, 2010. p. 551.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. (Tradução: Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro). 5 ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LANCIERI, Filippo Maria. **Leviatã S.A.? A Concorrência no setor bancário brasileiro**. Dissertação de Mestrado em Economia. São Paulo: INSPER Instituto de Ensino e Pesquisa, 2014.

LAZZARINI, Sergio. **Lei das Estatais: resolverá o problema?** Jornal o Estado de São Paulo. Caderno Economia. Edição de 29/fev/2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Antonio José Avelãs. *Aventuras e desventuras do Estado Social*.

- Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico**. Vol. 3. 2011.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002
- SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; SILVA, José Luiz Toro da; FAGUNDES, Tatiana Penharrubia. Representatividade dos Estados e Pacto Federativo. **Revista Direito Mackenzie**, n. 1, 2002.
- TOKARS, Fabio. Função (ou interesse?) social da empresa. Publicado no **Jornal O Estado do Paraná**. Caderno Direito e Justiça. 17.08.2008. p. 12
- REIS, Jane Moreira dos. Desapropriação e função social da propriedade: um estudo sobre a natureza da desapropriação por descumprimento da função social da propriedade na constituição de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis**, Vol. 4, 2002. p. 149.
- REIS, Luciano Elias. **Convênio Administrativo**: um instrumento eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado. Curitiba: Juruá, 2013
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris: 2003.
- SILVA, Christiane Oliveira Peter da. **A Reforma Administrativa e a EC 19**. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999.
- SILVEIRA, Marco Antonio Karam. Contratos público-privados: uma intersecção entre direito público e direito privado no estado constitucional. **Revista Estudos Legislativos**, n. 5. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do estado do Rio Grande do Sul, 2011
- SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Nova Cultura, 1996.
- TUGENDHAT, Ernst. A controvérsia sobre os direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Vol. 17 – 1999.
- VIANA, Ana Luiza d'Ávila, LEVCOVITZ, Eduardo. Proteção Social: introduzindo o debate. In: **Proteção Social: dilemas e desafios**. São Paulo: Hucitec, 2005.
- ZANZANELLI, Nelson Freitas. Função Social da Empresa *In* **Revista do Curso de Direito** da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 6, n. 6, 2009.

# **Análise jurídica e técnica da contratação e execução de obras de engenharia nas estatais**

**PAULO SÉRGIO DE MONTEIRO REIS<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup>Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Pará. Engenheiro. Autor de diversos artigos jurídicos em periódicos especializados. Experiência de mais de 37 anos em empresa estatal federal. E-mail: preis@pauloreis.adv.br.

A Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, veio atender antigos anseios das empresas estatais que exercem atividade econômica, as quais, exatamente por participarem necessariamente de uma disputa no mercado em que se inserem, precisam dispor de meios hábeis e eficientes, dispostos em normativo legal, para que possam exercer, de modo eficaz, as atividades que lhes são inerentes. Sem qualquer dúvida, a obediência a regras rígidas e burocratizadas como as da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, prejudicava essas empresas na tarefa maior que lhes compete.

A Seção III do Capítulo I da norma citada é dedicada às regras específicas para contratação e execução de obras e serviços de engenharia no âmbito das estatais. Ao lado do Direito, a ciência da Engenharia representa uma das mais antigas atividades do homem, estando sua utilização devidamente regulamentada<sup>2</sup>. Contratação e execução de obras de engenharia representa, sempre, investimento de valores elevados e com enorme grau de risco de insucesso, merecendo, dessa maneira, uma atenção especial não só da legislação geral sobre licitações e contratos, como também, agora, da legislação específica das empresas estatais.

O art. 42 da Lei estabelece os regimes que poderão ser utilizados na execução das obras. No presente artigo, estamos analisando esses regimes e suas implicações jurídicas e técnicas na execução dos contratos.

São seis os regimes admitidos na norma legal. Destes, quatro já constam da Lei nº 8.666/1993, um consta da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC e um constitui absoluta novidade no ordenamento jurídico. Este, a contratação semi-integrada, está previsto, também, no Projeto de Lei nº 6814/2017, ora em tramitação na Câmara Federal, que moderniza a atualmente vigente Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São os seguintes os regimes disponibilizados para as estatais:

- empreitada por preço global
- empreitada por preço unitário
- empreitada integral
- tarefa
- contratação integrada
- contratação semi-integrada

De todos eles, o mais simples é, indubitavelmente, a tarefa. Trata-

---

<sup>2</sup>Estamos falando especificamente da Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, e das normas regulamentadoras do CONFEA – Conselho Federal de Engenharia e Agronomia.

-se de regime destinado à execução de pequenos serviços, e não de obras de engenharia. A Lei define a tarefa como sendo o regime a ser adotado na contratação de profissionais autônomos ou de pequenas empresas para realização de serviços técnicos comuns, de curta duração (art. 43, inc. III). São pequenos reparos prediais ou em equipamentos, cuja realização envolva conhecimentos técnicos de engenharia. O conserto de uma bomba d'água, a substituição do vedante de uma torneira, a recolocação de uma placa de revestimento de piso ou parede, são bons exemplos de serviços a serem contratados por tarefa. Neste, a estatal contrata a mão de obra, podendo, em alguns casos, incluir o material necessário, quando este é de pequeno valor.

Os cinco outros regimes previstos legalmente merecem uma análise mais detida e aprofundada, considerando que cada um deles possui suas especificidades, devendo ser utilizado no momento certo e no tipo adequado de contratação. Começemos pela empreitada por preço global.

A Lei nº 13.303/2016 define esse regime como sendo o que deve ser utilizado quando houver possibilidade de definição prévia, no projeto básico, com boa margem de precisão, dos serviços a serem executados e respectivos quantitativos (art. 43, inc. II). É preciso lembrar, inicialmente, que, embora a engenharia seja uma ciência exata, os projetos que envolvem a execução de uma obra de engenharia não são necessariamente precisos. Não estamos falando de imprecisão decorrente de falha ou omissão; trata-se de imprecisão inerente às características de alguns tipos de obras e serviços.

Obra de engenharia é um conjunto harmônico de serviços, que se completam e integram de tal maneira que acabam por constituir um sistema perfeitamente utilizável pelo homem para atender suas necessidades. Segundo o IBRAOP – Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas, em sua Orientação Técnica nº 2, de 2009, “Obra de engenharia é a ação de construir, reformar, fabricar, recuperar ou ampliar um bem, na qual seja necessária a utilização de conhecimentos técnicos específicos envolvendo a participação de profissionais habilitados conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66”.<sup>3</sup>

Por sua vez, no Acórdão nº 2.470/2013-Plenário, o Tribunal de Contas da União - TCU define: “1. Obra de engenharia é a alteração do ambiente pelo homem, sendo irrelevante, para sua caracterização, as técnicas construtivas utilizadas ou os materiais empregados”.

Para execução de uma obra de engenharia, é indispensável dispormos

---

<sup>3</sup>OT-IBR 002/2009. Disponível em < <http://www.ibraop.org.br> >

de um projeto. De acordo com a Decisão Normativa nº 106<sup>4</sup>, de 17 de abril de 2015, do CONFEA – Conselho Federal de Engenharia e Agronomia, o termo Projeto significa o somatório do conjunto de todos os elementos conceituais, técnicos, executivos e operacionais abrangidos pelas áreas de atuação, pelas atividades e pelas atribuições profissionais da engenharia e da agronomia. O termo Projeto engloba, no caso concreto, o projeto básico e o projeto executivo.

A OT nº 1, de 2006, do IBRAOP, define projeto básico como sendo “o conjunto de desenhos, memoriais descritivos, especificações técnicas, orçamento, cronograma e demais elementos técnicos necessários e suficientes à precisa caracterização da obra a ser executado, atendendo às Normas Técnicas e à legislação vigente, elaborado com base em estudos anteriores que assegurem a viabilidade e o adequado tratamento ambiental do empreendimento.”<sup>5</sup> A Lei nº 8.666/1993, em seu art. 6º, inc. IX, igualmente traz uma conceituação detalhada do que é projeto básico. Tudo em consonância com as disposições da Resolução nº 331, de 10 de dezembro de 1991, do CONFEA, que conceitua projeto básico para os fins e efeitos das atividades na área de engenharia.<sup>6</sup>

Em tese, o projeto básico permite ao profissional da área o prévio conhecimento, com boa margem de precisão, da obra que será executada, com o conseqüente levantamento de todos os serviços que constituirão a mesma e os respectivos quantitativos. Se adicionarmos a tudo isso os correspondentes preços unitários, teremos a planilha de quantitativos e preços que constituem o orçamento da obra.

Ocorre que, muitas e muitas vezes, há deficiências na elaboração do projeto básico. Ora ele contém todos os elementos necessários, mas os mesmos estão imprecisos e/ou mal elaborados; ora ele está incompleto, sem conter todos os elementos necessários e suficientes para o adequado conhecimento daquilo que vai ser realizado. Infelizmente, não é difícil concluir que a grande maioria dos projetos básicos elaborados para as obras públicas, e até mesmo para as obras realizadas pelas estatais, até este momento, não apresentam o grau adequado de informações.

Sobre o tema, tem se manifestado com muita frequência o TCU. Vale a pena destacar trecho de manifestação constante do Voto prolatado no Acórdão nº 1.983/2008-Plenário, *verbis*: “3. Observo que o ponto central destes

---

<sup>4</sup>Disponível em < <http://confea.org.br> >

<sup>5</sup>OT-IBR 001/2006. Disponível em < <http://www.ibraop.org.br> >

<sup>6</sup>Disponível em < <http://www.confea.org.br> >



autos se refere a matéria com que o Tribunal tem se deparado repetidas vezes e que, infelizmente, não tem merecido a devida atenção dos responsáveis pelas obras públicas: a elaboração de um projeto básico de qualidade e preciso o suficiente para o adequado desenvolvimento técnico e financeiro do empreendimento. Projeto básico deficiente é fórmula infalível para a colheita de toda a sorte de problemas na condução da obra. 4. Entendo que é praticamente impossível deixar de ocorrer adequações, adaptações e correções quando da realização do projeto executivo e mesmo na execução das obras. Mas estas devem se manter em limites razoáveis, gerando as consequências naturais de um projeto que tem por objetivo apenas traçar as linhas gerais do empreendimento.”

Da manifestação do D. Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, exarada no Acórdão nº 1.388/2016-Plenário, destacamos o seguintes trecho:

“30. Infelizmente, acredito ter havido um desvirtuamento da ideia original do legislador. Certamente, a redação da Lei procurou bem caracterizar no mundo jurídico os aspectos mínimos que um projeto deve apresentar para possibilitar a boa execução de uma obra. Dito de outra forma, buscou-se trasladar para o universo legal o que a engenharia já consagrara: uma obra necessita de projeto, suficientemente detalhado para bem caracterizá-la, proporcionando que seja executada com qualidade satisfatória, a um preço justo e dentro de prazo compatível.

31. No entanto, por motivos diversos, cuja discussão foge ao escopo deste parecer, o conceito de projeto básico restou banalizado. O termo básico, cuja acepção legal, no meu entender, seria a de instrumento de alicerce, essencial, basilar para o certame licitatório, degenerou para a conotação de algo simples, singelo, modesto. E, dessa forma, em muitas ocasiões revelou-se inapto a cumprir sua destinação legal. E, o que é pior, incapaz de cumprir com seu objetivo técnico. Como consequência, tornou-se causa para a perpetração de diversas irregularidades, redundando em responsabilização de servidores, gestores e empresas, prejuízos aos cofres públicos e à sociedade.”

De acordo com a Orientação Técnica nº 4, de 2012, do IBRAOP, quando elaboramos o orçamento de uma obra a partir do projeto básico adequado, que cumpra todas as disposições normativas, trabalhamos dentro de uma faixa de precisão de + ou – 10%. Ou seja, precisão absoluta não existe; mas, a faixa de precisão é estreita, permitindo atingir valores muito próximos daqueles que serão efetivamente realizados quando da execução.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup>OT-IBR 004/2012. Disponível em < <http://www.ibraop.org.br> >

No caso do regime de empreitada por preço global, estamos trabalhando com tipos de obras que permitem a preparação de um projeto básico com boa margem de precisão, em função do conhecimento prévio de todas as condicionantes que envolvem aquela execução. É dessa forma que determina a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 47:

Art. 47. Nas licitações para a execução de obras e serviços, quando for adotada a modalidade de execução de empreitada por preço global, a Administração deverá fornecer obrigatoriamente, junto com o edital, todos os elementos e informações necessários para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação.

Assim, o orçamento elaborado pela estatal e o orçamento elaborado por cada um dos licitantes, ambos tendo por base o projeto básico, encontrarão um valor global que deve ser considerado como certo, isto é, deve ser considerado como o valor final da obra, quando de sua execução.

O valor orçado será o valor final se a execução da obra não implicar em alterações no projeto básico considerado na licitação. Assim, se a execução corresponder exatamente ao que consta desse projeto, o valor final da obra será exatamente igual àquele contratado. Isso implica em duas responsabilidades fundamentais a serem consideradas precisamente quando adotado o regime de empreitada por preço global:

- 1) de um lado, a estatal promotora do certame licitatório obriga-se a disponibilizar aos interessados um projeto básico completo, perfeito e acabado, de acordo com a definição constante da Decisão Normativa nº 106, de 2015, do CONFEA. Estarão presentes todos os projetos de engenharia e arquitetura, acompanhados do memorial descritivo, das especificações técnicas, do caderno de encargos, do orçamento em planilha de quantitativos e preços, com as respectivas composições de custos unitários, e do cronograma físico-financeiro;
- 2) de outro lado, o licitante obriga-se a revisar toda a documentação que lhe foi apresentada pela estatal licitadora como parte integrante do instrumento convocatório, acima destacada. E a impugnar o respectivo edital sempre que constatar a existência de falhas, erros ou omissões que possam comprometer o nível de precisão do orçamento. Se não o fizer, assume a responsabilidade pelas divergências que deveriam ter sido constatadas, arcando, desse modo, com o ônus financeiro daí advindo.

O já citado Acórdão nº 1.977/2013-Plenário, do TCU, destaca que:

“12. O artigo 47 da Lei 8.666/1993 exige que, nas contratações por preço global, a Administração disponibilize, junto com o edital, todos os elementos e

informações necessários para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto licitado. Em outras palavras, deve haver projeto básico com alto grau de detalhamento, com o objetivo de minimizar os riscos a serem absorvidos pela contratada durante a execução contratual, o que resulta, por conseguinte, em menores preços ofertados pelos licitantes. **A contratada poderá arcar com eventuais erros ou omissões na quantificação dos serviços**, situação em que, em regra, não teria direito a aditivos contratuais de quantidades em caso de quantitativos subestimados por erro que pudesse ter sido detectado durante o processo licitatório". (destaque nosso)

Como destacado, a contratada responsabiliza-se por erros ou omissões na quantificação dos serviços, salvo se houver apontado tais impropriedades na fase de publicidade do certame licitatório, através de uma impugnação do instrumento convocatório. Essa responsabilização significa que a contratada não terá direito a aditivos contratuais no caso de constatação, durante a execução da obra, de quantitativos definidos a menor na planilha. Em outras palavras, no regime de empreitada por preço global a contratada está obrigada a executar rigorosamente o Projeto, sendo remunerada pelos valores constantes da planilha. Se o quantitativo de serviço do Projeto estiver a maior do que o respectivo quantitativo na planilha, ela, contratada, arcará com o prejuízo.

É claro que há uma previsão legal de ressarcimento compensatório pela administração, mas limitado a 10% do valor do contrato, exatamente dentro, observe-se, da faixa de precisão definida na OT-004/2012-IBRAOP. Isso para evitar qualquer alegação em relação ao enriquecimento ilícito.

Dessa maneira, no regime de empreitada por preço global, salvo a exceção prevista no parágrafo anterior, só haverá possibilidade de aditivo contratual quando houver interesse da estatal contratante em alterar alguma das condições que foram consideradas na licitação (alterar o projeto básico, alterar o prazo de execução etc). Em caso contrário, a tendência é que as obras contratadas por esse regime sejam executadas rigorosamente de acordo com as condições estipuladas na licitação. E, em consequência, acabarão com um custo exatamente correspondente ao valor inicialmente contratado, sem aditivos.

Vale registrar que a forma de fiscalização das obras executadas pelo regime de empreitada por preço global também possui características específicas. Como, para efeito de pagamento, valem os quantitativos definidos na planilha anexada ao edital da licitação, que foi, portanto, em tese, submetida a uma análise por parte dos licitantes, os quais, se não

a questionaram, concordaram faticamente com seu conteúdo, os fiscais técnicos não terão a necessidade de realizar a medição precisa daquilo que foi realizado. A grande preocupação da fiscalização será, então, a de examinar a qualidade da execução, que deve ter atendido rigorosamente às disposições do projeto básico, bem como a de verificar os percentuais da realização de cada etapa do cronograma. Alterações decorrentes de divergências entre os quantitativos do projeto básico e da planilha, só observadas após a execução, serão admitidas apenas até o acima citado limite de 10%, e com as devidas cautelas.

Outra característica do regime de empreitada por preço global é que os pagamentos somente serão realizados pela estatal após a execução **COMPLETA** de cada etapa prevista no cronograma físico-financeiro. Não existirão pagamentos parciais; enquanto não completar a execução dos serviços constante da etapa, o contratado nada receberá em relação a ela; ainda que já tenha executado um percentual elevado. Não há como substituir serviços previstos para serem executados em uma etapa por outros previstos para etapas posteriores.

O Acórdão nº 1.977/2013-Plenário-TCU resume as vantagens e desvantagens desse regime, indicando os tipos de obras para os quais é indicado, conforme quadro abaixo:

VANTAGENS	DESvantagens	INDICADA PARA:
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Simplicidade nas medições (medições por etapa concluída);</li> <li>• Menor custo para a Administração Pública na fiscalização da obra;</li> <li>• Valor final do contrato é, em princípio, fixo;</li> <li>• Restringe os pleitos do construtor e a assinatura de aditivos;</li> <li>• Dificulta o jogo de planilha; e</li> <li>• Incentiva o cumprimento de prazo, pois o contratado só recebe quando conclui uma etapa.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Como o construtor assume os riscos associados aos quantitativos de serviços, o valor global da proposta tende a ser superior se comparado com o regime de preços unitários;</li> <li>• Tendência de haver maior percentual de riscos e imprevistos no BDI do construtor; e</li> <li>• A licitação e contratação exige projeto básico com elevado grau de detalhamento dos serviços (art. 47 da Lei 8.666/1993).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Contratação de estudos e projetos;</li> <li>• Elaboração de pareceres e laudos técnicos;</li> <li>• Obras e serviços executados "acima da terra" que apresentam boa precisão na estimativa de quantitativos, a exemplo de:             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Construção de edificações; e</li> <li>- Linhas de Transmissão.</li> </ul> </li> </ul>

A Lei nº 13.303, de 2016, estabelece, em seguida, o regime de empreitada por preço unitário. Segundo a Lei, este é o regime indicado nos casos em que a obra, por suas características específicas, possua uma imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários (art. 43, inc. I).

A imprecisão dos quantitativos decorre das características da obra a ser

licitada e contratada para execução. Como dispõe precisamente o já citado Acórdão nº 1.977/2013-Plenário-TCU: “17. Entretanto, não se deve pressupor que a existência de maior imprecisão nos quantitativos dos serviços implique, por si só, deficiência do projeto básico. Convém ressaltar que, mesmo em projetos bem elaborados, **há serviços cujos quantitativos estão intrinsecamente sujeitos a um maior nível de imprecisão**, como é o caso de serviços de movimentação de terra em rodovias e barragens. Por isso, recomenda-se que essas tipologias de obras sejam contratadas no regime de empreitada por preço unitário”.

Nesse tipo de obra, ainda que o projeto básico esteja completo e bem elaborado, não se consegue chegar ao mesmo nível de precisão, nos quantitativos dos serviços a serem executados, que se deve obter quando se trabalha com uma obra de características mais simples. Usualmente, a empreitada por preço unitário será utilizada em obras de engenharia nas quais, por circunstâncias próprias, os quantitativos de serviços podem variar, para mais ou para menos, no momento da execução, em relação àqueles que foram previstos no instante da elaboração da respectiva planilha.

Definido no preâmbulo do instrumento convocatório esse regime, a administração estará deixando claro que, no curso da execução, admitirá alterações quantitativas decorrentes de situações fáticas. E, ao participar da licitação, o licitante estará deixando claro que elaborou sua proposta em função dos quantitativos previstos no edital, mas que deseja receber por aquilo que for efetivamente executado.

Essa característica fundamental desse tipo de obra, faz com que a presença de aditivos contratuais seja algo absolutamente rotineiro em todos os pagamentos de parcelas, normalmente mensais. E traz para a fiscalização uma obrigação que não está presente na empreitada por preço global: os fiscais da administração precisam necessariamente medir precisamente o que foi executado. O pagamento corresponderá exatamente ao quantitativo medido pela fiscalização. Desse modo, na licitação, o elemento preciso, invariável, que o licitante apresentará em sua proposta é o preço unitário de cada serviço. Esse valor será utilizado para pagamento da respectiva fatura, considerando o quantitativo executado e medido pela fiscalização, e não necessariamente o quantitativo que constou da planilha apresentada no edital.

Por todas essas características, a empreitada por preço unitário, de acordo com as disposições do Acórdão nº 1.977/2013-Plenário-TCU, apresenta-se assim:

VANTAGENS	DESVANTAGENS	INDICADA PARA:
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pagamento apenas pelos serviços efetivamente executados;</li> <li>• Apresenta menor risco para o construtor, na medida em que ele não assume risco quanto aos quantitativos de serviços (riscos geológicos do construtor são minimizados); e</li> <li>• A obra pode ser licitada com um projeto com grau de detalhamento inferior ao exigido para uma empreitada por preço global ou integral.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Exige rigor nas medições dos serviços;</li> <li>• Maior custo da Administração para acompanhamento da obra;</li> <li>• Favorece o jogo de planilha;</li> <li>• Necessidade frequente de aditivos, para inclusão de novos serviços ou alteração dos quantitativos dos serviços contratuais;</li> <li>• O preço final do contrato é incerto, pois é baseado em estimativa de quantitativos que podem variar durante a execução da obra;</li> <li>• Exige que as partes renegociem preços unitários quando ocorrem alterações relevantes dos quantitativos contratados; e</li> <li>• Não incentiva o cumprimento de prazos, pois o contratado recebe por tudo o que fez, mesmo atrasado.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Contratação de serviços de gerenciamento e supervisão de obras;</li> <li>• Obras executadas "abaixo da terra" ou que apresentam incertezas intrínsecas nas estimativas de quantitativos, a exemplo de: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Execução de fundações, serviços de terraplanagem, desmontes de rocha, etc.;</li> <li>- Implantação, pavimentação, duplicação e restauração de rodovias;</li> <li>- Canais, barragens, adutoras, perímetros de irrigação, obras de saneamento;</li> <li>- Infraestrutura urbana;</li> <li>- Obras portuárias, dragagem e derrocamento;</li> <li>- Reforma de edificações;</li> <li>- Poço artesiano.</li> </ul> </li> </ul>

As regras da empreitada por preço unitário são, desse modo, completamente diversas das regras da empreitada por preço global. E não há uma discricionariedade de escolha desses regimes. Eles devem ser utilizados em função das características da obra que a estatal vai licitar. Se a obra permite uma boa margem de precisão, utiliza-se a empreitada por preço global; em caso contrário, utiliza-se a empreitada por preço unitário.

O terceiro regime a ser detalhado é o da empreitada integral. Trata-se de regime mais particular, que exige determinadas peculiaridades para sua utilização. De acordo com a Lei nº 13.303, de 2016, art. 42, inc. IV, empreitada integral é o regime em que se faz a contratação de empreendimento em sua integralidade, com todas as etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para as quais foi contratada.

Não se trata, portanto, de um simples regime de execução de uma obra de engenharia; trata-se de um regime que envolve todo um empreendimento, do qual a obra é parte integrante.

