



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A LICITAÇÃO PREVISTA NA LEI 13.303/2016 APLICÁVEL ÀS EMPRESAS
ESTATAIS QUE NÃO ATUAM EM REGIME DE CONCORRÊNCIA

Fernanda Gonçalves Cristovão

Rio de Janeiro
2018

FERNANDA GONÇALVES CRISTOVÃO

A LICITAÇÃO PREVISTA NA LEI 13.303/2016 APLICÁVEL ÀS EMPRESAS
ESTATAIS QUE NÃO ATUAM EM REGIME DE CONCORRÊNCIA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

A LICITAÇÃO PREVISTA NA LEI 13.303/2016 APLICÁVEL ÀS EMPRESAS ESTATAIS QUE NÃO ATUAM EM REGIME DE CONCORRÊNCIA

Fernanda Gonçalves Cristovão

Graduada pela Universidade Cândido Mendes – Centro. Advogada. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo – O objetivo precípua deste trabalho é a análise da nova Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016) quando determina sua aplicação às empresas públicas e sociedades de economia mista que não atuam em regime de concorrência, o que caracterizaria uma verdadeira violação ao princípio da livre concorrência, causando uma possível deformação no mercado. Busca-se ainda abordar os aspectos relevantes trazidos pela nova lei das estatais em detrimento da Lei nº 8.666/1993. Conclui-se por uma interpretação conforme a constituição para que o artigo 1º da Lei nº 13.303/2016 restrinja-se apenas às empresas estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito, pois somente elas se assemelham às empresas privadas, e merecem celeridade para competição em licitações públicas.

Palavras-chave – Direito Público. Direito Administrativo. Nova Lei das Empresas Estatais. Licitação. Regime de não concorrência. Prestação de Serviço Público.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