Em determinadas situações, não corriqueiras, é necessária uma perfeita integração entre as instalações físicas (que podem envolver, inclusive, instalações especiais de gás, água quente etc), os equipamentos, o mobiliário etc, de modo que o resultado final a ser buscado não venha a sofrer distorções. É o caso, por exemplo, quando contratamos a construção de

um prédio para instalação de um laboratório de pesquisa. O resultado final da pesquisa ali desenvolvida necessita ser preciso e não pode ser afetado por incompatibilidades entre essas instalações físicas e tudo o mais que ali será utilizado.

Do Acórdão nº 1.388/2016-TCU-Plenário, extraímos a seguinte análise: “8. A empreitada integral é utilizada em objetos bastante específicos, quando o contratante precisa recebê-lo completo e pronto para entrar em funcionamento. É o caso das hidrelétricas, em que a perfeita integração do funcionamento da parte civil e dos equipamentos eletromecânicos do empreendimento precisa ser assegurada. A adoção desse regime em obras que não têm essa condicionante ofenderia uma das diretrizes estabelecidas pelo RDC, qual seja, o parcelamento do objeto (art. 4º, inc. VI).”

Vemos, dessa maneira, que o regime de empreitada integral, muito embora se assemelhe ao regime de empreitada por preço global nos aspectos referentes à forma de fiscalização da execução e correspondente pagamento, não está disponível para ser utilizado em qualquer tipo de contratação. Nele, exige-se a presença de condicionantes que tornam praticamente obrigatória a contratação única, envolvendo todo o empreendimento.

Não podemos esquecer, que a empreitada integral fere o princípio do parcelamento do objeto, expressamente previsto no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993. Obras, serviços e compras deverão ser divididas em tantas parcelas quantas se demonstrem técnica e economicamente justificáveis, procedendo-se à licitação e à contratação de forma separada, respeitando-se as peculiaridades do mercado. Não é comum, não pode ser rotineira, a contratação de equipamentos e mobiliário juntamente com a contratação de obras de engenharia. Os fornecedores constituem segmentos diferentes no mercado. Como, no caso que está sendo analisado, há, sem qualquer dúvida, predominância, em relação às características técnicas e ao valor, da obra de engenharia, os licitantes serão necessariamente empreiteiros de obras, devidamente registrados na entidade profissional competente. Assim, no que se refere aos equipamentos e mobiliário, esses empreiteiros farão uma aquisição comercial no mercado correspondente, para fornecimento à administração. Temos, então, a presença de um intermediário, que, em tese, seria dispensável, até porque deve acabar por encarecer o preço final. Mas, dele precisamos, pois não queremos simplesmente o equipamento/mobiliário: o queremos devidamente instalado e em condições de plena utilização. E é por causa dessa instalação que deixamos de fazer o parcelamento e adquirimos o adquirimos juntamente com a contratação da obra: para que a perfeita integração entre elas garanta o resultado final buscado.

Vale lembrar, aliás, que o parcelamento do objeto é uma das diretrizes a serem observadas nas contratações de que trata a Lei nº 13.303, de 2016, consoante expressa previsão em seu art. 32, inc. III.

É oportuno transcrever a análise em relação ao assunto, realizado no Acórdão nº 711/2016-TCU-Plenário:

“111. Na argumentação trazida pela Unifesp em relação à *empreitada integral*, assim como na defesa que fizera anteriormente acerca do uso da pré-qualificação, a universidade enaltece a adoção desse regime de execução como se fosse aplicável a todo e qualquer caso, indistintamente, representando sempre ganhos para a Administração. Ocorre que a escolha do regime de execução deve estar vinculada às características do objeto licitado.

112. A maioria dos pontos positivos elencados pela Unifesp em relação à *empreitada integral* são aplicáveis à empreitada global, como a integração das funcionalidades do edifício, o acompanhamento da execução e do cronograma por etapas. Na verdade, ao esclarecer que a contratação não contempla o mobiliário, a universidade evidencia que não se trata, em última análise, de uma *empreitada integral*, uma vez que o edifício não estará pronto para o uso ao término da execução do contrato. Serão necessários contratos adicionais para garantir sua entrada em funcionamento.”

O TCU não considerou aceitáveis as alegações apresentadas pelo órgão envolvido, considerando fundamentalmente que a não inclusão do mobiliário necessário, na contratação, descaracterizava, por si só, a utilização da empreitada integral. Parece-nos perfeita tal análise, pois, concluída a contratação, o empreendimento não estará pronto para entrar em operação, condição fundamental desse tipo de regime, como bem define a Lei nº 13.303, de 2016.

É recomendável que as estatais, ao se utilizarem do regime de empreitada integral, tenham a devida cautela em relação à motivação de tal escolha. São situações especiais, que desconsideram o princípio do parcelamento. Situações especiais, exceções, devem merecer, sempre, motivação especial, muito bem fundamentada, para evitar questionamentos e desaprovações por parte dos órgãos de controle.

Vamos tratar agora dos dois regimes que não constam da Lei nº 8.666/1993 e que não são, dessa forma, os mais rotineiros. Trataremos da contratação integrada e da contratação semi-integrada. Começemos pela primeira, que surgiu no ordenamento jurídico brasileiro mais recente, como já afirmado antes, com a Lei nº 12.462, de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Foi, na época, uma grande inovação em nosso país, pois até então prevaleciam as disposições da Lei nº



8.666/1993, que, no art. 7º, § 2º, dispõe expressamente que as obras só poderão ser licitadas quando houver projeto básico disponível para exame dos interessados. Pois bem, a característica fundamental da contratação integrada é a realização da licitação sem que o projeto básico esteja pronto e disponível para consulta pelos interessados.

Nos termos do art. 42, inc. V, do Estatuto Jurídico das Estatais, define-se contratação integrada como sendo aquele regime que envolve a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, de acordo com o estabelecido nos §§ 1º, 2º e 3º desse artigo.

Significa dizer que as licitações que utilizarem o regime da contratação integrada serão realizadas a partir de um anteprojeto de engenharia/arquitetura, e não, como ocorre nos demais regimes já analisados, a partir de um projeto básico. O IBRAOP, talvez até em função do surgimento mais recente da contratação integrada, teve a iniciativa de elaborar uma Orientação Técnica sobre anteprojeto. Estamos falando da OT – IBR 006/2016, que define anteprojeto como sendo a representação técnica da opção aprovada em estudos anteriores, para subsidiar a elaboração do Projeto Básico, apresentado em desenho, em número, escala e detalhes suficientes para a compreensão da obra planejada, contemplando especificações técnicas, memorial descritivo e orçamento estimativo, e que deve ser elaborado como parte da sequência lógica de etapas que compõem o desenvolvimento de uma obra, precedido obrigatoriamente de estudos preliminares, programa de necessidades e estudo de viabilidade.<sup>8</sup>

Para os menos afeitos à parte técnica, registramos que um projeto de engenharia é constituído por uma série de documentos técnicos, elaborados em uma sequência lógica, permitindo, ao final, através de sua integração, uma perfeita compreensão daquilo que vai ser executado. Dentro dessa sequência lógica, o primeiro passo é a elaboração dos estudos preliminares, que darão ao proprietário opções de escolha entre algumas alternativas criadas responsável técnico, normalmente nesse momento com a participação fundamental do profissional de arquitetura. Escolhida pelo proprietário uma das opções, haverá, então, o desenvolvimento do trabalho, passando, em seguida, à elaboração do anteprojeto, etapa precedente do projeto básico.

Como bem dispõe a Lei nº 13.303/2016, art. 42, § 1º, inc. I, “a”, bem como a citada Orientação Técnica do IBRAOP, o anteprojeto é constituído

---

<sup>8</sup>Disponível em < <http://www.ibrop.org.br> >

por um conjunto de elementos técnicos que permitem a caracterização da obra. Claro que sem o mesmo nível de detalhamento contido em um projeto básico. Tanto que, o mesmo IBRAOP, na OT – IBR 004/2012, define que, quando elaboramos o orçamento da obra a partir de um anteprojeto, a faixa de precisão é de + ou – 20%, ou seja, o dobro da faixa admitida quando o mesmo orçamento é elaborado a partir do projeto básico. A incerteza é, portanto, bem maior nesse momento, por ainda não dispormos do manancial de documentos que permitam maior precisão.

A contratação integrada parece ter vindo para as licitações destinadas à contratação de obras públicas, como dito acima, através da Lei do RDC. No entanto, vale lembrar que o antigo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, no art. 139, dispunha que a licitação de obras só poderia ser iniciada quando existissem anteprojeto e especificações bastantes para o seu perfeito entendimento.<sup>9</sup> Posteriormente, em 1998, o Decreto nº 2.745, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da PETROBRAS, trouxe a seguinte disposição:

1.9 Sempre que economicamente recomendável, **a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada**, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.

O MP/TCU, no já citado Acórdão nº 1.388/2016-Plenário, assim se manifestou:

“36. No cenário internacional, a CI se assemelha a uma espécie de contrato conhecida como *Engineering, Procurement and Construction Contract (EPC)*, onde o empreiteiro incumbem-se da confecção do projeto e da execução da obra, administrando e prestando todos os serviços de engenharia necessários, sendo responsável pela entrega de um empreendimento pronto, com todos seus equipamentos em perfeito funcionamento. Considera-se o contrato EPC como um tipo de *turn-key*, em que, ao fim, a unidade ou o empreendimento são entregues operando. Ainda, pode-se dizer que a CI, na forma apresentada pela LRDC, encaixa-se no modelo de contrato *lump sum*, quando o preço pago para o executor é fixo e global.”

A Lei nº 12.462, de 2011, em seu art. 9º, trouxe a possibilidade da utilização da contratação integrada no âmbito do RDC. Estabeleceu, no entanto, algumas regras básicas para esse uso:

---

<sup>9</sup>O art. 139 do Decreto-Lei nº 200 foi revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 1986, hoje substituído pela Lei nº 8.666/1993.

- 1) o uso da contratação integrada deveria ser técnica e economicamente justificada
- 2) deveria ser adotado obrigatoriamente o critério de julgamento técnica e preço

Condições absolutamente lógicas. Licitar uma obra de engenharia a partir de um anteprojeto traz, como vimos antes, margem de incerteza muito maior em relação ao preço final do contrato. Se o licitante não dispõe, no momento da elaboração de sua proposta, de uma documentação completa e detalhada (projeto básico), é natural que ele queira se precaver em relação à possibilidade do aparecimento de situações inesperadas, que poderiam elevar os custos envolvidos.

De outra banda, e isso me parece fundamental neste momento da análise, se o pressuposto principal da contratação integrada era a possibilidade de elaboração do projeto básico pelo mesmo executor da obra, permitindo-lhe, dessa maneira, a utilização de metodologias diferenciadas de execução, não ficando, assim, preso a regras uniformes ditadas pela administração contratante no instrumento convocatório, a utilização do critério de julgamento técnica e preço parecia lógica e racional. Não teria cabimento a administração pública deixar de estabelecer metodologia única, exatamente por saber que existiam no mercado técnicas diferentes de realização, e julgar essas técnicas apresentadas nas propostas dos licitantes exclusivamente pelo preço. Era como se fosse passado o seguinte recado: você pode utilizar a técnica que considerar mais adequada, desde que ela conduza ao preço mais baixo. Pergunta-se: será uma regra a ideia de que a melhor técnica sempre conduz ao menor preço? Ou, seria até uma situação minoritária?

Pois bem, a Lei nº 12.980, de 28 de maio de 2014, oriunda do Projeto de Conversão da Medida Provisória nº 630, de 2013, alterou substancialmente tal disposição. Agora, além de exigir que a contratação integrada seja técnica e economicamente justificada, a Lei nº 12.462/2011, em seu art. 9º, exige a demonstração de que o objeto licitado envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

- I – inovação tecnológica ou técnica;
- II – possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou
- III – possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Ótimo. Foram aperfeiçoadas as exigências, deixando de forma mais clara o que deveria constar da justificativa técnica para a utilização desse regime. Mas, o complemento parece-nos não ter sido muito feliz. Reti-

rou-se da Lei a exigência de que as licitações que envolvessem a contratação integrada fossem julgadas utilizando-se do critério de julgamento técnica e preço.

De um lado, exige-se que o objeto tenha uma inovação tecnológica ou técnica; ou, que apresenta a possibilidade de execução com diferentes metodologias ou até mesmo com tecnologias de domínio restrito no mercado. Porém, fica estabelecido como critério de julgamento simplesmente o menor preço. Vocês, licitantes, apresentem em suas propostas as metodologias mais adequadas; ou, até mesmo, utilizem-se de tecnologias exclusivas. Mas, fiquem sabendo que vai levar a contratação quem oferecer o menor preço e ponto final!

Absoluta incoerência! Se a utilização da contratação integrada é fundamentada na existência de técnicas diferenciadas, como simplesmente esquecer essas técnicas e considerar exclusivamente o preço ofertado, no julgamento das propostas?

Por analogia, poderíamos considerar essa alteração da Lei do RDC condizente com a ininteligível condição estabelecida na Lei nº 8.666/1993, em seu art. 46, que trata do tipo de licitação denominado “melhor técnica”. A leitura atenta dessas disposições, que detalha a sequência a ser adotada no julgamento das licitações que adotem esse tipo, deixa claro que devemos propor ao licitante que tiver oferecido a MELHOR TÉCNICA que compatibilize seus preços aos da proposta apresentada pelo licitante que ofereceu a PIOR TÉCNICA. Se ele não o fizer, não será contratado. Pergunta-se: nesse caso, estará sendo contratada a proposta de melhor técnica?<sup>10</sup>

A propósito do tema, muito elucidativas as ponderações apresentadas pelo MP/TCU, no processo acima citado, analisando a utilização da contratação integrada prevista na Lei do RDC. Tão elucidativas que merecem transcrição quase integral:

“54. Já na LRDC, a CI prescinde do PB justamente para que não seja apresentada uma solução pré-definida, possibilitando ao mercado oferecer à Administração, em tese, a solução mais otimizada que atenda aos requisitos por ela definidos. O foco então recai sobre o resultado, não havendo mais a necessidade de despender esforço de controle sobre as obrigações de meio, que serão definidas *a posteriori*, pelo próprio executor, já por ocasião do desenvolvimento do contrato. Também por isso não faz sentido inserir critérios de habilitação técnica atinentes, por exemplo, aos serviços mais significativos da obra, vez que a ausência do PB, em conjunto com disposições editalícias, redundarão na definição de metodologias de execução por ocasião do desenvolvimento do contrato.

---

<sup>10</sup>Recomenda-se examinar detidamente as condições estabelecidas no art. 46, inc. II, da Lei nº 8.666/1993

55. Portanto, na LGL, mesmo existindo PB pretérito à licitação, admite-se o julgamento por técnica e preço de certames destinados à contratação de objetos especiais, em que se admita a execução por meio de diferentes metodologias, em detrimento do corriqueiro critério do menor preço. Em uma análise rápida, caso o mercado não se interesse em ofertar objeto a ser executado de forma diversa ao previsto pela Administração, contrata-se conforme o PB. Já na LRDC, a ausência de um PB levou o legislador a optar pela obrigatoriedade do julgamento pelo critério de técnica e preço, no intuito de melhor avaliar as diferentes propostas que poderão ocorrer ao certame. Se fosse diferente, com o julgamento pelo menor preço por exemplo, como avaliar a aptidão dos licitantes para a consecução dos resultados pretendidos, bem como mensurar objetivamente os benefícios buscados com a adoção do instituto?

56. Justamente nessa linha foi o parecer citado no parágrafo 35 deste parecer. Verifica-se que o Relator fez questão de observar a obrigatoriedade de utilização de técnica e preço no julgamento de licitações cujo objeto venha a adotar regime de contratação integrada, corroborando o predito:

*'a) a imposição de limite para o critério de preço nas licitações julgadas sob o critério 'técnica e preço' destina-se a evitar que se desfigure esse tipo de procedimento, utilizado justamente quando se torna necessária a apreciação da habilitação técnica dos postulantes;*

*b) não há como fugir à adoção do critério anteriormente mencionado nas licitações em que se adote a contratação integrada, na medida em que será necessária a elaboração, pelos licitantes, de projetos básico e executivo, atividades que exigem conhecimentos técnicos, cujo grau deverá ser pontuado pela Administração Pública;' (grifos acrescidos.)"*

Deixando essa controvérsia para discussão mais aprofundada em outra oportunidade, parece claro que a Lei do RDC, ao estabelecer a exigência do atendimento de condicionantes técnicas para possibilidade de uso da contratação integral, colocou esse regime como disponível para situações não corriqueiras. Afinal, não parece lícito imaginar que poderemos ficar discutindo diferentes metodologias em obras mais simples e tradicionais, para as quais o próprio mercado define, como regra, metodologia de execução única, com pequenas variações.

Nada diferente pode ser imaginado em relação às estatais. Neste caso, a Lei nº 13.303/2016 traz uma condição que parece uma evolução. Dispõe o art. 42, § 1º, III, que, na utilização da contratação integrada, assim como na contratação semi-integrada, que será analisada posteriormente, poderão ser utilizados os critérios de julgamento menor preço ou melhor combinação entre técnica e preço, neste caso, pontuando-se na avaliação técnica as vantagens e os benefícios que eventualmente forem oferecidos para cada produto ou solução. A recomendação que se pode fazer às estatais é que utilizem a técnica e preço como critério de julgamento, sempre que definirem o regime da contratação integrada, por ser aquele que melhor possibilitará a obtenção daquela que efetivamente será a proposta mais vantajosa.

A contratação integrada insere a necessidade da utilização, no certame licitatório, de uma matriz de risco. Isso consta expressamente do art. 42, § 1º, I, “d”. O inc. X do citado artigo define matriz de risco como sendo a cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;
- b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;
- c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.

O licitante, ao elaborar sua proposta, terá, assim, uma perfeita caracterização do risco a que estará submetido, decorrente da ausência, nesse momento, do projeto básico, bem como da liberdade que disporá para inovar em soluções a serem apresentadas a julgamento. Como caberá ao contratado a elaboração do projeto básico, a Lei das Estatais dispõe que serão alocados como de sua responsabilidade na matriz de risco os fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução adotada.

O último regime, este sim uma grande novidade da Lei nº 13.303, de 2016, é o da contratação semi-integrada. Neste caso, a licitação é realizada com um projeto básico completo, pronto e acabado. Ao contratado caberá a elaboração do projeto executivo e a execução completa da obra. Muito se assemelha neste aspecto, portanto, aos demais regimes analisados, exceção feita à contratação integrada, cuja licitação é realizada a partir de um anteprojeto. Qual seria, então, a grande novidade da contratação semi-integrada? É que a obra de engenharia objeto da licitação poderá ser executada com diferentes metodologias ou tecnologias. Dessa forma, concluída a licitação e formalizada a respectiva contratação, o contratado poderá propor alterações no projeto básico, demonstrando, para tanto, as vantagens que isso trará para a estatal contratante. Essa condição está contida no art. 42, § 1º, IV, da Lei das Estatais. As vantagens a serem demonstradas pelo contratado deverão envolver necessariamente redução de

custos, aumento da qualidade, redução do prazo de execução e facilidade de manutenção ou operação.

Parece-me que encontramos aí o melhor dos mundos. A estatal que promove a licitação o faz com perfeito conhecimento da obra a ser executada, pois disporá de um projeto básico completo. As propostas poderão, então, ser julgadas com aplicação adequada do princípio constitucional da igualdade, utilizando-se o critério de julgamento menor preço. Atendidas as condições estabelecidas no projeto básico, será declarada vencedora a proposta que ofertar o valor mais baixo.

Formalizada a contratação e executada a obra, a estatal terá, na pior das hipóteses, exatamente aquela que licitou e contratou, como se fosse, por exemplo, um regime de empreitada por preço global, pagando exatamente o preço contratado. Ao lado dessa segurança, a estatal poderá ter, no entanto, uma vantagem adicional: utilizando-se de sua expertise, de seu conhecimento das condições do mercado, de tecnologias ou metodologias que não foram consideradas na licitação, eventualmente até porque se trata de alguma coisa de domínio restrito no mercado, o contratado poderá propor à estatal alterações na execução.

Frise-se que falamos em proposição, a ser, portanto, submetida à uma prévia e expressa aprovação da contratante. Que deverá necessariamente condicionar essa aprovação ao atendimento das vantagens expressamente mencionadas na Lei. Convencida da vantagem que terá, a estatal autorizará o contratado a executar a obra com a alteração proposta, a qual resultará em melhor solução técnica (aumento da qualidade e facilidade de manutenção ou operação), redução do prazo de execução e tudo isso acompanhado de uma redução do custo do valor contratado. Adicionalmente, a Lei deixa claro que os riscos decorrentes dessa alteração serão integralmente do contratado.

Imaginemos, por exemplo, que o projeto básico estabeleceu que a estrutura da obra deveria ser executada em concreto armado. Assim ela foi orçada e licitada. Os licitantes adotaram a mesma solução técnica em suas propostas. Realizada a contratação, porém, o contratado poderá propor à estatal contratante que a estrutura da obra seja alterada, utilizando-se uma solução metálica ou até mesmo uma solução mista ou o concreto protendido. E comprovará documentalmente que tal alteração, além de trazer uma redução no custo final da obra, possibilitará a execução em prazo mais curto, demonstrando, ainda, a melhoria da qualidade e as facilidades futuras de manutenção.

Na elaboração do projeto básico, a estatal havia optado pela solução da estrutura em concreto armado por ser a mesma, naquele tipo de obra, a mais comum. Porém, o contratado trabalha especificamente naquele mercado e é detentor de conhecimentos que só surgem com a aplicação prática das regras técnicas. Que bom poderemos juntar as duas coisas. Na licitação, o agora contratado foi o vencedor porque detinha a proposta mais vantajosa, comparada em absoluta igualdade de condições com as demais apresentadas no certame. E, no momento da execução, proporá melhorias à estatal. Que, não convencida das vantagens, poderá recusá-las, determinando que a obra seja executada rigorosamente como licitada. Mas, de outro lado, devidamente convencida, aprovará a proposta e usufruirá das consequentes vantagens.

As parcelas da obra que poderão ser objeto de proposta de alteração na forma de execução constarão obrigatoriamente do instrumento convocatório da licitação, através de um documento técnico, definido no art. 42, § 1º, I, “c”, da Lei.

Não a toa, o regime da contratação semi-integrada é o preferencial para contratação da obras de engenharia, na Lei nº 13.303/2016. Assim dispõe o art. 42, § 4º, *verbis*:

§ 4º No caso de licitação de obras e serviços de engenharia, as empresas públicas e as sociedades de economia mista abrangidas por esta Lei deverão utilizar a contratação semi-integrada, prevista no inciso V do caput, cabendo a elas a elaboração ou a contratação do projeto básico antes da licitação de que trata este parágrafo, podendo ser utilizadas outras modalidades previstas nos incisos do caput deste artigo, desde que essa opção seja devidamente justificada.

A utilização do verbo DEVER coloca a contratação semi-integrada como regra; a utilização dos demais regimes é secundária e, portanto, deverá ser devidamente justificada. Bom verificar que a contratação integrada foi colocada como exceção.

Adicionalmente, pelas suas características, o regime da contratação semi-integrada, a exemplo do regime de empreitada por preço global, não admite aditivos decorrentes de variações meramente quantitativas, que deverão, se eventualmente existirem, ser objeto de impugnação ao instrumento convocatório no momento da licitação. Isso facilita consideravelmente a fiscalização da execução da obra, pois os fiscais técnicos não precisarão se preocupar com a medição exata dos quantitativos executados pelo contratado, podendo dedicar maior atenção à qualidade da execução e ao cumprimento das demais regras contratadas.



São esses os seis regimes de execução de obras de engenharia disponibilizados pela Lei nº 13.303, de 2016. Como já dito alhures, a opção por um desses regimes não decorre de mera escolha por parte da estatal contratante. O regime da contratação integrada é, sem dúvida, destinado a situações específicas, nas quais, diante da existência de metodologias diferenciadas no mercado e não tendo meios de encontrar qual a melhor delas, a estatal licitará com base apenas no anteprojeto. Caberá ao contratado a elaboração do projeto básico e do projeto executivo, utilizando-se da metodologia que melhor lhe convier, desde que atenda às regras básicas estabelecidas pela estatal, que deve, pelos motivos alinhados, utilizar-se de licitação do tipo técnica e preço para tal contratação.

Vale recordar que não é qualquer obra que pode ser submetida ao regime da contratação integrada. É necessário demonstrar que as diferentes metodologias podem efetivamente resultar em benefícios para a estatal contratante. Em caso contrário, é aconselhável a utilização de algum dos outros regimes, por ser mais vantajoso que a contratação integrada. A esse respeito, reproduz-se manifestação constante do já citado Acórdão nº 1.388/2016-Plenário, da lavra do MP/TCU, *verbis*:

“66. A concepção do PB pelo particular leva à conclusão de que, em termos práticos, haverá grande probabilidade de que sejam propostas alternativas diferenciadas para a execução do objeto, a depender da *expertise* ou da especialização das licitantes. Também parece razoável assumir que, para contratação de obras ou serviços mais simples, ainda que possível o emprego de diferentes metodologias, a utilização da CI não apresenta vantajosidade, havendo a apresentação de propostas semelhantes onde a quantificação dos riscos inerentes ao modelo transferidos ao particular será maior do que a valoração dos benefícios para a Administração Pública. Afigura-se assim a supremacia dos outros regimes preferenciais de execução, empreitada por preço global ou integral, com o dimensionamento prévio do objeto.

67. Daí decorre que a opção pela CI passa necessariamente por uma valoração. Como condição essencial para seu emprego, o resultado deve mostrar cabalmente que a possibilidade de execução por meio de metodologias diferenciadas é relevante ao ponto de permitir que as vantagens auferidas pela Administração Pública, entre as quais aquelas citadas no art. 4º, incisos III e IV, sobrepujem a quantificação das incertezas intrínsecas do modelo pelo particular. E essa avaliação está amalgamada às indispensáveis justificativas técnica e econômica insculpidas no art. 9º da LRDC. Caso não haja essa ligação entre as metodologias diferenciadas e as justificativas, torna-se prejudicada qualquer avaliação real do cabimento da CI.”

A tarefa, por sua vez, é um regime específico para contratação de pequenos serviços de engenharia, isolados, que exijam conhecimentos técnicos,

mas cujo reduzido valor não pode implicar em maiores exigências.

Dos quatro outros regimes, temos a empreitada integral como, igualmente, uma situação específica, na qual a estatal, em face de situações devidamente motivadas, demonstrará a necessidade da contratação de um empreendimento, que deverá ser entregue pronto e acabado, em condições de uso. As empreitadas por preço global e por preço unitário não possuem discricionariedade de escolha: utiliza-se a primeira quando o tipo da obra a ser executada permitir a elaboração de um projeto básico com grau de detalhamento elevado; usa-se a segunda quando a obra trazer incertezas intrínsecas em relação aos quantitativos, que poderão, assim, sofrer alterações no momento da execução.

E, finalmente, temos a contratação semi-integrada, que deve ser entendida, como dispõe a Lei nº 13.303/2016, como o regime preferencial. As características da obra permitem um detalhamento mais preciso, que deve, assim, constar do projeto básico. Mas, respeitados os conhecimentos mais aprofundados, a expertise do contratado, este poderá propor alterações na metodologia de execução, que venham a resultar em benefícios para a estatal.

# **Gestão de riscos, integridade e compliance (Art. 9º)**

**RAUL CLEI COCCARO SIQUEIRA<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup>Advogado e Engenheiro Civil. Secretário da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Administração da OAB-PR. Diretor Jurídico do Paraná Cidade. E-mail: raulsiqueira@brturbo.com.br.

Uma área cada vez mais regulamentada da atividade econômica é o envolvimento de relações contratuais com a administração pública.

As decisões dos legisladores na elaboração das normas e leis sobre a matéria e de reguladores, agentes fiscalizadores desses normativos, têm um impacto direto e substancial nas operações corporativas e no clima empresarial em geral, obrigando muitas empresas a procurarem formas de adequar-se ao processo de contratação e relacional.

Ao mesmo tempo, ações de fiscalização de alto nível e a pressão da opinião pública para se aumentar a transparência, conduziu essa relação a uma regulação mais rigorosa das interações entre legisladores/administração pública e as empresas/ executivos.

A vontade do Estado não é um enigma, não é um fenômeno indeterminado e imprevisível, tampouco poderia estar relacionada ou conjugada com a vontade pessoal do agente. A vontade do Estado é definível e previsível, sua expressão objetiva deriva das normas constitucionais e legais. Assim sendo, objetiva, porque diante de um determinado problema ou situação de interesse público, dois ou mais agentes diferentes e sem se comunicarem, chegarão a mesma solução, desde que apliquem a objetividade normativa.

Sem dúvida, aspectos discricionários de conveniência e oportunidade da atuação desses agentes poderão, eventualmente, ser diferentes, mas eles se referem a pontos secundários e irrelevantes da solução finalística a ser adotada, jamais aos pontos relevantes dessa solução terminativa.

O foco do presente artigo está relacionado a execução de um projeto de implantação do programa de compliance, através da harmonização das medidas de base prática sobre gestão de riscos, integridade, controladoria e do próprio programa para o manejo desses temas na implementação e execução habitual em uma empresa estatal.

De certo que a exposição a seguir faz referência a edição da Lei nº 13.303, de 01º de julho de 2016, do Decreto Federal 8.945, de 27 de dezembro de 2016, que regulamentava, no âmbito da União, a Lei das Estatais, mas não se limita a esses normativos.

Desde o artigo primeiro da recente Lei das Estatais, o legislador demonstrou sua preocupação com regras de governança pública nas empresas estatais.

Neste sentido, elucidada o Ministro João Augusto Ribeiro Nardes<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup>NARDES, João Augusto Ribeiro. Governança Pública: o desafio do Brasil. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2016. p. 152

Governança pública pode ser entendida como a capacidade que os governos têm de avaliar, direcionar e monitorar a gestão das políticas e serviços públicos para atender de forma efetiva as necessidades e demandas da população. Quanto melhor for essa capacidade, mais efetivo serão os resultados das políticas definidas pelos governos, uma vez que os recursos serão empregados sem desperdício, os espaços para corrupção serão pequenos e as pessoas capacitadas serão escolhidas para conduzir as ações necessárias.

André Guskow Cardoso<sup>3</sup>, capta que (*sic*) “*outro pilar relevante das normas gerais da Lei 13.303 aplicáveis às empresas estatais consiste na definição de regras mínimas de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno.*”

Nesse sentido, verificamos uma forte tendência a práticas voltadas à transparência que estão sendo implementadas visando combater a corrupção. Existe uma tendência de controle e fiscalização, além da busca constante por conformidade, com ética e responsabilidade social, em todos os campos da sociedade, não especial nas empresas estatais.

A edição de novos textos legais voltados a combater a corrupção é uma tendência mundial, decorrente não apenas de exigências de organizações internacionais, mas também do reconhecimento de que a corrupção é um mal grave que dificulta o desenvolvimento das nações e destroça a democracia.

A administração executiva das empresas estatais, isto é, seus gestores, estão sujeitos a um conjunto de regras e boas práticas. A lei das estatais busca a ideia de profissionalização e moralização da atuação dos gestores que deve existir no cuidado para montar um bom sistema de gestão de riscos e controle interno da organização, que seja seguro e garanta que todos os relatórios emitidos da empresa espelhem a verdade.

Destarte que as empresas estatais acabam por sobreviver num limbo jurídico, pois a elas incidem diversas normas do setor privado e do setor público. O que torna a situação mais delicada é decidir com a certeza da razão, quando se aplica as normas de direito privado e quando se aplica as normas de direito público, numa eventual colisão de normas de direito. As regras estabelecidas no art. 9º, da recente Lei 13.303/2016, tem o propósito claro de empenhar maior transparência e fiscalização as atividades estatais, bem como refutar o caráter pessoal das decisões administrativas.

Em relação a atuação das empresas estatais somente é permitido realizar quaisquer atividades, tarefas ou contratações desde que a lei autorize a fazê-las. Sabe-se que não adianta ter um sistema modernizado de controle

---

<sup>3</sup>JUSTEN FILHO, Marçal - organizador. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. São Paulo: RT, 2016. p. 111.

interno se as pessoas não o utilizam com responsabilidade e para o bem comum. Qualquer agente público ou pessoa deve empreender suas ações em conformidade com os dispositivos legais e atendendo aos princípios dispostos na legislação: eficiência, eficácia, efetividade e economicidade.

A estruturação eficiente de um programa de integridade e compliance margêia pelo conhecimento e exame das principais Leis Anticorrupção aplicáveis no Brasil, dentre elas:

a) Leis Internacionais:

Foreign Corrupt Practices Act - FCPA;

Sarbanes-Oxley Act – SOX;

UK Bribery Act – UKBA;

b) Convenções Internacionais:

Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE;

Convenção das Nações Unidas;

Convenção da OEA;

Convenção da União Europeia;

c) Legislação Brasileira:

Código Penal;

Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993);

Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária (Lei nº 8.137/1990);

Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 12.683/2012);

Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Decreto nº 3.678/2000);

Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992);

Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Lei 12.529/2011);

Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013);

Decreto nº 1.171/1994;

Decreto nº 8.420/2015.

Pode-se dizer que fazer boas leis é um problema político-jurídico; fazer justiça é problema ético-político. Na perspectiva da moralidade administrativa e do combate à corrupção, igualmente se depara com um problema ético, se as pessoas não são capazes de construir leis eficazes. O problema não é diferente se não se consegue aplicar corretamente a legislação disponível.

Se imaginássemos que a existência de leis, por si só, não garante nada, também é igualmente correto dizer que a ausência delas sequer permite avanços, inibindo o desenvolvimento do país, da nação, e contribuindo para a permanência do cenário de impunidade. Enfim, todo o dever jurídico termina onde inicia-se a normal falibilidade humana.

O programa de compliance estabelecido na lei das estatais deve dialogar com a veterana Lei Anticorrupção, aplicável a todas as pessoas jurídicas. As empresas estatais estão subordinadas a legislação anticorrupção duplamente. Ou seja, ao mesmo tempo em podem ser punidas pelo descumprimento da Lei na ausência de implementação do programa de integridade na sua estrutura administrativa, poderá ser vítima das sanções impostas pela Lei Anticorrupção na sua atividade econômica. As faculdades da Lei Anticorrupção, torna-se, em alguns pontos, imposição para as empresa estatais.

O administrador público tem a responsabilidade de ser diligente e atuar de modo razoável em benefício do interesse público e o bem da coletividade, o que era esperado/razoável à 5 ou 10 anos atrás, não é mais o que se espera de um administrador público hoje. Portanto, não basta dirigir os olhos exclusivamente ao art. 9º da Lei nº 13.303/2016, para se efetivar o cumprimento de um programa de integridade, é necessário ter uma visão mais ampla do arcabouço legislativo, deve-se observar o contexto onde o art. 9º esta inserido.

Quando nos deparamos com a expressão “programa de compliance e integridade”, as vezes ignoramos a interessante conexão entre as palavras “compliance” e “integridade” e como cada uma contribui para a formação de um efetivo programa de compliance da organização. As vezes, pode-se desencadear uma discussão animada apenas convidando outros profissionais de compliance a descreverem as diferenças entre compliance e integridade e como essas diferenças podem complementar ou potencialmente estar em conflito uns com os outros, já que ambos afetam a eficácia geral de um efetivo Programa de Compliance.

Além disso, as diferenças fundamentais entre conformidade e integridade podem representar um desafio filosófico para os funcionários e servidores em seu papel de apoiar ou agir de acordo com o Programa de Compliance. É importante que um profissional de compliance compreenda algumas das causas raiz dessas diferenças filosóficas, de modo a estar em melhor posição para abordar ou ajudar a gerenciá-los quando eles ocorrerem.

Para estabelecer um quadro de referencia entre compliance e integridade, preconiza-se analisar duas ideias que são comumente aplicadas a esses termos. O compliance é muitas vezes considerado como referindo-se à relação de Programa de Compliance e as regras e regulamentos que se aplicam à organização. Essas regras e regulamentos normalmente assumem a forma de leis locais, estaduais e federais, bem como, em alguns casos leis internacionais. Como essas regras e regulamentos se aplicam a outras organizações dentro de uma mesma atividade econômica, elas

tendem a fornecer uma oportunidade para discussões como suas respectivas organizações estão trabalhando para satisfazer os requisitos que essas regras e regulamentos exigem.

Em contraste ao apontamento anterior é o pensamento comumente compreendido de que a integridade se relaciona com o sistema de valores que existe dentro de uma organização. Este sistema de valores pode ser visto como equivalente de dois subconjuntos. Um subconjunto é o que outras organizações, dentro de uma mesma atividade econômica tendem a adotar e promover a seus funcionários, servidores e colaboradores. Esses valores muitas vezes assumem a forma de responsabilidade social, como ela se relaciona, a forma como a empresa trabalha, como a empresa opera e como ela estabelece relação com a comunidade, mas acima de tudo como ela faz para cumprir os requisitos fundamentais de sua atuação.

O segundo subconjunto do sistema de valores que representa a integridade de uma empresa é o sistema de valores que é gerado a partir da própria empresa, muitas vezes atribuído a cultura da empresa. Dessa relação entre a cultura da empresa e o sistema de valores da empresa é o que torna este conjunto de valores da empresa natureza vital para o desenvolvimento do programa de compliance exclusivo para cada organização, observado sua matriz de risco em relação a cada negócio.

Desta forma, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União, ainda quando nominada de Controladoria Geral da União, publicou o Guia de Implantação de Programa de Integridade nas Empresas Estatais – Orientação para a Gestão da Integridade nas Empresas Estatais Federais, que oferta ao gestor público uma cartilha dos procedimentos para a implantação do programa.

Desta forma, elucida o caderno proposto pela CGU<sup>4</sup>: *“Uma política de gestão de integridade bem desenvolvida em uma entidade aumenta as chances de que os agentes públicos tomem decisões em função de critérios técnicos, e não com base em interesses particulares, aumentando desta forma a qualidade dessas decisões.”*

O programa de compliance, ainda que de dimensão disforme da terminologia integridade, é um sistema de pessoas, processos, políticas e procedimentos desenvolvidos para garantir a conformidade da entidade com todas as leis aplicáveis, regulamentações do setor, dos contratos e de toda matéria que regem as ações da organização.

---

<sup>4</sup>Guia de Implantação de Programas de Integridade nas Empresas Estatais. Brasília, dezembro de 2015. disponível no site: <http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional>



Um programa de integridade e compliance não é meramente um fichário na empresa e não é a solução mais célere e finalística para a área de riscos da empresa. Um programa de compliance e integridade, deve ser enraizado na cultura da instituição e deve estar intimamente relacionado ao processo contínuo de aperfeiçoamento da empresa.

Deve ser um compromisso da instituição, de maneira ética na realização dos negócios e na busca de um sistema que permita ajudar as pessoas a “fazer a coisa certa”, deve garantir sobretudo que todos os funcionários cumpram com as normas regulamentos, políticas, procedimentos e código internos da instituição.

Qualquer programa de integridade e compliance é tão eficaz quanto as pessoas que supervisionam sua implementação, por isso as empresas estatais devem dispor de organizações e conselhos de auditoria eficazes e bem geridos, com profissionais que conheçam as questões relativas a integridade e a ética, que surgem no contexto do envolvimento com atividades de políticas públicas.

Na perspectiva do professor Wagner Giovanini<sup>5</sup>, um dos modelos de programa de integridade e compliance se baseia na prevenção.

*“(...) a empresa empregará a maior parte de suas forças no primeiro pilar (prevenção), começando pelo estabelecimento de políticas inequívocas e procedimentos claros para todos os processos e atividades que representam riscos e incluindo um plano específico para sensibilizar, treinar e investir em materiais de promoção, para que seus funcionários estejam engajados e comprometidos com o programa”*

Conforme disposto no §1º, art. 9º, da Lei 13.303/2016, o Código de Conduta e Integridade deverá, no prazo determinado pela lei, ser editado e divulgado pelas empresas estatais. A respeito dessa temática, José Anacleto Adduch Santos<sup>6</sup> elucida:

*“Os mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica de que trata a norma dizem respeito à função de ‘compliance’. A expressão ‘compliance’ é derivada do verbo inglês ‘to comply’, que significa cumprir, executar, satisfazer, realizar o que lhe foi imposto. ‘Compliance’ é expressão do dever de cumprir e fazer cumprir normas legais, códigos de ética concorrencial e normas internas que regem determinada atividade econômica.”*

<sup>5</sup>GIOVANINI, Wagner. Compliance: a excelência na prática. 01ª ed. São Paulo: 2014. p. 51.

<sup>6</sup>SANTOS, José Anacleto Adduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Comentários à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupção. 1ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 187.

Dentre os benefícios da efetivação de um programa de compliance, podemos citar a capacidade:

- De demonstrar aos funcionários e a sociedade que a organização possui um compromisso com a integridade e com a boa conduta corporativa;
- De identificar e prevenir conduta antiética;
- Criar uma fonte centralizada de informações sobre normas do setor e sobre fatos identificados de má conduta;
- Desenvolver uma metodologia que incentive e assegure o relato e potenciais desvios de conduta;
- Desenvolver mecanismos que permitam a rápida identificação e rápida investigação dos casos denunciados;
- Iniciar imediata e apropriada ação corretiva dos ilícitos;
- Reduzir e eliminar a possibilidade de aplicação de sanções a empresa.

A essencialidade de um programa de compliance subsiste para as empresas estatais no tocante à:

- Proteger a reputação da organização;
- Incentivar uma cultura de “fazer a coisa certa”;
- Aumentar a consciência dos empregados e colaboradores;
- Fornecer uma oportunidade aos empregados de apontar os potenciais problemas da empresa;
- Reduzir a imposição de multas e sanções.

O Professor Edgar Guimarães<sup>7</sup> acrescenta:

*“Os programas de integridade atualmente são indispensáveis sob vários aspectos. Indicam para o mercado concorrencial a adoção de boas práticas de conduta, que a atividade econômica e empresarial é exercida sob estrito controle de condutas internas e de cumprimento de preceitos éticos, morais e legais. A existência e a aplicação efetiva de programas de integridade denotam elevado grau de comprometimento administrativo com os valores jurídicos-constitucionais.”*

O objetivo geral das regras de integridade é assegurar que não haja conflitos de interesse ou outras impropriedades, ou a aparência dessas entre funcionários públicos e fontes externas.

Esta visão geral aborda três áreas específicas de maior risco nas quais as empresas estatais devem observar quando da implantação do programa de

---

<sup>7</sup>GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Adduch. Lei da Estatais – Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016, 01ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2017, p.289.

integridade e compliance voltado para políticas públicas:

- Regras de comportamento e ética que regem as interações com os funcionários públicos e agentes políticos;
- Registro e relato de terceiros intermediadores, e;
- Contribuições ou indicações políticas.

Cada organização possui suas particularidades, políticas, práticas, procedimentos, processos internos etc..., a forma de atuação da área de compliance deve estar adequada as essas particularidades.

Apesar de não existir um programa de integridade e compliance uniforme para todas as organizações, muitas empresas adotam os 07 (sete) elementos básicos dos programas de compliance e integridade internacionais que podem ser adaptados para atender as necessidades e realidade de qualquer organização.

Programas de integridade e compliance eficazes, considerando as experiências internacionais e a legislação correlata, começam com um compromisso formal e irrestrito da alta administração aos 07 (sete) elementos básicos do compliance, são eles:

Redação das normas de conduta, políticas e procedimentos;  
Designação do Compliance Officer e do Comitê de Auditoria;  
Educação e Treinamento;  
Monitoramento e Auditoria;  
Criação de relatórios e procedimentos de investigação;  
Mecanismos de disciplina e de execução;  
Adequada Investigação e Remediação de problemas.



# **Matriz de risco nas contratações das estatais e o rompimento da “Teoria das Áleas” no Direito Administrativo**

**RODRIGO PIRONTI AGUIRRE DE CASTRO<sup>1</sup>  
FERNANDO MENEGAT<sup>2</sup>**

---

<sup>1</sup>Advogado. Pós-Doutor pela Universidade Complutense de Madrid. Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Administrativo. Professor de Direito Administrativo da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Positivo. E-mail: [pironti@pirontiadvogados.com](mailto:pironti@pirontiadvogados.com)

<sup>2</sup>Advogado. Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Administrativo. Professor de Direito Administrativo da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Positivo. E-mail: [fermenega@hotmail.com](mailto:fermenega@hotmail.com)

## 1. A TEORIA DAS ÁLEAS NA SISTEMÁTICA DA LEI N. 8.666/93

Em matéria de contratações públicas, há tempos o Direito Administrativo brasileiro convive com o dogma da “teoria das áleas” como parâmetro para o reequilíbrio econômico-financeiro dos ajustes. Interpretando a sistemática da Lei n. 8.666/93, é já bastante tradicional e remansosa a doutrina que classifica as hipóteses ensejadoras ou não do reequilíbrio entre as áleas ordinária, extraordinária e administrativa.

Nessa lógica, após a assinatura do contrato, todo evento ocorrido deve ser analisado concretamente, a fim de se perquirir se a ocorrência era previsível ou calculável pelo contratado (teoria da imprevisão) ou, doutro vértice, se a Administração Pública foi a responsável, direta ou indiretamente, pelo evento danoso (fato do príncipe, fato da administração e alteração unilateral do contrato).<sup>3</sup>

É evidente que um cenário como esse contribui para a ineficiência na execução de contratos administrativos, abre margem para a prática de atos corruptivos e celebra a judicialização de conflitos entre Administração Pública e contratado, sendo o Poder Judiciário reiteradamente convocado a determinar se dado evento rende ensejo ou não ao reequilíbrio contratual.

Se é verdade que referido modelo de repartição de riscos continua vigente (ao menos por ora) em matéria de licitações realizadas sob a égide da Lei n. 8.666/93, fato é que o legislador brasileiro, em diplomas mais recentes, tem claramente optado por uma diversa e mais eficiente sistemática de distribuição dos riscos contratuais. Essa conclusão não é nova na doutrina: o objetivo do presente ensaio, longe de revolucionar a doutrina jus-administrativista pátria, é apenas demonstrar como a ruptura com a lógica da distribuição de riscos estatuída na lei geral de licitações foi incorporada pela recente Lei n. 13.303/2016, o “estatuto das estatais”.

É esse o objetivo das linhas seguintes.

## 2. A LEI DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E A MATRIZ DE RISCOS DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

Em matéria legislativa, o rompimento paradigmático com a teoria das

---

<sup>3</sup>Conferir, v.g.: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 23ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 624 e seguintes; MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 250 e seguintes; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 205 e seguintes.

áreas em matéria de contratações públicas no Brasil ocorreu com a publicação da Lei das Parcerias Público-Privadas, Lei n. 11.079/2004.

É bem verdade que, no âmbito das concessões comuns, regidas pela Lei n. 8.987/95, a lógica do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão é diversa daquela estatuída pela Lei n. 8.666/93, sobretudo ante o fato de se tratar de contratos de longa duração e que têm na tarifa cobrada dos usuários do serviço a sua fonte de receita. Análises econômicas como a do Valor Presente Líquido (VPL) e sobretudo da Taxa Interna de Retorno (TIR), que não fazem tanto sentido nas contratações realizadas sob a batuta da Lei n. 8.666/93, são centrais em matéria de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.<sup>4</sup>

Entretanto, tal circunstância derivou mais de uma “mutação” da lógica da Lei n. 8.666/93 aplicada à prática das concessões – haja vista sua natureza de contrato de longo prazo remunerado por tarifa – do que de uma previsão legal expressa da Lei n. 8.987/95 nesse sentido. Tanto é assim que, em matéria de equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão comum, a lei limita-se a afirmar que “os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro” (art. 9º, §2º), que “em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração” (art. 9º, §2º) e que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

Para além de afirmar, de forma lacunar, que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão ocorre enquanto forem “atendidas as condições do contrato”, a lei silencia quase por completo em pontuar que espécies de eventos ocasionam o rompimento de tais “condições”, fazendo referência unicamente à hipótese de alteração unilateral.

É por isso que se afirmou acima que foi a Lei das PPPs o diploma legal responsável por romper a lógica tradicional da teoria das áreas prevista na Lei n. 8.666/93. Isso porque a Lei das PPPs contém dispositivos que, ao contrário de seguir a lógica da alocação aleatória e *ex post* de riscos contratuais, opta pela sua alocação específica e *ex ante*, já no momento da celebração do contrato. Nessa medida, colhe-se do art. 4º, VI da lei em questão que uma das *diretrizes* para a celebração de um contrato de PPP

---

<sup>4</sup>Aprofundar em: JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 382 e seguintes; MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 388 e seguintes; MOREIRA, Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

é a “repartição objetiva de riscos entre as partes” (grifou-se). No mesmo passo, o art. 5º, III afirma ser cláusula obrigatória dos contratos de PPP aquela que “preveja a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

Uma leitura combinada de referidos dispositivos conduz à conclusão de que, quando da assinatura de um contrato de PPP, deve haver prévia, expressa e objetiva indicação:

- (i) de cada um dos riscos passíveis de incidir sobre a execução do contrato (risco de demanda, geológico, cambial, regulatório, etc.);
- (ii) de qual o parceiro (público ou privado) que será responsável por suportá-lo.

Isso significa que não mais se aguardará a situação danosa ocorrer para então as partes debaterem de quem será a responsabilidade por absorver o dano – e consequentemente se haverá ou não reequilíbrio econômico-financeiro da avença. Em sentido oposto, a lei das PPPs antecipa o debate e obriga o Poder Público a, já no momento da licitação (eis que isso afeta a elaboração das propostas), explicitar objetivamente todos os riscos que entende incidentes sobre a atividade pactuada, tanto atinentes a situações ordinárias como extraordinárias, bem como indicar de quem será a responsabilidade por mitigar cada um deles.<sup>5</sup> Tais informações constarão de cláusula própria, ou até mesmo de documento anexo ao contrato, no que se tem denominado *matriz de riscos*.

É evidente, nessa nova sistemática, que os riscos não são alocados de forma aleatória pelo Poder Público, mas, ao contrário, devem ser alocados de forma *racional* e *eficiente*, de acordo com a maior ou menor capacidade de cada um dos parceiros de mitigá-lo. Assim, deve-se buscar imputar cada um dos riscos à parte que, ao menos em tese, for a mais apta a evitá-los, mitigá-los ou eliminá-los a um menor custo, impactando da menor forma possível a execução contratual. Daí porque, a repartição objetiva de riscos não impõe uma distribuição *equivalente* de riscos, e sim uma distribuição *equitativa*, de base *racional*, alocando-se a cada parceiro

---

<sup>5</sup>Aprofundar em: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**, p. 233-256; CARDOSO, André Guskow. Ainda a questão da alocação e repartição de riscos nas parcerias público-privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**, p. 257-281; ROCHA, Iggor Gomes. **Eficiência na alocação de riscos em concessões públicas viabilizadoras de infraestrutura**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2014.



os riscos que pode mais eficientemente gerir.

Deve-se tomar cuidado, nessa medida, para que a alocação de riscos ao privado não seja excessiva a ponto de onerá-lo em demasia, obrigando-o a assumir e mitigar riscos que seriam muito melhor absorvidos pelo Poder Público. Tal situação fatalmente desembocaria em situações como uma excessiva oneração do contrato, à medida que quanto mais riscos o particular assumir, maior será a remuneração exigida para geri-los; ou, o que é pior, a impossibilidade de cumprimento do contrato de PPP por parte do concessionário, ante a incapacidade de contornar um evento danoso sob sua responsabilidade.<sup>6</sup>

De outro bordo, é igualmente certo que os riscos não são todos previsíveis e antecipáveis pela Administração Pública no momento da licitação – senão não haveria que se falar em teoria da imprevisão e álea extraordinária, expressamente referidas no próprio art. 5º, III da lei. Diante disso, a nova sistemática não elimina a possibilidade de ocorrência de eventos imprevisíveis (e nem teria como, ainda mais num contrato de longa duração),<sup>7</sup> mas ao menos determina que já se proceda de antemão à indicação de quem será o responsável por arcar com cada espécie de imprevisibilidade – podendo tal indicação ser revisada ao longo dos anos, em períodos de revisão contratual previamente estipulados.

Por fim, vale referir que a diretriz de repartição objetiva dos riscos analisada no presente tópico, como já dito, está prevista na Lei das PPPs, que trata de duas modalidades específicas de concessão – a concessão administrativa e a concessão patrocinada. No entanto, há quem sustente que uma interpretação sistemática da legislação vigente permite aplicar o regramento da Lei nº 11.079/04 também às concessões comuns, versadas na Lei n. 8.987/95.<sup>8</sup>

De todo modo, fato é que o advento da lei das parcerias público-privadas no direito brasileiro permitiu o surgimento de uma nova possibilidade de engenharia contratual, em que a alocação dos riscos é feita de maneira prévia, no próprio contrato administrativo.

---

<sup>6</sup>O tema é abordado em: NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas. *In*: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). **Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: RT, 2005, p. 174-192.

<sup>7</sup>Sobre o tema, conferir: PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006).

<sup>8</sup>GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 312.

### 3. O ESTATUTO DAS ESTATAIS E A EXIGÊNCIA DE MATRIZ DE RISCO NAS CONTRATAÇÕES POR ELE REGIDAS

Em julho de 2016 foi publicada a Lei n. 13.303/2016 que, regulamentando o art. 173, §1º da Constituição, dispôs sobre o estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista. A lei em comento possui três dimensões ou perspectivas muito claras: **(i)** uma perspectiva *estrutural* ou *orgânica*; **(ii)** uma perspectiva *funcional*; e **(iii)** uma perspectiva *teleológica*, que transcende as dimensões anteriores e as conflui em três noções fundamentais: *controle*, *eficiência* e *autonomia*.

No primeiro eixo, destaca-se a preocupação da lei com a estruturação das estatais, dispondo regras a respeito do seu conceito, de seu regime societário e da estrutura de seus órgãos, com foco no atendimento à Lei das Sociedades Anônimas. Destacam-se, aqui, as condições para o exercício de cargos no Conselho de Administração e da Diretoria, bem como a previsão de um membro independente no Conselho de Administração e de um Comitê de Auditoria Estatutário. É nítida, pois, a tentativa de profissionalização e despolitização das estatais, mediante nomeação de dirigentes sem vínculos políticos, com *expertise* para o cargo a ser ocupado, e focados no atingimento de resultados socioeconômicos à empresa e sobretudo à sociedade. Há críticas a essa opção – como, por exemplo, uma possível fragilização da governabilidade em razão da eliminação por completo dos cargos baseados na fidúcia –, que seguramente foram sopesadas pelo legislador ao adotar tal modelo.

No segundo eixo, a legislação volta sua atenção para a forma de atuação das empresas constituídas pelo Estado, enfocando sobremaneira a forma de contratação de bens e serviços por parte das estatais. Em clara dissonância com o regime da Lei n. 8.666/93, a lei estatui 57 artigos (de um total de 97) especificamente para disciplinar o rito licitatório a ser seguido e as regras contratuais incidentes sobre a atuação das estatais. Neste campo, destaca-se interessante aproximação da lei em relação ao RDC – Regime Diferenciado de Contratação – descrito na Lei n. 12.462/2011, a exemplo do que se extrai ao se abordar a questão do orçamento sigiloso (art. 34), o regime de contratação integrada (art. 43, IV) e os procedimentos auxiliares das licitações (artigos 63 e seguintes). Percebe-se também o compartilhamento, pela nova lei, de alguns pontos de avanço estatuidos pela Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079/04), a exemplo da possibilidade de as empresas estatais realizarem Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) para seleção de projetos e estudos a embasa-

rem a realização futura e eventual de licitação, conforme previsão do art. 31, §§ 4º e 5º da Lei.

Finalmente, o terceiro eixo perpassa e transcende as perspectivas anteriores, saltando aos olhos a preocupação da lei em relação a três temas de crucial importância para o atingimento da finalidade das estatais: **a)** sua autonomia em relação à Administração Direta; **b)** sua eficiência em matéria socioeconômica; e **c)** o controle (interno e externo) de sua atuação. Destacam-se aqui diversas previsões como a obrigação de seguir rígidos padrões de transparência, a necessidade de instituição e fiscalização de regras de *compliance*, a necessidade de planejamento de ações e a previsão de um conselheiro independente no Conselho de Administração, a previsão de uma “função social da empresa estatal”, o reforço do princípio da sustentabilidade nas licitações, a existência de regras de “imunidade” da estatal em relação a interferências da Administração Direta, dentre outras.

Para o que interessa ao presente estudo, é interessante notar como, seguindo a trilha da Lei das PPPs, o estatuto das estatais exige a elaboração de matriz de risco em toda e qualquer contratação realizada pela empresa pública ou sociedade de economia mista, conforme se vê de seu art. 69, X:

Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:  
[...]  
X - matriz de riscos.

Interessante inovação da lei diz respeito à previsão de uma definição legal para o termo “matriz de riscos”, que consta de seu art. 42, X, nos seguintes termos:

Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:

[...]

X - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;
- b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;
- c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.

Nota-se que a lei alargou a concepção até então vigente a respeito das matrizes de risco nos contratos administrativos, à medida que exige não apenas a previsão e alocação dos eventuais riscos incidentes sobre o ajuste (art. 42, x, “a”), mas também a indicação dos elementos contratuais em que haverá liberdade de inovação da contratada para melhor se adequar à realidade dos bens/serviços licitados, seja em obrigações de meio ou de resultado (art. 42, x, “b” e “c”).<sup>9</sup>

De qualquer modo, fato é que a lei das estatais expressamente deixa de lado a óptica tradicional da Lei n. 8.666/93 de decisão *ex post* acerca da alocação dos riscos incidentes, optando pela lógica, estatuída originariamente na Lei n. 11.079/04, de alocar prévia, objetiva e eficientemente todos os riscos contratuais possíveis de antecipação. A opção é válida, por um lado, porque permite aos licitantes interessados divisar quais serão suas responsabilidades e, assim, elaborar suas propostas com maior exatidão. Por outro lado, é salutar por evitar disputas ao longo da execução contratual, sabendo as partes de antemão quais eventos darão e quais não darão ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

#### 4. CONSIDERAÇÕES PROGNÓSTICAS

Tramita no Congresso o Projeto de Lei do Senado n. 559/2013, destinado a substituir a Lei n. 8.666/93 por uma nova lei geral de licitações e contratos. Em sua atual redação, encaminhada à Câmara dos Deputados para apreciação, referido projeto segue a linha trilhada mais recentemente pela Lei n. 13.303/2016. Primeiramente, em seu art. 5º, XXV, conceitua “matriz de risco” com redação idêntica à do art. 42, X da Lei n. 13.303/16. Adiante, em dispositivos como o do art. 19,<sup>10</sup> do art. 86,

<sup>9</sup>Conferir: GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016 – lei das estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

<sup>10</sup>**Art. 19.** O instrumento convocatório poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante. § 1º. A matriz deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato, estabelecendo a responsabilidade que cabe a cada parte contratante e, também, mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e que mitiguem os efeitos deste, caso ocorra durante a execução contratual.

§ 2º. O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto:

I – à recomposição do contrato nas hipóteses em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pelas partes;

II – à possibilidade de rescisão amigável entre as partes, quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual;

III – à contratação de seguros obrigatórios, previamente definidos no contrato e cujo custo de contratação integrará o preço ofertado.

§ 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto, o instrumento convocatório obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.

XIII<sup>11</sup> e do art. 90,<sup>12</sup> estabelece a possibilidade de que o Poder Público, no edital de licitação e no contrato, discipline a matriz de riscos que incidirá sobre a execução contratual.

Por ora, a única diferença em matéria de alocação de riscos entre as Leis n. 11.079/04 e 13.303/16, de um lado, e o PLS 559/13 do outro, é o fato de que nas primeiras a elaboração da matriz de riscos é *obrigatória*, enquanto que a atual redação do PLS afirma ser tal conduta *facultativa* à Administração Pública, exceto no caso de obras e serviços de grande vulto (aqueles superiores a cem milhões de reais, na redação atual do art. Art. 5º, XX do PLS).

Diante do exposto, analisando as recentes manifestações legislativas em matéria de licitações e contratos, é nítido constatar a forte tendência de um completo e fatal rompimento com a lógica da “teoria das áleas”. Já inaplicável às concessões e às contratações feitas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, tudo leva a crer que a sistemática será abandonada também em sede de contratações administrativas submetidas à lei geral de licitações – mas isso, na atual redação do PL 559, só o tempo o dirá.

---

<sup>11</sup> **Art. 86.** São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] XIII – a matriz de risco, conforme o caso.

<sup>12</sup> **Art. 90.** O instrumento contratual poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz alocando-os entre contratante e contratado mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público, pelo setor privado, ou compartilhados.

§ 1º A alocação de riscos de que trata o caput considerará, em compatibilidade com as obrigações e encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula, e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.

§ 2º Poderão ser preferencialmente transferidos ao contratado os riscos que possuam cobertura oferecida por seguradoras no mercado.

§ 3º A distribuição dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.

§ 4º A matriz de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes, resolvendo-se eventuais pleitos dos contraentes mediante observância da matriz de riscos contratada.

§ 5º Sempre que forem atendidas as condições do contrato e da matriz de riscos considera-se mantido equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pleitos de reequilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

I – às alterações unilaterais determinadas pela administração pública, nas hipóteses do inciso I do caput do art. 102; e II – aumento ou redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

§ 6º Na alocação de que trata o caput poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, podendo os Ministérios supervisores dos órgãos e entidades da Administração Pública definir os parâmetros e detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação, e quantificação financeira.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 23ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARDOSO, André Guskow. Ainda a questão da alocação e repartição de riscos nas parcerias público-privadas. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**, p. 257-281.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016 – lei das estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alocação de riscos na PPP. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**, p. 233-256.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann (coord.) **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2010.

NESTER, Alexandre Wagner. O risco do empreendimento nas parcerias público-privadas. *In*: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). **Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: RT, 2005, p. 174-192.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ROCHA, Iggor Gomes. **Eficiência na alocação de riscos em concessões públicas viabilizadoras de infraestrutura**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2014.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos Administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

# **Suspensão do direito de contratar com empresa estatal por cometimento de fraude fiscal: apontamentos preliminares**

**RODRIGO CIPRIANO DOS SANTOS RISOLIA<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup>Advogado Tributarista em Curitiba. Mestrando em Direito Tributário pela USP. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, em Gestão Tributária pela PUCPR e em Direito Tributário pelo IBET. E-mail: rodrigorisolia@yahoo.com.br.

## 1. INTRODUÇÃO

O texto trata da sanção prevista no inciso I do art. 84 combinado com o inciso III do art. 83, ambos da Lei nº 13.303/2016, que institui o estatuto jurídico das empresas públicas, de economia mista e suas subsidiárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O cometimento de fraude fiscal, por empresas e profissionais, em razão de contratos regidos pela referida lei enseja aplicação da penalidade de suspensão do direito de contratar com a entidade sancionadora pelo prazo de até dois anos.

Os dispositivos, apesar de singelos, provocam relevantes questionamentos e merecem atenção destacada, pois as controvérsias abordadas neste artigo poderão ser reproduzidas nas lides administrativas e judiciais sobre o tema.

Discorre-se sobre os seguintes pontos: a) delimitação de fraude fiscal; b) sanção política da suspensão por fraude fiscal; e c) competência para apuração da fraude fiscal.

O Estatuto das Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e suas Subsidiárias surge num contexto de transparência global, de cobrança da sociedade pela lisura na Administração Pública e de profissionalização das gestões estatais. A regulação não apenas reduz a margem discricionária do chefe do poder executivo em escolher os gestores, mas também o campo de atuação dos próprios gestores no exercício de suas funções. Ela impõe obrigações e penalizações inéditas, que merecem a devida atenção.

Apesar da inovação legislativa, não se pode interpretar a nova lei como a gênese da regulação das empresas estatais ou de seus respectivos contratos administrativos, desconsiderando o arcabouço legislativo, doutrinário e jurisprudencial prévios. Esse confronto de normatividade é proposto neste artigo, buscando a solução dos problemas apresentados. A interdisciplinaridade do Direito Administrativo e do Direito Tributário é constatada no exame da penalidade em comento, uma vez que instituto e práticas tributárias são reprimidos nessa lei. Essa comunicação entre as esferas didaticamente autônomas do Direito é abordada neste trabalho.

## 2. DELIMITAÇÃO DA FRAUDE FISCAL

A redação do inciso I do art. 83 dispõe sobre a penalidade de empresas e profissionais que *“tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por*



*meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos*” em razão dos contratos regidos pela lei 13.303/2016. Não é qualquer descumprimento da lei tributária que acarreta a aplicação da sanção, mas a fraude fiscal.

O Código Tributário Nacional aborda o termo “fraude” em diversos momentos (arts. 149, VII e IX, 150, §4º, 154, parágrafo único, 180, I e 208 do CTN). O texto legal do CTN pode dar a impressão de que dolo, fraude e simulação sejam categorias distintas, uma vez que trazidos lado a lado pelos referidos dispositivos. Essa primeira aproximação é de todo equivocada. Tratam-se de conceitos intimamente relacionados. O dolo, por exemplo, é elemento essencial à fraude e à simulação. Já a simulação pode corresponder a uma espécie de fraude.

Quer-se afirmar que a não é de todo aceitável que a Lei 13.303/2016, ao se referir à fraude, tenha ignorado outros atos dolosos, como a própria simulação. Esta conclusão torna-se mais evidente ao contextualizar a referida sanção com o declarado objetivo da norma de atender a função social da empresa estatal (*caput* do art. 27), com vistas ao atendimento do interesse coletivo e práticas de responsabilidade social corporativa (§ 2º do referido artigo). A responsabilidade social obriga que a empresa estatal exclua de seu quadro de fornecedores aqueles que não estejam alinhados às boas práticas comerciais e o respeito às normas legais. Ademais, a punição do licitante que se vale de fraude fiscal para reduzir seu preço serve para proteger a concorrência e a isonomia no processo licitatório.

Neste contexto, defende-se que a lei faz referência a um significado de fraude fiscal mais amplo. Na busca de uma perspectiva mais abrangente, pode-se tomar por base o artigo 562 do Regulamento do IPI, que aponta conceito bastante apropriado a se reproduzir para os demais tributos:

Art. 562. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

A fraude pressupõe o dolo. Nota-se que o legislador, ao editar o inciso I do art. 83, agiu com excesso de zelo ao mencionar que a “fraude fiscal” deve ser promovida “dolosamente”. Entende-se que há preocupação em evitar que qualquer descumprimento de norma tributária possa acarretar a penalização administrativa/contratual, seja porque a própria legislação tributária é controversa e essa insegurança produz incontáveis lides administrativas e judiciais, o que descaracteriza o dolo do contribuinte em fraudar o fisco, seja porque é

desproporcional a suspensão do direito de contratar com o ente sancionador pelo simples cometimento de omissão na apuração do tributo devido pela empresa, especialmente no contexto brasileiro, que notadamente impõe alto número de obrigações acessórias a seus contribuintes.

O mesmo regulamento do IPI traz o conceito de sonegação:

Art. 561. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária (Lei nº 4.502, de 1964, art. 71):

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais (Lei nº 4.502, de 1964, art. 71, inciso I); e

II - das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente

A diferença entre fraude e sonegação é a materialidade sobre a qual é exercida a ação ou a omissão. Na sonegação impede-se o conhecimento dos fatos necessários à apuração do crédito tributário, enquanto na fraude escamoteia-se o pagamento do tributo, objetivando reduzi-lo, evita-lo ou retardá-lo<sup>2</sup>. Não há grande dificuldade em segregar essas duas figuras. Cumpre ressaltar que a Lei 8.137/1990 tipifica condutas específicas como crimes contra a Ordem Tributária, nos arts. 1º e 2º.

Tema de maior complexidade é a elisão fiscal (economia de imposto), que vem gerando intensos debates no contencioso tributário. Ocorre a elisão fiscal, o planejamento tributário, a economia de imposto, quando o contribuinte se depara com alternativas para conduzir seus negócios e escolhe a opção que implica menor carga tributária<sup>3</sup>. Não pode a autoridade fiscal exigir tributo para além do limite legal, e a lei tributária, estabelecendo o limite da materialidade em conformidade com outra norma de Direito Privado, obsta o fisco de tributar figuras que repete análogas, conforme §1º do art. 108 e 109 do CTN.

Na tentativa de erodir a base tributável, o contribuinte pode fraudar a obrigação tributária lhe imposta, simulando ou dissimulando fatos relacionados à tributação. A simulação consiste na elaboração de ato jurídico que formaliza relação que não existiu, vazia em seu conteúdo. No mais das vezes, trata-se de ato jurídico bilateral, sendo que em raras oportunidades se tem ato unilateral com a conivência da pessoa que suporta seus efeitos, ou seja, obrigatoriamente as partes devem concordar com o ato. Por fim, esse ato, para

<sup>2</sup>NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*, 4ª ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 1976. p. 170.

<sup>3</sup>ID., p. 172.

ser anulado, deve ter o intuito de enganar terceiros ou fraudar a lei<sup>4</sup>.

Os civilistas dividem-na em absoluta e relativa. A primeira consiste na formalização de um evento que não ocorreu. A elaboração de documentos para justificar despesas dedutíveis no imposto de renda que, efetivamente, nunca ocorreram, como recibos de pagamentos de serviços de saúde por pessoas naturais ou gastos com aluguéis por pessoas jurídicas são um exemplo. Na segunda, igualmente, formaliza-se um evento não ocorrido, mas se objetiva a dissimulação de um fato ocorrido. Se esse fato dissimulado for lícito, se preencher os requisitos legais do instituto que se tentou afastar, permanece hígido (art. 167 do CC). Caso o fato dissimulado desrespeite requisitos legais, ofendendo direito de terceiros, deve ser anulado<sup>5</sup>. Exemplo de ato dissimulado é a chamada operação “casa e separa”, em que partes constituem uma pessoa jurídica, integralizando o capital em bens por uma(s) parte(s) e dinheiro por outra(s), e, imediatamente, demonstrando não terem, desde o início, qualquer interesse empresarial, dissolvem a sociedade, trocando as posições no recebimento do capital, o que integralizou dinheiro recebe os bens e vice-versa, implicando economia tributária – como o não pagamento do ITBI pela dissimulação de compra e venda de um imóvel. A simulação relativa ainda pode ser subdividida em subjetiva, quando se realiza aparentemente com uma pessoa, mas na essência está se negociando com outra pessoa, e objetiva, quando se celebra determinado negócio jurídico com conteúdo obrigacional diverso<sup>6</sup>. Não se tecem outros comentários sobre a questão em razão do próprio propósito do artigo, bastando essas poucas linhas para distinguir os institutos, reconhecendo que a matéria em Direito Civil apresenta maior complexidade do que o conteúdo aqui exposto.

O parágrafo único do artigo 116 do CTN autoriza a desconsideração de atos jurídicos que dissimulem a ocorrência do fato gerador, para que se lance o crédito tributário devido pela Administração Tributária. Esse dispositivo não permite a desconsideração do planejamento tributário, apenas a ilícita simulação<sup>7</sup>. Contudo, a simulação em sentido amplo sempre foi coibida pelo CTN, e não apenas passou a ser combatida com o referido dispositivo, inserido pela LC 104/2001. Entende Marco Aurélio Greco que o dispositivo, ao se referir à dissimulação, abrange a conhecida simulação, mas regula algo além, como o abuso de direito, o negócio jurídico indireto e a fraude à lei. Em

---

<sup>4</sup>GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito Civil Brasileiro – Parte Geral Vol. 1*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 465.

<sup>5</sup>ID., pp. 317-318.

<sup>6</sup>TARTÚCI, Flávio. *Direito Civil – Lei de Introdução e Parte Geral*, v. 1, 10ª ed. São Paulo: Método, 2014.

<sup>7</sup>MACHADO DERZI, Misabel Abreu de. A desconsideração dos atos e negócios jurídicos dissimulatórios, segundo a LC 104/2001. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *O planejamento tributário e a lei complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 218.

seu entendimento, não haveria necessidade de a legislação tributária tipificar situações específicas que viriam a ser abuso de direito e fraude à lei, por exemplo, e nem o negócio indireto seria automaticamente desconsiderado, mas apenas aquele que dissimulasse a ocorrência do fato gerador<sup>8</sup>.

Uma posição menos formalista há muito tempo foi defendida por Ruy Barbosa Nogueira, que autorizaria o fisco a desconsiderar atos jurídicos que o contribuinte produziu, “abusando do direito ao uso das formas jurídico-privadas, empregar formas anormais, formas inadequadas, na estruturação de suas relações, com o intuito de impedir ou fraudar a tributação”, reduzindo sua carga fiscal ao não adotar “o caminho jurídico-privado correto”<sup>10</sup>. Critica-se esse posicionamento porque não há um modo objetivo de determinar qual é o caminho jurídico-privado correto ou usual. Se ninguém adotou, até então, certa estruturação jurídica de uma operação, isso não a torna ilícita, seja no campo civil ou tributário. O critério relevante para determinar a validade ou invalidade da forma de direito civil é o da simulação, relativa ou absoluta. Defende Mizabel Derzi que é inegável a existência de penumbras, de zonas cinzentas em que não é clara a incidência da norma tributária, mas partindo do pressuposto que a hipótese de incidência tributária é um conceito e não um tipo – não apresentando “notas legais renunciáveis”, apenas indicativas para o intérprete e aplicador da norma –, não se admite, no Brasil, a teoria da interpretação econômica ou a cláusula geral antiabuso<sup>11</sup>.

Mesmo na Alemanha, país que fundou a consideração econômica na Ordenação Tributária de 1919, há regramento para sua aplicação. Como ressalta Schoueri, o planejamento tributário encontra relevante limitador nessa teoria: ainda que irrelevante a estruturação jurídica dada à(s) operação(ões) – pois basta a apuração de ocorrência do fenômeno econômico descrito pela lei tributária para que se tenha a sua incidência –, a consideração econômica não se aplica quando a lei tributária define um negócio jurídico previsto no Direito Civil como hipótese de incidência. Nesse caso, deve-se apurar o preenchimento dos requisitos do ato jurídico para que se repute ocorrido o fato gerador. Há, nesse caso, uma consideração civil e não econômica<sup>12</sup>.

Nos tributos em que se tem, na hipótese de incidência, um negócio

---

<sup>8</sup>GRECO, Marco Aurélio. Constitucionalidade do parágrafo único do artigo 116 do CTN. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *O planejamento tributário e a lei complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 196-199.

<sup>9</sup>Op. Cit. p. 173.

<sup>10</sup>ID., id.

<sup>11</sup>Op. Cit. p. 226.,

<sup>12</sup>SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário e garantias dos contribuintes: entre a norma geral antielisão portuguesa e seus paralelos brasileiros. In: Daniel Freire e Almeida; Fabio Luiz Gomes; João Ricardo Catarino. (Org.). *Garantias dos contribuintes no sistema tributário*. São Paulo: , 2012, v. 1, p. 391.

jurídico, sendo insuficiente a consideração econômica, passa-se a incidir a proibição ao abuso de formas, estabelecida § 6 da Lei de Adaptação alemã, prevista hoje no § 42 da Ordenação Tributária de 1977 e no § 22 da Ordenação Tributária Federal austríaca. Para se aferir a abusividade da estruturação jurídica promovida pelo contribuinte, deve-se levar em conta os seguintes critérios: a) se uma estrutura de Direito Civil é inusual para o resultado econômico procurado; b) se não pode ser encontrado qualquer fundamento econômico razoável para a escolha do meio adotado; c) se parece que outra estrutura seria imediatamente exigida para tanto; d) se uma estrutura é casuística, difícil, não natural, superficial, contraditória ou transparente e suas finalidades econômicas parecem como secundárias no caso<sup>13</sup>.

Se de um lado o abuso de formas serve para buscar a finalidade de uma regra, confrontando-a com as estruturas que a contrariem, de outro o manejo dessa teoria pode resultar tributação por analogia<sup>14</sup>. Isso torna impossível a importação automática da teoria alemã para o direito brasileiro, não apenas porque aqui não se positivou qualquer critério para coibir o abuso de formas genericamente, mas pelo risco de se tributar determinada manifestação de riqueza analogicamente, em sentido contrário ao princípio da estrita legalidade previsto no art. 150, I da CF, ofendendo, igualmente, o art. 108, §1º do CTN.

Portanto, a proposta de Marco Aurélio Greco parece um pouco temerária. É certo que o artigo 116 do CTN demonstra, claramente, que o direito tributário brasileiro pode eleger situações de fato (inciso I) e situações jurídicas (inciso II) para a incidência do tributo. O juízo sobre incidência do tributo em que se elegeu situação fática na materialidade deve ser feita por um prisma econômico, decorrendo esse raciocínio da legalidade tributária. Entretanto, ao se aferir a incidência de um tributo em que a materialidade prevista seja uma situação jurídica, não se tem qualquer norma expressa que indique os critérios para se afastar o suposto abuso de formas. O parágrafo único do artigo 116 prevê regulamentação dos seus procedimentos por lei ordinária. Houve tentativa do Governo Federal, por meio da Medida Provisória nº 66/2001, nos arts. 13 e 14, de estabelecer procedimentos para a descon sideração de negócios jurídicos constituídos pelos contribuintes, levando em conta a falta de propósito negocial ou o abuso de formas, conforme §§1º, 2º e 3º do art. 14. Essa medida provisória não foi convertida em lei pelo Congresso Nacional, sendo seu conteúdo rejeitado pelo Poder Legislativo. Se nem

---

<sup>13</sup>ID., p. 392-393.

<sup>14</sup>ID., id.

o legislador estabeleceu essas figuras como critério para descon sideração de atos jurídicos do contribuinte, não pode o aplicador fazê-lo.

Ademais, é curiosa a remissão à lei ordinária feita pelo parágrafo único do art. 116. O texto do CTN versa sobre “*procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária*”. Os critérios necessários à consideração não correspondem a normas de natureza procedimental (formal), mas material. Não se trata mera norma instrumental que indica ao aplicador da lei a forma a ser respeitada durante o processo, mas norma dirigida ao contribuinte para que não estruture negócios jurídicos segundo aqueles critérios. Justamente por se tratarem de normas de direito material, não poderiam ser estabelecidas por lei ordinária, e sim por lei complementar, por representarem normas gerais de direito tributário, respeitando o artigo 146, III da CF.

Não houve inovação no sistema com a inserção do parágrafo único do art. 116 do CTN, ainda que pretensamente se sustente que o termo “dissimulação” no texto tenha significado diferente de simulação, pois este último era previsto na redação original do código<sup>15</sup>. Ampliar o significado de dissimulação para o negócio jurídico indireto, fraude à lei e abuso de direito importa acentuar o anacronismo do Sistema Tributário Brasileiro.

O negócio jurídico indireto implica realização de atos jurídicos em sentido amplo para atingir objetivos diferentes dos típicos respectivos. A estrutura é típica e os efeitos são atípicos<sup>16</sup>. Não se trata de simulação, uma vez que o negócio é desejado e realizado pelas partes. Divergindo desse entendimento, Hermes Marcelo Huck qualifica o negócio jurídico indireto como simulação, pois não estariam as partes desejando outra coisa senão a supressão do tributo devido na operação ordinária, lesando o fisco<sup>17</sup>. Discorda-se desse entendimento. Se invariavelmente o negócio indireto implica simulação, a distinção feita nos incisos do art. 116 do CTN é inútil, não haveria qualquer razão para distinguir as situações fáticas das situações jurídicas. Igualmente, perderia o sentido a norma do art. 109 do CTN, pois o intérprete estaria autorizado a ampliar o conceito do instituto de direito civil incorporado na norma tributária. Admitindo a equiparação sem exceção do negócio jurídico indireto à simulação, ter-se-ia tributação por analogia. Corrobora-se com a posição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., que defende a possibilidade de o negócio jurídico indireto representar simulação relativa se a hipótese de incidência

---

<sup>15</sup>Ver nota de rodapé nº 7.

<sup>16</sup>DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão Fiscal*. São Paulo: Lael, 1971, p. 54. Ver também XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 59.

<sup>17</sup>HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão – rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 126.

representar uma situação econômica, e não uma situação jurídica<sup>18</sup>.

A fraude à lei guarda similitude com o negócio indireto maior que a simulação, pois as partes concordam e praticam um negócio jurídico lícito. Porém, na fraude à lei, buscam efeito jurídico coibido por norma imperativa, havendo infringência oblíqua da lei<sup>19</sup>. A fraude à lei acarreta nulidade do ato jurídico no âmbito civil, portanto, o desfazimento dos seus efeitos. Se houve o desfazimento do negócio, fato gerador algum ocorreu. E ainda que se sustente que a lei fraudada não seria a civil, mas a tributária, cumpre ressaltar que a norma tributária não é imperativa, mas dispositiva, uma vez que é facultado ao contribuinte realizar o fato gerador ou não. A aplicação “às avessas” do instituto da fraude à lei leva a tributação pela analogia. Nessa esteira é o entendimento de Sacha Calmon Navarro Coêlho, abarcando também a tributação pelo abuso de direito<sup>20</sup>.

Por sua vez, o abuso de direito ocorre quando, mesmo atuando nos limites da lei, o agente frustra os fins sociais do seu direito subjetivo lesando terceiros<sup>21</sup>. Ainda que não haja ofensa a literalidade da lei, há desvio em seu espírito. É equivocada a ideia de que o fisco teria o direito à arrecadação violada por um abuso do contribuinte na utilização de uma forma típica jurídica, pois, novamente, pretende-se atribuir imperatividade à norma tributária, quando o contribuinte pode evitá-la não realizando o fato gerador. O direito obrigacional tributário somente surge quando ocorrido o fato gerador, não podendo se equiparar, por analogia, a ocorrência da situação jurídica descrita em lei à outra situação jurídica, ainda que semelhante.

Por mais que se venha a defender a existência de um “dever fundamental”<sup>22</sup> decorrente do princípio da solidariedade, corrobora-se com a doutrina de Humberto Ávila, que defende que a Constituição estabeleceu um sistema de atribuição e divisão de poder através de subsistemas normativos, que por sua vez são compostos por princípios e regras. Os princípios não são hierarquicamente superiores às regras, mas exercem função diversa. Os princípios instituem razões a serem conjugadas com outras no momento

---

<sup>18</sup>FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Simulação e negócio jurídico indireto no Direito Tributário e a luz do novo Código Civil, Revista Fórum de Direito Tributário, ano 8, n. 48, nov/dez/ 2010, p. 25.

<sup>19</sup>VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*, 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 85

<sup>20</sup>COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Fraude à lei, abuso do direito e abuso de personalidade jurídica em Direito Tributário - Denominações distintas para o instituto da evasão fiscal. In: Douglas Yamashita. (Org.). *Planejamento Tributário - à luz da jurisprudência*. São Paulo: Lex, 2007, v. 1, p. 05-394. Disponível em < <http://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Elisao-e-Evasao-livro-Douglas-Yamashita.pdf> > acessado em 19/01/2017.

<sup>21</sup>GONÇALVES, Carlos Alberto. Op. Cit. p. 486.

<sup>22</sup>NABAIS, José Casalta. *O Dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, e “Solidariedade Fiscal, Cidadania e Direito Fiscal”. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOL, Marciano Seabra. (Coords). *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 110-140.

da aplicação. As regras descrevem a conduta ou atribuição de poder para a conduta, devendo o intérprete aplicar aquela cujo conteúdo corresponda ao conteúdo dos fatos. Elas bloqueiam as diversas razões que poderiam surgir no momento da aplicação da norma (como o limite máximo de velocidade em uma via ou a idade mínima para responder criminalmente pelos próprios atos), tornando-se a própria razão para uma decisão, independente de outras. No Sistema Constitucional Tributário, a Constituição determina, através das regras de competência, as materialidades sujeitas à tributação, distribuindo-as entre os entes federativos. Se em outros países surgem teorias que ampliam os poderes de tributação em nome da solidariedade, essas somente valem para aqueles países, não sendo possível promover importação direta para o direito brasileiro sem a devida reflexão tendo o direito público pátrio como paradigma. Em sendo previstas regras de competência, seguidas de leis que instituem regras de incidência do tributo, hão de ser respeitadas por força do sobreprincípio da segurança jurídica<sup>23</sup>. Por mais que os contribuintes incansavelmente procurem vazios na legislação mediante rearranjo de estruturas jurídicas ou interpretações normativas incomuns, mas possíveis, é um direito seu escolher, dentre as possibilidades legais, a que menor lhes onerar. A própria Lei das Sociedades Anônimas exige, em seu art. 153, que o administrador tenha “o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”, ou seja, deve buscar soluções que maximizem o lucro, atendendo a função social da empresa (art. 154 da lei 6.404/1976). Logo, o contribuinte pode, até onde encerrar a licitude e iniciar a fraude, exercer sua atividade, praticar atos civis/econômicos com liberdade e respeito do Fisco.

E qual seria então o limite da licitude? O texto do art. 84, I da lei em comento indica o sentido de “fraude fiscal” ao prever o advérbio “dolosamente”. Como já dito, a fraude fiscal já pressupõe o dolo. Se ele é repetido, há um reforço da lei no sentido de que o elemento volitivo é relevante para a configuração do ilícito administrativo. Se o contribuinte tem fundadas razões para acreditar que determinada estruturação jurídica realizada é lícita, ainda que venha a ser desconsiderada pelo fisco, não há motivo para a aplicação da penalidade em comento. Nos casos de simulação relativa ou absoluta certamente há o dolo, as partes concordam em mentir sobre a ocorrência de um ato ou negócio jurídico para fraudar o fisco. No negócio jurídico direto, somente haverá planejamento quando a hipótese de incidência versar sobre uma situação jurídica, sendo que o negócio efetivamente realizado não pode

---

<sup>23</sup>ÁVILA, Humberto. “Limites à tributação com base na solidariedade social”. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra. (Coords). *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 68-88.



ser objeto de tributação, ainda que ele produza efeitos idênticos ao negócio previsto pela norma tributária. E em se tratando de situação fática, o negócio jurídico indireto é incapaz, por si só, de servir de planejamento tributário, pois deverá ser constatado pelo fisco não o ato jurídico civil, mas o fenômeno econômico. O abuso de direito e a fraude à lei não servem de justificativa para a desconsideração dos negócios jurídicos do contribuinte para que se tribute a materialidade pretendida porque resultam em aplicação da lei tributária por analogia. E, por fim, as teorias aplicadas em outros países<sup>24</sup> não podem ser importadas para o Brasil sem o devido exame de constitucionalidade, observando que, além do princípio da estrita legalidade, a Constituição determinou, por meio de regras de competências, as materialidades passíveis de tributação e as distribuiu entre os entes federativos. Portanto, nada disso implica fraude fiscal.

Por último, um outro elemento trazido pelo texto do caput artigo 84 da lei 13.303/2016 é o trecho “em razão dos contratos regidos por esta Lei”. Observe-se a redação legal:

Art. 84. As sanções previstas no inciso III do art. 83 poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, **em razão dos contratos regidos por esta Lei**:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

Somente se aplicará a penalidade em comento se a fraude fiscal resultar redução da carga tributária sobre a receita auferida na execução do contrato administrativo. Não se limita a fraude fiscal aos tributos comumente ditos indiretos, considerando também os direitos (para aqueles que adotam essa classificação). Contudo, não se pode punir com suspensão do direito de contratar com o ente sancionador por fraude fiscal que nada guarda relação com o contrato administrativo, cometida em situação completamente alheia. Ou então, não se pode punir estruturas em nível superior, como a obtenção de benefícios através de empresa veículo internacional, aproveitando-se (licitamente ou não) de benefícios de tratados contra a bitributação para reduzir a carga tributária sobre a renda no estrangeiro. A lei, para esses casos, não estabelece conexão entre a fraude fiscal cometida e a entidade sancionadora, justamente pelo contrato em questão não estar relacionado à primeira.

---

<sup>24</sup>Ver sobre *Business Purpose in* TABOADA, Carlos Palao. *La aplicacion de las normas tributarias y la elusion fiscal*. Madrid: Lex Nova, 2009, pp. 209-220.

### 3. SANÇÃO POLÍTICA POR FRAUDE FISCAL

O assunto da sanção política em matéria tributária não é novo nos tribunais brasileiros. O STF possui três súmulas afastando limitações aos direitos dos contribuintes em razão de débitos fiscais: “Súmula 70 - É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”; “Súmula 323 - É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”; “Súmula 547 - Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.” Além dessas, outros casos confirmaram o afastamento da sanção política em razão de inadimplemento da obrigação tributária, como a vedação à impressão de notas fiscais (REsp 413.782) e a vedação ao acesso de benefício fiscal sem possuir Certidão Negativa de Débito (AI 798.210 – AgR). Por outro lado, entendeu o STF que não houve ofensa ao histórico jurisprudencial da Corte e aos arts. 5º, XIII, e art. 170, parágrafo único da CF, no caso do RE 550.769, em que se negou a manutenção do registro para fabricação e comercialização de cigarros à empresa inadimplente com o Fisco, por razão extrafiscal. Considerando que a tributação representaria mais de 70% do preço do produto, a inadimplência reiterada do contribuinte (que era o caso) acarreta distorção no sistema concorrencial.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal ter um histórico contra a aplicação de sanções políticas visando compelir o contribuinte ao pagamento dos tributos devidos por via oblíqua, cumpre ressaltar que não parece ser esse o caso em exame. A penalidade de suspensão do direito de contratar com a Administração pelo cometimento de fraude fiscal não impede que a empresa ou o profissional continue atuando, o impedimento limita-se à entidade sancionadora, portanto, o contribuinte pode manter o fornecimento de bens e serviços às demais empresas, inclusive estatais.

Contudo, há duas situações que se defende a não aplicação da sanção. A primeira é a possibilidade de o contribuinte fornecer determinado bem ou serviço extremamente específico, que apenas uma ou algumas empresas o demandam. A restrição à contratação pela entidade sancionadora pode inviabilizar a continuidade das atividades da empresa. A segunda é hipótese inversa, a possibilidade de serem poucos os fornecedores de bens e serviços específicos, a própria empresa estatal poderá sofrer as consequências negativas da escassez da oferta. Em ambas situações a penalidade não deve ser aplicada por ofender o princípio da proporcionalidade. Defende-se, assim, a nulidade parcial sem redução do texto da lei, considerando que a penalidade

é válida, é constitucional, para a maioria dos casos, com exceção dessas duas hipóteses aqui expostas<sup>25</sup>. Sobre o controle de proporcionalidade das normas tributárias, Helenilson Cunha Pontes defende a possibilidade tanto do controle geral, para todos os casos, quanto específico, para casos concretos<sup>26</sup>. O prejuízo às estatais e às empresas, nessas duas hipóteses, ultrapassam a razão da sanção, mesmo diante da comprovação de fraude fiscal. Não se pode ignorar que o artigo 135 do CTN prevê a responsabilização pessoal, em razão de “atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos” das pessoas descritas nos respectivos incisos - dentre elas os mandatários, prepostos e empregados, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, pelo tributo evadido. Não obstante, normalmente a própria lei tributária estabelece multa agravada para as hipóteses de sonegação mediante dolo, fraude ou simulação. Portanto, não há como defender que o afastamento da penalidade em comento acarretará impunidade do contribuinte ou mesmo do responsável, apenas uma das penalidades deixará de ser aplicada por razões relevantes.

#### 4. COMPETÊNCIA PARA APURAÇÃO DA FRAUDE FISCAL

Outro ponto que merece ser abordado é a competência para declarar a fraude fiscal. Seriam o fiscal do contrato, e, em grau de recurso administrativo, a autoridade superior, aptos e competentes para julgar a ocorrência de fraude fiscal? A resposta é negativa, por quatro motivos.

O primeiro é a ausência de capacidade tributária ativa da entidade sancionadora. A capacidade tributária, em princípio, é “a capacidade para ser sujeito ativo da relação de tributação”<sup>27</sup>, sendo conferida por meio de lei do ente competente para instituir o tributo ou da Constituição. Difere da competência tributária porque esta é atribuída exclusivamente pela Constituição e indelegável. Somente o ente competente pode instituir, através de lei, o tributo o qual a Constituição o designou. Somente o ente competente pode delegar a capacidade a outra pessoa. A capacidade tributária pressupõe a “atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos” nos termos do

---

<sup>25</sup>Sobre o tema ver MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 1286-1289. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, pp. 126-128.

<sup>26</sup>PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário Brasileiro – Hipóteses de Aplicação*. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, 1999. Pp. 254-255.

<sup>27</sup>MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 30.

art. 7º do CTN. Em realidade, fiscalizam-se os atos do contribuinte para se aferir o cumprimento regular das obrigações impostas pela legislação tributária referentes a determinado tributo. Essa fiscalização deve ser realizada por autoridade competente, nos termos do art. 142 do CTN, para promover o lançamento, compreendido como “o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”. Com isso, somente haverá fraude fiscal a partir do momento em que a autoridade competente, no caso, a tributária, fiscalizar, identificar o tributo não recolhido e os atos fraudulentos, e constituir o crédito tributário. Antes disso não há, no mundo jurídico, fraude fiscal. Mais, há de se permitir ao contribuinte o direito ao contraditório e à ampla defesa, portanto, somente com o esgotamento da via administrativa é que se terá a configuração de fraude fiscal. Raciocínio semelhante há muito tempo tem sido aplicado quanto ao oferecimento de denúncia em processo criminal que versa sobre sonegação fiscal<sup>28</sup>. Da mesma forma deve ser aplicada essa orientação com as devidas adaptações ao caso em exame.

O segundo motivo versa sobre questão operacional. A autoridade tributária possui poderes para examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, inclusive de outras pessoas que não contribuintes, mesmo que gozem de isenção ou imunidade, conforme arts. 194 e 195 do CTN. Tais poderes não são conferidos ao fiscal do contrato administrativo, reduzindo sua atuação. Quando muito, poderia constatar fraudes fiscais das mais elementares, enquanto as mais complexas certamente ficariam à margem de sua análise.

O terceiro motivo é o da especialização da matéria tributária. As autoridades tributárias, ainda que possuam formação superior em áreas diversas, são dotadas de conhecimento específico na área fiscal aferido na ocasião do concurso público, e reciclado de tempos em tempos pelas administrações fazendárias por meio de cursos, palestras, etc. Enquanto isso, os fiscais dos contratos administrativos possuem conhecimentos necessários ao objeto do contrato administrativo em execução. Não há exigência de conhecimento aprimorado dos fiscais dos contratos, na área fiscal, para que promovam análise criteriosa do que seja ou não fraude fiscal.

---

<sup>28</sup>Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. (Plenário do Pretório Excelso ao julgar o HC 81.611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 13/05/2005).

O último motivo é a ausência de segurança jurídica, na medida em que uma mesma matéria seria apreciada por dois órgãos distintos e independentes. Como defende Heleno Torres, a autonomia dos órgãos administrativos, em maior ou menor grau, nas funções que lhe são atribuídas, não os fragmenta de sua gênese, qual seja, o Estado e a Constituição. Os diversos órgãos e suas especialidades variadas formam o Estado, que se manifesta através de suas repartições<sup>29</sup>. Ainda, o referido autor defende a autovinculação da Administração Pública, que é o dever de coerência nas decisões administrativas quando se tem decisões divergentes de um mesmo órgão ou de outros órgãos, sobre um mesmo sujeito ou sujeitos em uma mesma situação. Nesse caso, a decisão em sentido oposto a uma outra decisão anterior que verse sobre tema idêntico deve fundamentar essa distinção, sob pena de se ofender o princípio da isonomia. Essa teoria deve ser aplicada aos órgãos que pertençam a uma mesma Administração Pública<sup>30</sup>. No caso em tela, não necessariamente ter-se-á uma empresa estatal pertencente ao ente titular da competência do tributo evadido mediante fraude. Contudo, isso não afasta a insegurança jurídica na hipótese de existirem duas decisões contraditórias, uma no âmbito administrativo-contratual e outra no administrativo-fiscal, que tratem da ocorrência de fraude fiscal sobre uma mesma situação. O mais adequado é a empresa estatal aguardar e seguir a premissa firmada no âmbito tributário, se constatada a fraude fiscal pela fiscalização tributária, a empresa estatal deve, em regra, aplicar a suspensão.

O apego à interpretação literal da expressão “condenação definitiva” do art. 84, I pode levar à conclusão de que essa condenação deva ser a judicial em ação penal de crime contra a Ordem Tributária. Não se pode concordar com essa interpretação, uma vez que o processo criminal visa punir o agente, que pode ser um administrador ou terceiro estranho aos quadros da empresa ou pessoa natural diversa da contratada. Com isso, ter-se-ia penalização na esfera administrativa de pessoa que sequer participou da defesa na esfera criminal, ofendendo os princípios da ampla defesa e contraditório. Ademais, o interesse que se busca proteger com a sanção administrativa fica prejudicado se a empresa estatal tiver de aguardar o desfecho da ação penal, que só se inicia depois da constituição definitiva do crédito. Não parece margem para aceitar essa interpretação.

O Decreto nº 8.945/2016 que regulamentou a Lei nº 13.303/2016 nada versa sobre essa penalidade. Poderia estabelecer o dever das empresas

---

<sup>29</sup>TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2012. Pp. 442-443.

<sup>30</sup>Id., pp. 238-239.

estatais de informar o fisco competente sobre eventuais indícios de fraude fiscal, bem como o dever dos fiscos de informar as empresas estatais acerca da constituição definitiva do crédito tributário em que se tenha apurado a ocorrência de fraude fiscal que afete os contratos firmados, respeitando o sigilo fiscal, nos termos do art. 198, §2º do CTN. Fica nossa sugestão para que o Presidente da República adote essa solução, acrescentando novos dispositivos ao mencionado decreto.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A penalidade de suspensão do direito de contratar com a entidade sancionadora por fraude fiscal que afete o contrato respectivo tem, no dolo, elemento central para sua aplicação. Estruturações atribuídas pelo contribuinte e revistas pelo fisco não são puníveis pela empresa estatal se não houver dolo no cometimento do ilícito tributário. Certamente a simulação decorre de ato doloso, mas outras operações elaboradas, em sendo minimamente defensáveis, não podem ser objeto de punição, uma vez que o contribuinte tem o direito de escolher, dentre as alternativas possíveis, a que lhe impor menor ônus fiscal. O contribuinte de boa-fé, ao adotar determinada forma jurídica, acredita não estar cometendo nenhuma irregularidade.

Evidente que a aplicação da penalidade demanda conexão com o contrato junto à empresa estatal. Em não havendo qualquer redução de carga tributária sobre a remuneração do contrato para a empresa ou o profissional, não haverá aplicação da suspensão.

A penalidade não pode ser reputada inconstitucional, ainda que o STF tenha um histórico contra sanções políticas em matéria tributária, uma vez que a punição pelo cometimento de fraude fiscal não inviabiliza a atividade da empresa ou do profissional, apenas restringe que a entidade sancionadora os contratem pelo prazo não superior a dois anos, podendo os penalizados continuarem a exercer sua atividade, fornecendo bens e serviços para o restante do mercado, inclusive para outras empresas estatais. Apenas nas hipóteses de o profissional ou a empresa oferecer bens exclusivos, ou ainda a demanda por tais bens ser concentrada em uma ou poucas empresas, é que a penalidade deve ser afastada, por comprometer o próprio interesse público protegido.

Por fim, apesar de o Decreto nº 8.945/2016 que regulamentou a Lei nº 13.303/2016 nada versar sobre a suspensão de contratar em razão de fraude

fiscal, a competência para aferição da fraude deve ser compreendida como sendo da autoridade fiscal, que goza de capacidade tributária para tanto, dispondo dos instrumentos necessários à investigação da situação do contribuinte, expertise no assunto, além de trazer segurança jurídica por evitar que fisco e empresa estatal tenham entendimentos distintos sobre a ocorrência ou não de fraude fiscal. Assim sendo, a empresa estatal deve adotar como premissa o entendimento do fisco, respeitando, na transferência de informações, o sigilo fiscal do contribuinte.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. “Limites à tributação com base na solidariedade social”. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra. (Coords). *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 68-88.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Fraude à lei, abuso do direito e abuso de personalidade jurídica em Direito Tributário - Denominações distintas para o instituto da evasão fiscal. In: Douglas Yamashita. (Org.). *Planejamento Tributário - à luz da jurisprudência*. São Paulo: Lex, 2007, v. 1, p. 05-394. Disponível em < <http://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Elisao-e-Evasao-livro-Douglas-Yamashita.pdf>> acessado em 19/01/2017.

DERZI, Misabel Abreu de Machado. A desconsideração dos atos e negócios jurídicos dissimulatórios, segundo a LC 104/2001. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *O planejamento tributário e a lei complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Elisão e Evasão Fiscal*. São Paulo: Lael, 1971.

GRECO, Marco Aurélio. Constitucionalidade do parágrafo único do artigo 116 do CTN. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *O planejamento tributário e a lei complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 181-204.

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito Civil Brasileiro – Parte Geral Vol. 1*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Simulação e negócio jurídico indireto no Direito Tributário e a luz do novo Código Civil, *Revista Fórum de Direito Tributário*, ano 8, n. 48, nov/dez/ 2010.

HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão – rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NABAIS, José Casalta. *O Dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.

\_\_\_\_\_. “Solidariedade Fiscal, Cidadania e Direito Fiscal”. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra. (Coords). *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 110-140.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*, 4ª ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 1976.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário Brasileiro – Hipóteses de Aplicação*. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, 1999.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário e garantias dos contribuintes: entre a norma geral antielisão portuguesa e seus paralelos brasileiros. In: Daniel Freire e Almeida; Fabio Luiz Gomes; João Ricardo Catarino. (Org.). *Garantias dos contribuintes no sistema tributário*. São Paulo: , 2012, v. 1, p. 371-438.

TABOADA, Carlos Palao. *La aplicacion de las normas tributarias y la elusion fiscal*. Madrid: Lex Nova, 2009.

TARTÚCI, Flávio. *Direito Civil – Lei de Introdução e Parte Geral*, v. 1, 10ª ed. São Paulo: Método, 2014.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2012.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*, 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiiva*. São Paulo: Dialética, 2002.



# **Comentários ao instituto da Pré-Qualificação no âmbito da Lei 13.303/16 (Lei das Estatais)**

**ROGÉRIO CORRÊA<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup>Advogado. Pós-graduado em Direito Público. MBA em Gestão Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Coautor da obra "Pregão Presencial e Eletrônico – Cenário Nacional" (Editora Negócios Públicos, 2008). Membro do Corpo Editorial das Revistas "LICICON", "Negócios Públicos" e "O Pregoeiro". E-mail rogercorrea78@hotmail.com.

A pré-qualificação é um instituto conhecido<sup>2</sup> na Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/93) e destina-se a antecipar a fase de análise da habilitação (qualificação técnica). Previsto no art. 114, *caput* e parágrafos, a norma assim dispõe sobre o tema:

Art. 114 - O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

§1º. A adoção do procedimento de pré-qualificação será feita mediante proposta da autoridade competente, aprovada pela imediatamente superior.

§2º. Na pré-qualificação serão observadas as exigências desta Lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação.

Pela conceituação do mestre Hely Lopes MEIRELLES, pré-qualificação:

*... é a verificação prévia das condições das firmas, consórcios ou profissionais que desejam participar de determinadas e futuras concorrências de um mesmo empreendimento. Não se confunde com a habilitação preliminar nas concorrências, porque esta se faz em cada concorrência e aquela se realiza para todas as concorrências de um empreendimento certo, que pode exigir uma única ou sucessivas concorrências. Também não se confunde com pré-classificação das propostas, mesmo porque na pré-qualificação os interessados não apresentam proposta, mas tão somente documentação comprobatória das condições técnicas, econômicas e jurídicas pedidas pelo edital como necessárias à execução do objeto do futuro contrato.<sup>3</sup>*

Tal instituto também é previsto na Lei 12.462/11, mas possui algumas diferenciações fundamentais quando comparado à previsão da Lei Geral de Licitações. A primeira é que na Lei 8.666/93, a pré-qualificação destina-se à uma licitação única. Já a pré-qualificação do RDC, semelhante à da Lei das Estatais, possui a finalidade de atender uma pluralidade de licitações futuras. O quadro a seguir demonstra estas diferenças principais:

Lei 8.666/93	Lei 12.462/11
Artigo 114	Artigo 30
A pré-qualificação destina-se para apenas uma licitação específica	A pré-qualificação poderá ser utilizada para várias licitações futuras
Serão analisados apenas requisitos técnicos	Serão analisados requisitos técnicos ou relacionados à qualidade do bem que será licitado

<sup>2</sup> Instituto este que já era previsto, também, pelo antigo Decreto-lei 2.300/86.

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 95-97.

Bem recorda Jorge Ulisses Jacoby FERNANDES que:

A pré-qualificação é um instituto que, embora previsto pela Lei de Licitações, foi muito pouco utilizado durante muito tempo. Na doutrina, envidamos muitos esforços para a compreensão dessa ferramenta que pode reduzir os prazos da contratação e dar muita transparência na gestão pública. A jurisprudência dos Tribunais de Contas prestigiaram muito os gestores que souberam aplicá-la; quase duas décadas depois da edição da Lei nº 8.666/1993, somente com a edição do RDC, sigla do Regime Diferenciado de Contratação, é que a pré-qualificação foi adequadamente tratada pelo legislador.<sup>4</sup>

Especialmente sobre as vantagens dessa seletiva, explica-nos Marçal JUSTEN FILHO que:

A pré-qualificação consiste na dissociação da fase de habilitação do restante do procedimento da concorrência. A Administração institui exigências especiais e excepcionalmente severas como requisito de participação em futura concorrência. Essas exigências envolvem a idoneidade financeira e a capacitação técnica, além dos requisitos comuns sobre capacidade jurídica e regularidade fiscal. Instaura-se um procedimento seletivo preliminar destinado a verificar o preenchimento de tais requisitos.

Os licitantes que preencherem os requisitos previstos serão considerados pré-habilitados para a concorrência. Somente eles estarão legitimados a participar da concorrência. Serão convocados para apresentar suas propostas, em data futura a ser definida.

A vantagem da pré-qualificação reside em eliminar do curso da concorrência qualquer discussão acerca da idoneidade dos licitantes, eis que esse dado foi exaustivamente investigado no procedimento prévio.

Evitam-se conflitos que poderiam prejudicar o curso da licitação e elimina-se o risco de contratação de empresas inidôneas.<sup>5</sup>

Quando pertinente uma análise mais acurada e detida da qualificação técnica dos interessados e o objeto a ser licitado possuir certo grau de complexidade, a pré-qualificação será admissível e pertinente. Será lançado um edital prevendo todos os requisitos exigíveis a título de qualificação técnica, econômico-financeira, jurídica e fiscal, podendo qualquer interessado participar da pré-qualificação. Somente aqueles que atenderem todas as exigências solicitadas estarão aptos a participar da licitação posterior, na qual serão analisadas e julgadas apenas as propostas de preços dos pré-qualificados. Por consequência, aqueles licitantes que não atenderem tais exigências ficarão ex-

<sup>4</sup>FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 40.

<sup>5</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 1.458-1.459.

cluídos da futura licitação.

Sobre estes aspectos, encontramos na doutrina de Jessé Torres PEREIRA JUNIOR os seguintes comentários:

A inclusão, no procedimento das licitações mediante concorrência, de uma etapa de pré-qualificação tem lugar, apenas, quando houver necessidade de apurar-se, com especial acuidade, a qualificação técnica de interessados em contratar obra ou serviço de grande porte e cuja execução envolva peculiar grau de dificuldade, a demandar do executor nível correspondente de especialização e experiência. Este nível será o alvo da aferição a que a Administração procederá na pré-qualificação, de sorte a somente a admitir no certame aqueles que o alcançarem, comprovadamente.

Sugerirá direcionamento indevido do torneio competitivo a inserção dessa etapa excepcional previamente à concorrência cujo objeto não apresentar aquele grau de dificuldade. Por isto o §1º do art. 114 exige que a adoção do procedimento da pré-qualificação seja proposta e aprovada pelas autoridades respectivamente competentes, relacionadas hierarquicamente. Do que também se deduz que o ato de sua autorização será necessariamente motivado, sujeitando-se aos controles internos e externos dos atos administrativos.<sup>6</sup>

O Tribunal de Contas da União (TCU) também trata destes elementos em seus julgados a seguir destacados:

PRESTAÇÃO DE CONTAS. EXERCÍCIO DE 2004. INDENIZAÇÃO DE FÉRIAS A MAGISTRADOS ATIVOS. UTILIZAÇÃO DE PRÉ-QUALIFICAÇÃO. ESCOLHA DE LICITAÇÃO DO TIPO “TÉCNICA E PREÇO”. AUSÊNCIA DE DIVULGAÇÃO DOS PESOS ATRIBUÍDOS À VALORIZAÇÃO DAS PROPOSTAS TÉCNICA E DE PREÇOS. CONTAS DO GESTOR PRINCIPAL REGULARES COM RESSALVA. CONTAS DOS DEMAIS RESPONSÁVEIS REGULARES COM QUITAÇÃO PLENA.

(...)

2. A teor do art. 114 da Lei n. 8.666/1993, o procedimento da pré-qualificação tem cabimento quando o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados, não se limitando aos bens e serviços de alta complexidade.

(...)

18. Observo, em primeiro lugar, que a iniciativa de pré-qualificar os possíveis interessados constitui um poder discricionário do administrador, na medida em que a lei cuidou de enunciar a ausência de impedimento para a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, sempre que o objeto da licitação recomendar a análise destacada do corpo da licitação. Pelo sentido do verbo utilizado, a lei abre ensejo a atividade valorativa do administrador. Caso quisesse restringir o uso da pré-qualificação, poderia a lei condicioná-la a hipóteses de cabimento mais definidas e categóricas.

(...)

---

<sup>6</sup>PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 1012-1013.

A instituição da pré-qualificação envolve uma apreciação discricionária da Administração. No entanto, não é admissível o sistema de pré-qualificação quando a licitação não versar sobre objeto que apresente peculiaridades. Essas peculiaridades fazem presumir que apenas particulares dotados de certos requisitos não ordinários poderiam executar satisfatoriamente o objeto.

A pré-qualificação envolve uma ampliação dos requisitos e exigências para participar do procedimento seletivo. Verificam-se restrições usualmente não praticadas. A instituição do sistema de pré-qualificação e os requisitos previstos, em cada caso, serão examinados segundo os critérios usuais de necessidade e adequação. Deve justificar-se a adoção da pré-qualificação perante as peculiaridades do objeto licitado. Além disso, os requisitos deverão ser compatíveis e indispensáveis à boa execução do contrato futuro.<sup>7</sup>

4.17. Observa-se que tais condições de participação reproduzidas anteriormente não se confundem com o procedimento de pré-qualificação definido no art. 114 da Lei nº 8.666/93, que tem por objetivo uma análise mais detida da qualificação técnica dos interessados, sempre que o objeto da licitação o recomende, geralmente em concorrências.

(...)

7.4. Com relação a esse último ponto - discricionária previsão de uma fase de pré-qualificação, sem qualquer abrigo legal - tem-se, à vista do estatuído pelo art. 114 do Estatuto Nacional de Licitações, que o legislador ordinário limitou a adoção de tal procedimento à modalidade de concorrência, sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados. Ademais, indiscutível que grande parte dos documentos exigidos nessa 'etapa' consistiam em declarações que poderiam perfeitamente estarem contidas no envelope 'Documentação'.

(...)

9.5. determinar à Prefeitura Municipal de (...) para que nos futuros processos licitatórios:

9.5.1. abstenha-se de prever fase de pré-qualificação quando não se estiver diante de licitações a serem realizadas na modalidade concorrência, e ainda assim somente nos casos de o objeto licitado recomendar uma análise mais detida da capacidade técnica dos potenciais interessados, face ao disposto no art. 114 da Lei nº 8.666/93.<sup>8</sup>

**2. A ausência de complexidade do objeto a ser licitado, por si só, não afasta o cabimento da pré-qualificação de licitantes, prevista no art. 114 da Lei 8.666/1993. É admitida a realização da pré-qualificação em razão de peculiaridades do objeto que justifiquem a opção do gestor pela sua adoção.**

Representação apontou possíveis irregularidades no Edital de Pré-qualificação 1/2012, promovido pela Prefeitura Municipal de Osasco (SP), destinado à pré-qualificação de empresas ou consórcios de empresas para a futura licitação e subsequente contratação das obras de urbanização do Jardim Rochdale. Destaque-se, entre as supostas irregularidades, "a opção pela fase de pré-qualificação para a contratação pretendida, quando tal procedimento somente pode ser adotado caso o objeto licitado recomendar uma análise mais detida da capacidade técnica dos potenciais interessados ...". O Relator anotou que "o art. 114 da

<sup>7</sup>TCU. Acórdão 2.005/07. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Data da Sessão: 26/09/07.

<sup>8</sup>TCU. Acórdão 2.028/06. Órgão Julgador: Primeira Câmara. Relator: Ministro Augusto Nardes. Data da Sessão: 25/07/06.

*Lei nº 8.666/1993 admite a pré-qualificação de licitantes em concorrências cujo objeto a ser licitado recomende a análise mais detida da qualificação técnica dos interessados. É um procedimento que se insere na esfera discricionária do Administrador”. Destacou que “a jurisprudência do Tribunal aponta para a admissibilidade da pré-qualificação quando a peculiaridade do objeto a ser licitado assim a justificar. Portanto, a ausência de complexidade não afasta o cabimento da pré-qualificação”. Ao se reportar ao caso concreto, endossou as considerações da unidade técnica no sentido de que a urbanização do Jardim Rochdale (obras de infraestrutura, pavimentação, drenagem e obras de arte especial) não exige “um alto grau de especialização nem larga experiência técnica. Em outras palavras, não podem ser considerados de alta complexidade”. Entretanto, destacou que a Prefeitura apontou em suas justificativas características do empreendimento que se constituem em peculiaridades que justificam a opção do gestor pela realização da pré-qualificação: “1) a alta densidade demográfica do local da intervenção, associada ao fato de que as obras deverão ser executadas preservando a estabilidade das estruturas já existentes e minimizando o impacto na população residente, que será retirada do local de acordo com a evolução das obras; e 2) remanejamento de dutos da Petrobras instalados na região”. Por fim, concluiu que no caso concreto não ficou demonstrada a impossibilidade da adoção da pré-qualificação. O Tribunal, no entanto, em razão de outras irregularidades, julgou a representação procedente.<sup>9</sup>*

Uma das vantagens da pré-qualificação é que sua realização independe de recursos orçamentários, pois não haverá obrigatoriedade de contratação (posto que restrita à pré-seleção de candidatos para o posterior certame). Esse proveito é bem ilustrado por FERNANDES com a seguinte hipótese, imagine-se:

Se um município precisa construir um viaduto, e os recursos são, em sua maior parte, oriundos de um convênio com a esfera federal, sem data prevista para a sua assinatura, pode antecipar-se e promover a pré-qualificação, lançando um edital com as exigências pertinentes à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal, apresentando o projeto básico da obra. Aparecendo, por hipótese, sete empresas, sendo que duas são inabilitadas por não atenderem aos requisitos de qualificação técnica ou regularidade fiscal, as empresas que atenderem aos requisitos do edital estarão pré-qualificadas para a construção. Assim, quando o convênio for firmado, o município lançará o edital que, no caso, será restrito à etapa da proposta de preços. Nessa hipótese, só poderão participar as cinco empresas selecionadas na pré-qualificação. Para a validade da pré-qualificação, e a preservação da isonomia, deve-se indicar o prazo máximo pelo qual se obrigarão os pré-qualificados. No caso exemplificado, poderia ser por um ano.<sup>10</sup>

<sup>9</sup>TCU. Informativo de Licitações e Contratos nº 152/13 (sobre o Acórdão 1.232/13. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Data da Sessão: 22/05/13).

<sup>10</sup>FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op. cit., p. 41.

Sobre o procedimento da pré-qualificação ensina-nos o mestre Hely Lopes MEIRELLES:

2. A rigor, o **procedimento** de pré-qualificação **não se confunde** com a licitação na modalidade de Concorrência, ainda que se **utilize**, por força do §2º, do art. 114 da Lei 8.666/93, das **exigências relativas a esta modalidade**, conforme lição do mestre Hely Lopes Meirelles:

“O procedimento da pré-qualificação é assemelhado ao da própria concorrência, iniciando-se com a definição de seu objeto, edital, com ampla publicidade e especificação dos requisitos desejados pela Administração, abertura pública dos envelopes com a documentação e julgamento dos participantes por Comissão de, no mínimo, três integrantes, com a subsequente homologação da decisão por autoridade competente.”

Esclarece ainda:

“As firmas ou consórcios pré-qualificados serão, no momento apropriado, convidados a **participar da concorrência que se abrir para o objeto da pré-qualificação**. Nessa concorrência os participantes concorrerão em igualdade de condições, segundo o procedimento comum das concorrências, dispensada apenas a sua publicidade, porque os concorrentes já são conhecidos e deverão ser convocados individualmente para a licitação, nos termos do respectivo edital.” (grifei). Convém lembrar que a existência da pré-qualificação **não dispensa a existência da fase de habilitação na concorrência**, tendo, entretanto, o objetivo de verificar apenas se os proponentes convidados **mantêm** as condições demonstradas naquela ocasião, conforme pode-se depreender da lição do ilustre jurista Toshio Mukai, in *Licitações e Contratos Públicos*, 6ª ed., revista, atualizada e ampliada, Saraiva, São Paulo, 2004, p. 205<sup>11</sup> (grifos no original).

A pré-qualificação é admitida pela Lei 8.666/93 em licitação pela modalidade<sup>12</sup> Concorrência na qual é exigida especial e superior qualificação, acima da habitual, inclusive com a possibilidade de preverem-se exigências mais restritivas que usualmente não são utilizadas. Lembre-se, porém, que todos os requisitos e exigências deverão ser indispensáveis à contratação e deverão estar compatibilizados à boa e satisfatória execução do objeto que será contratado.

### **A pré-qualificação na esfera das Estatais**

A Lei 13.303/16 (Lei das Estatais) também trata da ferramenta da pré-qualificação para o âmbito das Empresas Públicas (EP) e Sociedades de Economia Mista (SEM). Por meio de seu Regulamento Interno, conforme as características e particularidades de atuação, a Estatal poderá melhor discipli-

<sup>11</sup>Disponível em: <[https://tce-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/429659019/3191352000/inteiro-teor=429659038-?ref-topic\\_feed](https://tce-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/429659019/3191352000/inteiro-teor=429659038-?ref-topic_feed)>. Acesso em: 11/06/17.

<sup>12</sup>PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 924.

nar tal instrumento e suas possibilidades (admitidas pela norma), adotando-o em sua utilidade e de forma mais apropriada.<sup>13</sup>

Em comentários à Lei do RDC, JUSTEN FILHO orienta que:

A implantação dos sistemas de pré-qualificação depende da edição de normas complementares. Alguns dos temas se enquadram na competência discricionária da autoridade encarregada de conduzir as licitações e contratações. Todos os temas que se enquadrem no âmbito dos requisitos de habilitação e da definição dos atributos de qualidade mínima exigível dos produtos ofertados estão compreendidos nessa competência. No entanto, isso não significa que a sistemática da pré-qualificação possa ser integralmente implementada sem a edição de normas regulamentares, de competência do Chefe do Poder Executivo.

Existem alguns pontos essenciais potencialmente aptos a gerar efeitos restritivos de direitos de um número indeterminado de sujeitos. A Lei 12.462 autorizou essa solução, mas a sua implementação depende de regras complementares, de nível regulamentar.<sup>14</sup>

O art. 36 da Lei 13.303/16 determinou que “A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão promover a pré-qualificação de seus fornecedores ou produtos, nos termos do art. 64.” Tal procedimento será divulgado em portal específico mantido pela EP/SEM na *internet* (art. 39).

Para aquisições de bens, por exemplo, as EPs/SEMs poderão exigir amostras no procedimento de pré-qualificação (art. 47, inc. II). Poderão, inclusive, indicar marca ou modelo nas seguintes situações previstas pelo mesmo art. 47:

- a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
- b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor constituir o único capaz de atender o objeto do contrato;
- c) quando for necessária, para compreensão do objeto, a identificação de determinada marca ou modelo apto a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”.

---

<sup>13</sup>A Infraero, por exemplo, “... foi a primeira empresa pública a apresentar o novo Regulamento Interno de Licitações e Contratos, que estabelece diretrizes para suas contratações. Trata-se de uma exigência da lei nº 13.303/2016, conhecida como Lei das Estatais, e que deveria ser concluída até junho de 2018. (...) Outro objetivo da Infraero com esse novo regulamento é garantir que os contratos neste novo modelo deixem de ter cláusulas exorbitantes, devendo as alterações contratuais ocorrer somente mediante acordo entre as partes. Além disso, o novo regulamento oferece maior competitividade aos processos, uma vez que eles passam a ter formulação de lances de propostas comerciais, inversão e unificação de fase dos recursos administrativos, pré-qualificação de fornecedores e de bens e interessados na exploração comercial dos aeroportos.” Disponível em: <<http://www4.infraero.gov.br/imprensa/noticias/infraero-atualiza-regulamento-de-acordo-com-a-lei-das-estatais/>>. Acesso em: 11/06/17.

<sup>14</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. A pré-qualificação como procedimento auxiliar das licitações no RDC (Lei 12.462/2011). Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 56, outubro de 2011. p. 5.



Sobre as vantagens e aplicação desta pré-qualificação, comenta JUSTEN FILHO:

... a decisão de pré-qualificação produz efeitos relativamente a uma pluralidade de licitações e contratações futuras. Isso torna desnecessária a discussão sobre o tema em cada uma das oportunidades. Há uma racionalização da atividade administrativa, eis que o resultado de um único procedimento é aproveitado para uma pluralidade de situações concretas posteriores. Amplia-se a eficácia da atividade administrativa desenvolvida no curso da pré-qualificação e reduz-se a burocracia e a demora para promover um número indeterminado de licitações futuras.<sup>15</sup>

Além de tornar o principal e futuro procedimento licitatório mais ágil e eficiente, existem outras vantagens identificadas na utilização do instituto:

- Participar da pré-qualificação é uma grande vantagem para o fornecedor/particular interessado em contratar posteriormente com a Administração. Isso porque os custos relacionados à comprovação de sua habilitação técnica ou despesas pertinentes à demonstração da qualidade mínima exigível para o produto/bem em questão são realizados em um único momento, gerando economia aos interessados diante das licitações futuras das quais venham participar.

- O instituto também potencializa a eliminação de fatores prejudiciais relacionados a eventuais decisões impertinentes e contraditórias durante o julgamento/habilitação na licitação. Isso poderia facilmente ocorrer se realizadas habilitações em cada uma das licitações posteriores, risco esse que acaba sendo eliminado com a realização desse procedimento de análise prévio e único.

- E esse conjunto permite, ainda, uma maior segurança na participação destes interessados, que de antemão já se encontrarão cientes de que cumpram com as exigências relacionadas à habilitação técnica e qualificações pertinentes ao objeto, situação esta que lhes permitirá focar em outras questões relacionadas à disputa - como melhorar a competitividade de seus preços, por exemplo.

Criticando a discricionariedade do dispositivo, José CALASANS JÚNIOR assim se manifesta:

...além de confundir a pré-qualificação com a classificação, a lei 13.303 empresta à pré-qualificação caráter de procedimento facultativo, o que signifi-

---

<sup>15</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC...** Op. cit., p. 506.

ca que poderá ser adotado por algumas empresas estatais, e por outras não, permitindo, assim, sistemas díspares entre empresas públicas e sociedades de economia mista. Seria mais efetiva a disciplina, se estabelecesse a **obrigatoriedade** do prévio cadastramento e da classificação de todos quantos interessados em contratar com as estatais, **como condição para participar das licitações por elas promovidas**. A adoção dessa medida traria, dentre outras vantagens: (i) a celeridade no procedimento licitatório, porque dispensaria a apresentação, em cada caso, de documentos já existentes no cadastro; (ii) afastaria a participação de “aventureiros”, não previamente cadastrados e classificados na especialidade do objeto licitado; (iii) propiciaria à entidade estatal segurança quanto ao êxito da contratação, pela certeza de que qualquer que fosse o vencedor do certame teria condições efetivas de bem realizar a obra, serviço ou fornecimento pretendidos<sup>16</sup> (grifos do autor).

Juntamente com o cadastramento, Sistema de Registro de Preços e catálogo eletrônico de padronização, a Lei das Estatais considera, então, a pré-qualificação permanente como um procedimento auxiliar das licitações por ela regidas. Assim dispôs o art. 64 da citada norma:

Art. 64 - Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar:

I - fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos;

II - bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

§1º. O procedimento de pré-qualificação será público e permanentemente aberto à inscrição de qualquer interessado.

§2º. A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão restringir a participação em suas licitações a fornecedores ou produtos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento.

§3º. A pré-qualificação poderá ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores.

§4º. A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.

§5º. A pré-qualificação terá validade de 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo.

§6º. Na pré-qualificação aberta de produtos, poderá ser exigida a comprovação de qualidade.

§7º. É obrigatória a divulgação dos produtos e dos interessados que forem pré-qualificados.

A norma não fez distinções referentes à espécie de habilitação que po-

<sup>16</sup>CALASANS JUNIOR, José. As omissões e retrocessos da lei de licitações das estatais, 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI254982,81042-As+omissoes+e+retrocessos+da+lei+de+licitacoes+das+estatais>>. Acesso em: 11/06/17.

derá ser objeto da pré-qualificação. O art. 80, inc. I, do Decreto 7.581/11, por exemplo, determina que será objeto de pré-qualificação apenas a habilitação técnica, mas a Lei 13.303 não se referiu a tal limitação. Vejamos a doutrina de Edgar GUIMARÃES e José Anacleto Abduch SANTOS a respeito deste assunto:

A Lei nº 13.303/16 não faz esta distinção, devendo ser interpretada para admitir que a pré-qualificação subjetiva pode ser intentada para abranger qualquer das espécies de habilitação previstas no artigo 58.

Assim, para fins de pré-qualificação subjetiva, pode ser demandada previamente a comprovação de aptidão para a aquisição de direitos e da contratação de obrigações; qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes; e capacidade econômica e financeira.

A pré-qualificação objetiva pode se dar com a prova de suficiência relacionada à qualidade do objeto. A estatal estabelecerá no regulamento da pré-qualificação (instrumento convocatório ou ato normativo interno) os requisitos mínimos aceitáveis de qualidade do objeto que devem ser cumpridos pelos interessados.<sup>17</sup>

Comentando as previsões do art. 64, em definição e classificação dadas por Rodrigo Goulart de Freitas POMBO:

O art. 64 da Lei 13.303/2016 define a pré-qualificação permanente como o procedimento auxiliar da licitação, destinado a identificar fornecedores em condições de habilitação para contratações futuras (pré-qualificação subjetiva) ou bens que preenchem as exigências técnicas e de qualidade mínima (pré-qualificação objetiva). O referido art. 64 tem correspondência com o art. 30 da Lei do RDC. Em comentário a esse dispositivo, Marçal Justen Filho afirma que "A pré-qualificação é um ato administrativo declaratório do preenchimento de requisitos determinados de qualificação técnica por um sujeito (pré-qualificação subjetiva) ou do atributo mínimo de qualidade por um objeto (pré-qualificação objetiva), produzindo efeitos constitutivos relativamente a processos licitatórios ou contratações administrativas futuras".

Em sentido semelhante, outros doutrinadores apontam que se trata "de procedimento anterior à licitação destinado a identificar fornecedores habilitados e bens a serem fornecidos à Administração (...) Constitui, portanto, uma providência prévia a ser decidida *ad hoc*, aplicada, seletivamente, a casos específicos".<sup>18</sup>

Conforme dispõe o §1º, o primeiro quesito a ser verificado é o de que o procedimento deverá ser público. Deverão ser divulgadas as condições que envolvem o procedimento da pré-qualificação. Em observância ao

<sup>17</sup> GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais** – Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016 – Lei das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 223.

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal (organizador). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017. p. 354.

Princípio da Publicidade, estarão maculados de vícios os procedimentos que não observarem a devida publicidade e disponibilidade das informações que não poderão sofrer restrições de conhecimento e acesso público. Conforme previsto pelo já mencionado art. 39, há exigência de que o procedimento seja divulgado em *site*/portal na *internet* e com a observância de correspondentes prazos mínimos.

Tal cadastro deverá, ainda, observar outro requisito exigido: estar aberto a inscrições de forma permanente (estando previstas no regulamento as condições de cadastramento) e dispensará a necessidade de avaliação dos requisitos de habilitação ou dos predicados de um objeto para uma licitação posterior e determinada. Isso permitirá "... uma atuação específica, destinada à análise dos requisitos pertinentes, sem a urgência inerente à existência de uma licitação".<sup>19</sup>

Portanto, instituída a pré-qualificação, sua disponibilidade deverá ser mantida para todo e qualquer interessado. Ou seja, permanecerá "aberta" a possibilidade de ingresso e inscrição de novos fornecedores ou bens, ampliando esse universo de pré-qualificados.

Nesse contexto, existiria alguma situação que pudesse refletir impedimento à pré-qualificação do particular? Em comentários à lei do RDC (grandemente reproduzida pela Lei 13.303), JUSTEN FILHO esclarece essa questão:

A pré-qualificação não poderá ser deferida quando existir um impedimento jurídico. Tal se passará nos casos em que houver vedação à participação do sujeito em licitação ou à sua contratação ou nos casos em que o produto já tiver sido anteriormente reprovado. Por exemplo, suponha-se que exista impedimento à participação do sujeito em licitações em decorrência de imposição de sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração. Outra hipótese envolve a prévia denegação do pleito do interessado em obter a pré-qualificação. Não cabe ao sujeito a pura e simples renovação do pleito já indeferido, se não comprovar a existência de fatos que justifiquem a alteração do entendimento anteriormente adotado pela Administração.<sup>20</sup>

O § 2º do art. 64 trata da pré-qualificação para participação exclusiva de determinados bens ou fornecedores, procedimento este que visa acelerar a condução e conclusão da licitação e, também, abreviar os trabalhos das Comissões de Licitação.

Ao contrário da Lei 8.666/93 (vinculada a uma licitação específica),

---

<sup>19</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**. Dialética: São Paulo, 2013. p. 506.

<sup>20</sup>Idem. p. 513-514.

a pré-qualificação prevista pela Lei 13.303/16 pode ser utilizada para uma pluralidade de licitações. O §2º permite que EPs/SEMs realizem licitações restritas aos pré-qualificados, conforme as condições disciplinadas em regulamento. Sobre o tema, referindo-se também à lei do RDC (reproduzida pela Lei das Estatais) vejamos as orientações de Benjamin ZYMLER e Laureano Canabarro DIOS: “Trata-se aqui de uma espécie peculiar de pré-qualificação que se assemelha àquela homônima da Lei nº 8.666/1993, pois o instituto servirá como antecipação da fase de habilitação técnica dos licitantes. A diferença é que no Regime Diferenciado a pré-qualificação pode se referir a várias licitações e não a uma específica”.<sup>21</sup>

Tal restrição se mostra válida diante de situações nas quais o objeto licitado assim o exija em sua complexidade. Outra situação conveniente será evitar a participação de interessados que possuam idoneidade contestável. Para ZYMLER e DIOS, tal restrição só se ajusta aos casos de pré-qualificação subjetiva.<sup>22</sup>

Trata-se, portanto, de uma situação excepcional, analisada conforme a necessidade de diferenciação do caso concreto, devidamente justificada e que não traga restrição indevida à participação de interessados no certame. Lembre-se que a regra geral é pela pluralidade de licitações.

Segundo o §3º, do art. 64, a pré-qualificação poderá se realizar de forma genérica ou direcionada. Será geral e genérica quando destinar-se a qualquer licitação e contratação posterior. E será direcionada a grupos ou segmentos do mercado quando, a critério da Estatal, destinar-se à licitação/ contratação de objeto específico conforme a especialidade do mercado e seus fornecedores.

Esta situação trata de circunstâncias que refletem benefícios para a Administração, considerando quesitos de qualidade e preço. GUIMARÃES e SANTOS comentam que é necessária “a identificação precisa do padrão de consumo da estatal para verificar quais os produtos e bens são consumidos ordinária e rotineiramente, e a que categoria de atividade econômica ou segmento de mercado pertencem. Aferidos produtos e segmentos de atividade econômica elencados como prioritários, podem ser segregados para específico e independente processo de pré-qualificação”.<sup>23</sup>

Já a previsão dada pelo §4º diz que a pré-qualificação poderá ser total

<sup>21</sup>ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 200.

<sup>22</sup>Idem. p. 203.

<sup>23</sup>GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Op. cit., p. 225.

ou parcial. Será total quando o procedimento abarcar todos os requisitos e exigências de habilitação (ou qualidade do bem) referentes ao objeto de julgamento da futura licitação; e será parcial quando na futura licitação existirem exigências complementares/adicionais àquelas previstas no processo de pré-qualificação prévio.

Sobre a validade da pré-qualificação, o §5º do dispositivo determina que a pré-qualificação permanente terá validade máxima de 1 ano, podendo ser atualizada a qualquer tempo. Decorrido tal prazo de validade, a pré-qualificação estará extinta. O objetivo dessa limitação temporal é evitar riscos para licitações futuras de que sejam consideradas informações já defasadas e/ou incoerentes com a realidade. A possibilidade de atualização da pré-qualificação incentiva os licitantes potenciais a manterem suas condições de contratação, e permite à Administração rever as condições estabelecidas a qualquer tempo.

Na pré-qualificação aberta de produtos, poderá ser exigida comprovação de qualidade mínima dos mesmos. Esta é a previsão do §6º do dispositivo em comento, o qual estabelece regra pertinente à pré-qualificação objetiva e relaciona-se às especificações dispostas no art. 47 da mesma norma. Junto à doutrina de POMBO, também com citação de Rafael Wallbach SCHWIND e Guilherme F. Dias REISDORFER, encontramos:

O dispositivo tem relação com o art. 47, que trata das normas específicas das aquisições de bens. O inc. III prevê que é cabível solicitar a comprovação da certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação, “inclusive sob o aspecto ambiental, por instituição previamente credenciada”.

Por outro lado, o parágrafo único possibilita a exigência de adequação do produto às normas da ABNT ou a certificação de qualidade por instituição credenciada pelo Sinmetro.

Como observam Rafael Wallbach Schwind e Guilherme F. Dias Reisdorfer a propósito da disciplina do RDC, “com a exigência de certificações de qualidade, a Administração inegavelmente aproveita o conhecimento detido pelo órgão certificador, normalmente mais abrangente, técnico e especializado do que aquele detido pela própria Administração. Com isso, permite-se maior agilidade nos procedimentos de seleção e contratação, dispensando-se o contratante de fazer uma análise mais aprofundada das condições técnicas do proponente”.<sup>24</sup>

Importante destacar que “a exigência de certificação há de ser, como dito, relevante para aferir minimamente a qualidade do produto ou do processo de fabricação, sob pena de se afigurar uma cláusula excessivamente restritiva do universo de ofertantes. Logo, é imperiosa uma adequada e suficien-

---

<sup>24</sup>JUSTEN FILHO, Marçal (organizador). **Estatuto Jurídico** ...Op. cit., p. 363-364.

te motivação a justificar tecnicamente o requisito”.<sup>25</sup>

Sobre o último §7º pertencente ao dispositivo, este observa o devido respeito e observância do citado Princípio da Publicidade, pelo qual as informações contidas na pré-qualificação devem receber ampla publicidade. Observando a regra do art. 39 da norma, tais publicações necessárias ocorrem de duas formas: são publicadas as convocações e atos intrínsecos ao procedimento; e são publicados o resultado e o rol permanente de fornecedores/ produtos pré-qualificados.

Através desta regra há impedimento de que as informações sobre os bens e fornecedores detentores da pré-qualificação firmada sejam sigilosas ou escondidas do público, algo que permite a fiscalização e controle tanto de interessados em fazer parte da pré-qualificação quanto quaisquer terceiros.

Em manifestação referente à Lei 8.666/93, o TCU, contudo, apontou a existência de certo risco derivado dessa divulgação prévia, vejamos:

REPRESENTAÇÃO. EDITAL DE PRÉ-QUALIFICAÇÃO PARA CONSTRUÇÃO DE PRÉDIOS EM UNIVERSIDADE. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA PRÉ-QUALIFICAÇÃO. EXIGÊNCIAS DE ATESTADOS TÉCNICOS QUE EXTRAPOLAM OS LIMITES USUALMENTE ACEITOS PELA DOUTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA. PREVISÃO DE REGIME DE EXECUÇÃO CONTRATUAL INADEQUADO. EXISTÊNCIA DE SIGNIFICATIVO UNIVERSO DE COMPETIDORES PRÉ-QUALIFICADOS. AUSÊNCIA DE COMPROMETIMENTO DOS RESULTADOS. REVOGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. PROSSEGUIMENTO DO CERTAME MEDIANTE REALIZAÇÃO DE AJUSTES. DETERMINAÇÕES.

(...)

A. Uso de pré-qualificação

Alegações

25. Inicialmente afirma a Unifesp que não houve extrapolação dos limites estabelecidos no art. 114 da Lei 8.666/93, que a contratação foi devidamente planejada, com elaboração de “mapa de análise de riscos” e que a pré-qualificação permitiria a aferição detalhada das capacidades requeridas dos licitantes.

26. No que tange ao risco de conluio, supostamente associado ao procedimento da pré-qualificação, a Unifesp busca refutar tal hipótese tomando como referência os resultados das fiscalizações empreendidas pelo TCU no âmbito do Fiscombras 2015 e anteriores, indicando a reduzida incidência de irregularidades relacionadas a empreendimentos que adotaram pré-qualificação, no cômputo geral das irregularidades constatadas pelas fiscalizações do Tribunal. Conclui a respondente: Em rápida revisão a relatórios referentes a exercícios anteriores o cenário é o mesmo, ou seja, menos de 1% do total de obras relatadas com indícios de irregularidades pelo TCU são decorrentes de contratações precedidas de fase de Pré-qualificação (peça 57, p. 2).

Análise

<sup>25</sup>MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 464.

27. O fato de haver um planejamento detalhado e a elaboração de um mapa de riscos (peça 15, p. 4) não afasta, de antemão, os riscos associados à adoção da pré-qualificação.

28. Em suma, o conhecimento prévio do universo de licitantes, em fase anterior à de elaboração das propostas, aumenta o risco de ocorrência de duas hipóteses prejudiciais à competitividade do certame e, conseqüentemente, à obtenção de proposta mais vantajosa. A primeira hipótese é a de conluio entre as empresas habilitadas, conforme já salientado no despacho da Ministra Relatora (peça 23, p. 2-3), a segunda é que, conhecendo os concorrentes, o empenho para a elaboração da proposta de valor mais baixo seja limitado, comparativamente com a hipótese em que a elaboração da proposta se dá em um contexto de incerteza em relação aos concorrentes.

29. Vale destacar que esta análise se dá sob a ótica do risco. Não se pode afirmar, a partir dos elementos existentes nos autos, que tenha ocorrido conluio ou que as empresas concorrentes estejam adotando posturas menos arrojadas na elaboração de suas propostas, no entanto, o aumento do risco relacionado à adoção da pré-qualificação, por si só, exige que a Administração, ao utilizar tal estratégia, apresente as devidas justificativas, aptas a demonstrar que os benefícios da escolha são suficientes para compensar o incremento dos riscos.

30. Os argumentos analisados até o momento, inclusive aqueles elencados nas manifestações anteriores da Unifesp, não foram suficientes para demonstrar a adequação da estratégia adotada. Além disso, o mapa de riscos apresentado pela Unifesp não faz qualquer menção ao procedimento de pré-qualificação e, portanto, a menção a esse mapa não contribui para a defesa da utilização deste instrumento no presente caso.

31. Quanto à análise empreendida em relação aos achados de auditoria registrados no âmbito do Fiscobras, o fato de haver poucos achados de auditoria associados a empreendimentos que utilizaram a pré-qualificação decorre exatamente de ser pouco usual o emprego dessa alternativa nas obras contratadas no âmbito da Administração Pública Federal, especialmente no caso de edificações educacionais.

32. Além disso, a seleção das obras fiscalizadas anualmente pelo TCU obedece a critérios variados de materialidade, relevância e risco. Assim, o conjunto de obras fiscalizadas não é representativo estatisticamente a ponto de permitir a extração de conclusões genéricas sobre o comportamento de uma variável específica e, como já dito, pouco usual da licitação que ora analisamos. Em suma, do fato de, eventualmente, haver poucos achados de auditoria relacionados ao procedimento de pré-qualificação no Fiscobras, não decorre que essa ferramenta seja mais adequada ou que os riscos a ela associados sejam menores.

(...)

35. Invocando a jurisprudência do TCU, faz referência ao Acórdão 1.232/2013-TCU-Plenário, que se baseou no entendimento de que a ausência de complexidade do objeto a ser licitado, por si só, não afasta o cabimento da pré-qualificação de licitantes, prevista no art. 114 da Lei 8.666/1993, sendo admitida a realização da pré-qualificação em razão de peculiaridades do objeto que justifiquem a opção do gestor pela sua adoção.

36. Afirma, por fim, que “a lei não exige análise de complexidade ou peculiaridade, ou outra qualquer (...), apenas infere que, sempre que a Administração julgar recomendável análise mais detida da qualificação técnica, a licitação será precedida de pré-qualificação” (peça 57, p. 4 – grifos no original). E acrescenta que atuou dentro de sua esfera de discricionariedade, optando pelo modelo con-



siderado mais adequado a partir do conjunto de variáveis que condicionavam o caso concreto.

Análise

37. A descrição geral das edificações, dos ambientes previstos e das necessidades que visam atender, não configura, por si só, justificativa suficiente para a adoção da pré-qualificação. Como já explicitado nas análises anteriores, a pré-qualificação deve estar associada, nos termos do art. 114 da Lei 8.666/1993, a características do objeto que recomendem “análise mais detida da qualificação técnica dos interessados”.<sup>26</sup>

Por fim, quanto à pré-qualificação prevista pela Lei 13.303/16, tratando-se de uma decisão administrativa (formalizada com edição de ato específico, por exemplo, certidão ou certificado de pré-qualificação), cujo conteúdo interfere ou ocasiona reflexos no interesse de terceiros, lembre-se que tal ato administrativo, por certo, poderá ser objeto de questionamento, impugnação ou recurso por meio do processo legal devido, respeitando-se as garantias do contraditório e da ampla defesa.

## REFERÊNCIAS

CALASANS JUNIOR, José. As omissões e retrocessos da lei de licitações das estatais, 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI254982,81042-As+omissoes+e+retrocessos+da+lei+de+licitacoes+das+estatais>>. Acesso em: 11/06/17.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais** – Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016 – Lei das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal (organizador). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. A pré-qualificação como procedimento auxiliar das licitações no RDC (Lei 12.462/2011). Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 56, outubro de 2011. p. 5.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

---

<sup>26</sup>TCU. Acórdão 711/16. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministra Ana Araes. Data da Sessão 30/03/16.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao RDC**. Dialética: São Paulo, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. **Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

# **As sanções administrativas aplicáveis à Lei das Estatais**

**VIVIANE DUARTE CRISTO<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup>Advogada. Membro da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Administração Pública da OAB-PR. Mestranda do Programa de Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Especialista em Administração Pública pela UNIBRASIL. E-mail: [viviane@duartecristo.com.br](mailto:viviane@duartecristo.com.br).

## 1. INTRODUÇÃO

A análise de dispositivos da Lei das Estatais (Lei nº 13.303/16) trata de assunto extremamente relevante, em especial pela instituição do Estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista, dando cumprimento ao dispositivo constitucional do § 1º do art. 173. Referida Lei também foi recentemente regulamentada pelo Decreto nº 8.945/16. Tais inovações não passaram despercebidas pela atuante Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Paraná que oportunamente organizou esta coletânea com a colaboração de seus membros.

Dentre as inovações, com vistas ao melhoramento das rotinas e modernização da atuação da empresas estatais, com forte viés ético, encontram-se modificações nos procedimentos licitatórios, combinando técnicas já utilizadas no Pregão (Lei nº 10.520/02) e no RDC (Contratação Pública Diferenciada - Lei nº 12.462/11), inclusão de regras de governança e transparência, e a especificação da função social das estatais com vistas à realização do interesse coletivo.

O recorte metodológico se dá em relação às sanções administrativas previstas na nova legislação (art. 82 a 84), aplicáveis aos infratores dos contratos administrativos firmados entre as sociedades de economia mista e empresas públicas com o setor privado. Neste contexto, às estatais deixam de ser aplicadas as normas gerais da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), que passam a ser regidas pela nova legislação específica, ressaltando-se a disposição de que a sua vigência se dará em 24 (vinte e quatro) meses, prazo previsto para adaptação das entidades.

A metodologia utilizada é de pesquisa bibliográfica, através de livros e artigos já publicados, estes últimos com mais ênfase em função da novidade do tema.

A investigação que se estabelece neste trabalho busca identificar as modificações nas sanções administrativas aplicáveis aos contratos firmados pelas estatais, em comparação com o que é previsto na Lei de Licitações, e em que medida impactam a Administração e os administrados.

## 2. O § 1º DO ART. 173 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O ESTATUTO JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

O caput do art. 173<sup>2</sup> da Constituição Federal (CRF) trata da exploração direta da atividade econômica pelo Estado com vistas a atender aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, e ainda em casos expressos no texto constitucional.

O § 1º do referido artigo estabelece que através de Lei será implementado estatuto jurídico da empresa pública e sociedade de economia mista e subsidiárias que explorem atividade econômica<sup>3</sup>, e dentre as diretrizes serão estabelecidas regras próprias de licitações e contratos (inciso III).

Trata-se de previsão de regime especial às estatais que explorem atividade econômica, com vistas a manterem-se competitivas no mercado.

Todavia, a Lei nº 13.303/16, chamada comumente como Lei das Estatais, foi editada com uma missão maior, ao englobar todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, mesmo aquelas que não exploram atividades econômicas e prestam serviços públicos, não participando, portanto, do mercado concorrencial.

Niebuhr critica tal situação, explicitando que:

A justificativa que se costuma ser dada para o regime próprio de licitações e contratos destinado às que exploram atividade econômica não se aplicam às pres-

---

<sup>2</sup>Art. 173. 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.

§ 1º 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

<sup>3</sup>Maria Sylvia Di Pietro é esclarecedora sobre o tema: «Ocorre que a atuação do Estado não se limita aos serviços públicos; ele às vezes sai da órbita de ação que lhe é própria e vai atuar no âmbito de atividade reservada essencialmente à iniciativa privada; trata-se de atividade de intervenção, que compreende, além da regulamentação e fiscalização da atividade econômica de natureza privada (intervenção indireta), também a atuação direta no domínio econômico, o que se dá por meio de empresas estatais (intervenção direta).» (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 489).

tadoras de serviços públicos. No entanto, o legislativo deu de ombros. Por certo, não viu sentido em prescrever regras apenas para as que exploram atividade econômica, excluindo as prestadoras de serviços públicos. Sob esse quadro, na minha percepção, não há justificativa lógica para prever regime especial de licitações e contratos para as estatais<sup>4</sup>.

O autor indica ainda que “*se a normas da lei n. 13.303/2016 são melhores, mais flexíveis e não contrariam o regime jurídico administrativo, não há razão para não estendê-las à Administração Pública em geral.*”<sup>5</sup> Com isso a legislação aplicável à Administração Pública ao invés de buscar uma unificação normativa, torna-se cada vez mais fracionada, dificultando a vida do operador do direito, do administrador público e do administrado.

A Lei de Licitações e contratos administrativos encontra-se em vigência há mais de 23 anos, carecendo há muito tempo de atualização. Com este intuito, tramita Projeto de Lei (PLS 550/2013), recentemente aprovado pelo Senado<sup>6</sup>, que segue para a Câmara dos Deputados.

A opção legislativa foi priorizar o Estatuto das Estatais, muito embora o prazo de até 24 meses para início da implantação não traga seus efeitos de imediato, cabendo à doutrina a análise de suas peculiaridades.

### 3. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NA LEI DAS ESTATAIS E DIFERENÇA COM A LEI DE LICITAÇÕES

Para Daniel Ferreira a sanção administrativa é “A direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício de função administrativa, em virtude de comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo.”<sup>7</sup>

Os artigos 82 a 84 da Lei das Estatais tratam das sanções administrativas aplicáveis aos contratos firmados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

Há penalidade de multa prevista no art. 82 em razão de atraso in-

---

<sup>4</sup>NIEBUHR, Joel de Menezes. Aspectos destacados no novo regime de licitações e contratações das estatais. **Direito do Estado**, ano 2016, n. 209, jul.2016. p. 02. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>>. Acesso em 22 dez. 2016.

<sup>5</sup>Ibid., p. 03.

<sup>6</sup>Agência Senado. **Senado aprova projeto que altera a Lei de Licitações**. <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/13/senado-aprova-projeto-que-a-altera-a-lei-de-licitacoes>>. Acesso em 10 jan. 2017.

<sup>7</sup>FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros: 2001. p.188.

justificado na execução do contrato com a estatal, a ser incluída no próprio contrato ou no instrumento convocatório, sendo ainda cabível a rescisão contratual (§ 1º).

Em respeito às garantias constitucionais de ampla defesa e contraditório, corolários do Estado Democrático de Direito, o próprio dispositivo legal estabelece, em seu parágrafo 3º, que a multa apenas será aplicada após regular processo administrativo, e sendo cabível, será objeto de desconto da garantia<sup>8</sup>, se houver<sup>9</sup>.

Além da vantagem para a Administração em descontar o valor da multa da garantia existente, ainda poderá compensar com os recursos devidos à contratada, com o saldo remanescente objeto de cobrança judicial (§ 2º), o que já era previsto na Lei de Licitações.

Diante da inexecução total ou parcial do contrato administrativo são aplicáveis pelo novo Estatuto (art. 83) as penalidades de advertência, multa, suspensão temporária de participar em licitação e impedimento em contratar com a entidade sancionadora, pelo prazo de até 2 (dois) anos.

Neste ponto é que a Lei das Estatais diverge da Lei de Licitações, isso porque o novo diploma não previu a penalidade de declaração de inidoneidade, estabelecida, todavia, no art. 87<sup>10</sup>, inciso IV da Lei nº 8.666/93. Sobre este aspecto será abordado em item próprio a questão da aplicabilidade imediata ou não deste novo regramento.

A Lei das Estatais também garante o direito de defesa (defesa prévia) nas hipóteses de cabimento de sanção de advertência ou de suspensão temporária de participar em licitação e impedimento em contratar, cujo prazo é de 10 dias.

Em seu artigo 84, a Lei nº 13.303/16 repete disposição do art. 88 da Lei de licitações em que estabelece a possibilidade de aplicação das sanções

---

<sup>8</sup>Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei: [...]

V - as garantias oferecidas para assegurar a plena execução do objeto contratual, quando exigidas, observado o disposto no art. 68;

<sup>9</sup>Art. 70. **Poderá** ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. (grifo nosso)

<sup>10</sup>Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - **declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.** (grifo nosso).

de suspensão e de impedimento de contratar, pelo prazo de até 2 anos, em relação àqueles que:

- “I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;
- II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;
- III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a empresa pública ou a sociedade de economia mista em virtude de atos ilícitos praticados.”

Ao contrário das penalidades penais decorrentes de procedimentos licitatórios, as sanções administrativas não são tipificadas pela Lei de Licitações, pela nova Lei das Estatais, nem mesmo pelo seu Decreto Regulamentador. A falta de especificação dos ilícitos e suas correspondentes penalidades dão margem a distorções e grande discricionariedade à Administração Pública, que sempre deve ser limitada pela supremacia do interesse público e pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

As empresas públicas e sociedades de economia mista, por exigência da nova Lei (art. 40<sup>11</sup>), terão que editar Regulamento de licitações e contratos, e entre outras regras devem dispor sobre a aplicação de penalidades. Eis a oportunidade<sup>12</sup> de resolver esta lacuna com a tipificação ou pelo menos com a indicação das principais hipóteses de atos ilícitos ou irregularidades e suas respectivas sanções, com a possibilidade de redução de processo judiciais questionando a penalidade aplicada.

NIEBUHR<sup>13</sup> faz referência à possibilidade de avanço através do regulamento das Estatais, sem contudo contrariar os ditames da lei, ao “conferir

---

<sup>11</sup>Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a:

- I - glossário de expressões técnicas;
- II - cadastro de fornecedores;
- III - minutas-padrão de editais e contratos;
- IV - procedimentos de licitação e contratação direta;
- V - tramitação de recursos;
- VI - formalização de contratos;
- VII - gestão e fiscalização de contratos;
- VIII - aplicação de penalidades;**
- IX - recebimento do objeto do contrato.” Grifo nosso.

<sup>12</sup>Sobre a oportunidade de melhorar o procedimento através do regulamento: “No Brasil, sem querer generalizar, há o péssimo hábito de produzir regulamentos que se limitam a repetir o que já está prescrito nas leis que lhe são objetos. Tais regulamentos são, naquilo que repetem as leis, imprestáveis, não se antevê qualquer serventia em prescrever o que já está prescrito. Os regulamentos devem avançar, porém também não podem inovar a ordem jurídica e, muito menos, contrariar as disposições legais, sob pena de violação ao princípio da legalidade (inciso II do artigo 5º e *caput* do artigo 37 da Constituição Federal). Daí que, por um prisma, não devem apenas repetir a Lei e, por outro, não podem contrariá-la nem inovar a ordem jurídica.” (NIEBUHR, 2016. p. 02).

<sup>13</sup>Ibid.



norte mais seguro aos colaboradores das estatais, para que eles se sintam e consigam assimilar as novidades da Lei nº 13.303/2016.”

#### 4. LEI DAS ESTATAIS X LEI DE LICITAÇÕES (SANÇÕES ADMINISTRATIVAS)

A Lei das Estatais tem caráter especial no que concerne à Lei nº 8.666/93 que estabelece as normas gerais para as licitações e contratos administrativos. Com isso verifica-se que:

O choque entre regras jurídicas resolve-se pela **revogação** total ou parcial de uma regra pela outra, o que se efetiva conforme princípios hermenêuticos vários, tais como: *lex posterior derogat legi priori* (a lei posterior derroga a lei anterior), *lex specialis derogat legi generali* (a lei especial derroga a lei geral) e outros.<sup>14</sup>

Portanto as regras relativas às licitações e contratos para as empresas estatais passam a ser ditadas pela Lei nº 13.303/16, em razão de seu caráter especial. Neste contexto, as sanções cabíveis em razão dos contratos firmados pelas empresas públicas ou sociedades de economia mista também se darão nos limites da Lei das Estatais.

Como já referido anteriormente, a diferença existente entre a Lei de Licitações e das Estatais quanto às sanções administrativas, se dá em relação à penalidade de declaração de inidoneidade, que não é prevista na Lei das Estatais.

A pena do novo regramento se restringe à suspensão temporária de participar em licitação<sup>15</sup> e impedimento em contratar com a entidade que aplicou a sanção, de abrangência e gravidade menores que a inidoneidade.

No que concerne à lei de Licitações **há certa divergência doutrinária em relação ao alcance da suspensão do direito de licitar e a declaração de inidoneidade, se tais restrições se dariam apenas no âmbito da entidade sancionadora ou se atingiriam toda a Administração Pública indistintamente.**

<sup>14</sup>BARROS, Sérgio Resende de. **Atualidade hermenêutica**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/atualidade-hermeneutica.cont>>. Acesso em: 06 jan. 2012.

<sup>15</sup>Sobre a suspensão temporária de participação em licitação, JOAQUIM e REIS comentam que “[...] quando aplicada, o particular ficará proibido de participar de licitações e contratações futuras pelo prazo de até dois anos. Esta é considerada sanção de alta gravidade, e, portanto, implica a prática de infração proporcionalmente séria.” (JOAQUIM, Juliana Thomas; REIS, Luciano Elias. **Sanções administrativas nas licitações: uma análise e um paralelo entre as leis 8.666/93, 10.520/02 e 12.462/11. Negócios Públicos**. abril 2015. p. 57.)

Para Marçal Justen Filho tanto a suspensão do direito de licitar como a declaração de inidoneidade abrangem toda a Administração Pública:

[...] não haveria sentido em circunscrever os efeitos da suspensão de participação de licitação a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar suspenso.<sup>16</sup>

Neste aspecto, a Lei das Estatais parece colocar fim à celeuma, ao dispor claramente que tanto a suspensão temporária quanto o impedimento de contratar se dão nos estritos limites da Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista sancionadora, não abrangendo outros entes da Administração Pública.

Portanto, a declaração de inidoneidade prevista na Lei nº 8.666/93, pelo menos após passado o período da *vacatio legis* de 24 meses<sup>17</sup>, não é aplicável em relação às Estatais, conforme disciplina da Lei nº 13.303/16. Tão somente caberá a aplicação de tal penalidade nos contratos firmados por empresas públicas e sociedades de economia mista quando realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), no âmbito da análise dos procedimentos licitatórios sob sua competência, em caso de comprovada fraude (art. 46 Lei nº 8.443/92)<sup>18</sup>.

Verifica-se que a nova legislação é mais branda que a Lei de Licitações ao excluir do rol de sanções a declaração de inidoneidade, uma opção legislativa que parece contrariar a tendência moralizadora atual de diversos diplomas legais incluindo a Lei das Estatais, assim como as regras previstas na Lei anticorrupção (Lei nº 12.846/13) com a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas, ao lado da implantação de programas de compliance<sup>19</sup>, com vistas à prevenção de atos ilícitos.

<sup>16</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo. Dialética. 2008. 12ª edição. p. 822

<sup>17</sup>Tal situação é discutível e será abordada em item próprio neste artigo.

<sup>18</sup>PEREIRA, Cesar A. Guimarães. A supressão da declaração de inidoneidade na lei das empresas estatais: retroatividade da norma sancionatória mais benéfica. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 114, agosto de 2016, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 27/12/2016, p. 02.

<sup>19</sup>"O compliance constitui a base para o estabelecimento de uma cultura ética na empresa, cultura esta imprescindível à prevenção e redução de fraudes, que representam perdas financeiras para as organizações. Com efeito uma organização que seja ética e que faça a difusão de uma cultura pautada na ética, por meio de um programa de compliance, tem menos problemas com fraudes." COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010, p. 06.

## 5. DIREITO DE APLICAÇÃO DA PENA MENOS GRAVOSA E RETROATIVIDADE DA MAIS BENÉFICA

A Lei nº 13.303/16 previu período de vacância para adequação das Estatais às novas regras (art. 91)<sup>20</sup>. O parágrafo 3º do referido artigo especificou que os procedimentos licitatórios e os contratos celebrados até vencido o prazo de vinte quatro meses, que se dará em junho de 2018, manter-se-ão regidos pela Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93).

Todavia, a vigência da Lei se deu na data de sua publicação (art. 97), e o contratado ou licitante tem o direito de lhe ser aplicada pena menos gravosa. A inobservância de norma posta pode inclusive implicar em lesão ao princípio da legalidade.

Inclusive, o Decreto nº 8.945/2016 (publicado em 28 de dezembro de 2016) que regulamenta a Lei das Estatais, em seu artigo 71 especifica a autoaplicação do regime licitatório desta nova Lei, com algumas exceções contidas nos seus incisos, sem qualquer menção às penalidades:

Art. 71. O regime de licitação e contratação da Lei nº 13.303, de 2016, é autoaplicável, exceto quanto a:

I - procedimentos auxiliares das licitações, de que tratam os art. 63 a art. 67 da Lei nº 13.303, de 2016;

II - procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos, de que trata o § 4º do art. 31 da Lei nº 13.303, de 2016;

III - etapa de lances exclusivamente eletrônica, de que trata o § 4º do art. 32 da Lei nº 13.303, de 2016;

IV - preparação das licitações com matriz de riscos, de que trata o inciso X do caput do art. 42 da Lei nº 13.303, de 2016;

V - observância da política de transações com partes relacionadas, a ser elaborada, de que trata o inciso V do caput do art. 32 da Lei nº 13.303, de 2016; e

VI - disponibilização na internet do conteúdo informacional requerido nos art. 32, § 3º, art. 39, art. 40 e art. 48 da Lei nº 13.303, de 2016.

§ 1º A empresa estatal deverá editar regulamento interno de licitações e contratos até o dia 30 de junho de 2018, que deverá dispor sobre o estabelecido nos incisos do caput, os níveis de alçada decisória e a tomada de decisão, preferencialmente de forma colegiada, e ser aprovado pelo Conselho de Administração da empresa, se houver, ou pela assembleia geral.

§ 2º É permitida a utilização da legislação anterior para os procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até a edição do regulamento interno referido no § 1º ou até o dia 30 de junho de 2018, o que ocorrer primeiro.

<sup>20</sup>Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.  
§ 3º Permanecem regidos pela legislação anterior procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no caput.

O artigo citado esclarece sobre a possibilidade da Estatal iniciar a utilização do novo Estatuto no que se refere às licitações mesmo antes do prazo de 24 meses, obedecendo apenas a edição de regulamento interno com as devidas adequações. Com isso, além do contrassenso, seria possível alegar prejuízo ao princípio da isonomia para a aplicação da penalidade de inidoneidade, uma vez que seria inadmissível aplicar-se a nova regra em algumas estatais, já com o regulamento, e em outras não.

PEREIRA vai além<sup>21</sup>, entendendo que a norma sancionatória mais benéfica deve ainda retroagir, cabendo “a supressão da declaração de inidoneidade para o fim de exigir processos administrativos pendentes ou mesmo para revisão de medidas de inidoneidade já aplicadas mas ainda em vigor”. Para embasar seu posicionamento o autor cita jurisprudência<sup>22</sup> da Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Paraná, no julgamento de Ação declaratória de nulidade, em que uma penalidade de trânsito foi reclassificada por norma posterior (Resolução do CONTRAN), passando de grave para leve ao considerar a retroatividade na norma mais benéfica no âmbito administrativo<sup>23</sup>.

Daniel FERREIRA aborda com propriedade sobre o tema da retroação da norma mais benéfica:

O princípio da legalidade assume, assim, dupla dimensão, sendo uma normativa e outra axiológica: a primeira expressiva da “tipicidade objetiva” (da conduta como pretendida em lei, e que se mostra mais elástica quando houver um especial e voluntário liame) e a segunda reveladora do “juízo de reprovabilidade” (da conduta: por certo mais rigoroso no caso de regime de sujeição especial espontâneo). É por conta da segunda dimensão que a reprovabilidade administrativa pode (e deve) ser afastada por norma superveniente, porque o princípio da retroação da lei mais benigna aproveita em favor do acusado.<sup>24</sup>

Não há motivos para a manutenção de penalidade mais gravosa se norma posterior e específica para tratar das sanções no âmbito das estatais se encontra em vigor. Há, em tese, direito subjetivo do infrator em requerer a exclusão de sua inscrição como inidônea, se imposta por Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista e ainda em transcurso.

---

<sup>21</sup>O autor, antes de explicitar sobre a retroatividade da norma mais benéfica explicita que “A despeito da vacatio legis, a norma do art. 83, III, já está em vigor. Aplica-se a qualquer nova empresa estatal que venha a ser constituída a partir da vigência da Lei 13.303. Ou seja, a partir da edição da lei, não é mais cabível que seja declarada a inidoneidade por fatos ocorridos no âmbito de uma empresa estatal. **A única sanção cabível é a suspensão do direito de licitar pela própria empresa estatal**”. Grifo nosso. (PEREIRA, 2016, p. 03).

<sup>22</sup>Processo nº 0066194-31.2014.8.16.0014 - Relatora Dra. Leticia Guimaraes - 1ª Turma Recursal do TJ-PR - julgamento 07/03/2016.

<sup>23</sup>PEREIRA, op. cit., p. 03-04.

<sup>24</sup>FERREIRA, 2012, p. 179.

## 6. CONCLUSÕES

A nova Lei das Estatais cria o Estatuto das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, com regras a serem implantadas em seus respectivos regimentos, além de instituir uma mudança efetiva da atividade destes Entes.

A regulamentação extrapolou a norma constitucional ao abranger todas as estatais, sem restringir-se àquelas exploradoras da atividade econômica especificadas no art. 173 § 1º da CRF.

Em relação às licitações e contratos, definiu novo regime, fragmentando ainda mais o regime jurídico administrativo.

Quanto às sanções administrativas, conforme artigos 82 a 84 da Lei, pelo atraso injustificado e por inexecução de contrato são previstas: multa; advertência; suspensão temporária de participar em licitação e impedimento em contratar com a entidade sancionadora, pelo prazo de até 2 (dois) anos.

A novidade se dá com a ausência de previsão de penalidade de declaração de inidoneidade, que não poderá ser aplicada em contratos relativos às Estatais, a não ser no âmbito de competência do Tribunal de Contas da União e pelos Tribunal de Contas Estaduais, se previsto em sua respectiva Lei Orgânica assim como ocorre com o Tribunal de Contas do Estado do Paraná<sup>25</sup>.

A aplicabilidade da Lei das Estatais decorrerá da edição de Regulamento de cada ente, mas como a exclusão da declaração de inidoneidade é mais benéfica ao administrado, deve ter aplicabilidade imediata. Ademais, o Decreto nº 8.945/2016 que regulamentou a Lei, dispõe em seu art. 71 que o regime de licitações e contratos da Lei é auto aplicável, à exceção de itens que não se relacionam às sanções.

Além da vigência imediata da norma menos gravosa, ainda cabe a retroatividade da norma mais benéfica, atingindo processos em andamento ou mesmo de pena aplicada e ainda em curso quando cabe a extinção de declaração de inidoneidade fixada pela Estatal ao administrado.

Diante da inexistência de tipos específicos na Lei ou mesmo no Decreto, entende-se que o Regulamento Interno de Licitações e Contratos que as Estatais terão que realizar por força do art. 40 da lei das Estatais, poderá discriminar os tipos e suas penalidade respectivas, até porque referido artigo

---

<sup>25</sup>Na Lei Orgânica do TCE-PR está prevista a declaração de inidoneidade por fraude em licitação, pelo prazo de até 5 anos, no art. 97 (Lei Complementar Estadual nº 113/2005).

relaciona o tema “aplicação de penalidades” como matéria essencial em seu inciso VIII.

Trata-se de uma oportunidade de especificar os tipos administrativos e suas sanções respectivas, assim como ocorre na sessão “Dos Crimes e das Penas” na Lei de Licitações, em que claramente se estabelecem os tipos de ilicitude e as penas correspondentes, reduzindo a margem de discricionariedade do Administrador e as discussões judiciais a respeito.

## REFERÊNCIAS

**Agência Senado.** Senado aprova projeto que altera a Lei de Licitações. <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/13/senado-aprova-projeto-que-a-altera-a-lei-de-licitacoes>> **Acesso em 10 jan. 2017.**

BARROS, Sérgio Resende de. **Atualidade hermenêutica.** Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/atualidade-hermeneutica.cont>>. Acesso em: 06 jan. 2012.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 jun. 1993.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 jun. 2016.

CARTA CAPITAL. **O novo CPC exige mudança de postura da Fazenda Pública no reconhecimento do pedido.** 22 mar. 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/03/22/o-novo-cpc-exige-alteracao-de-postura-da-fazenda-publica-no-reconhecimento-do-pedido/>>.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações.** São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas.** São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, julho/dezembro de 2012.

JOAQUIM, Juliana Thomas; REIS, Luciano Elias. Sanções administrativas nas licitações: uma análise e um paralelo entre as leis 8.666/93, 10.520/02 e 12.462/11, **Negócios Públicos**, p. 52-63, abr 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Aspectos destacados no novo regime de licitações e contratações das estatais. **Direito do Estado**, ano 2016, n. 209, 08 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/aspectos-destacados-do-novo-regime-de-licitacoes-e-contratacoes-das-estatais>>. Acesso em 22 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Regulamento de licitações e contratos das estatais. **Direito do Estado**, ano 2016, n. 307, dez. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/regulamento-de-licitacoes-e-contratos-das-estatais>. Acesso em 22 dez. 2016.

NOHARA, Irene. Mudanças promovidas pela nova Lei das Estatais: pontos fortes e fracos. **Direito Administrativo por Irene Nohara**. 16. ago. 2016. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/mudancas-promovidas-pela-nova-lei-das-estatais/>> Acesso em 27 dez. 2016.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. A supressão da declaração de inidoneidade na lei das empresas estatais: retroatividade da norma sancionatória mais benéfica. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n.º 114, agosto de 2016, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 27/12/2016.

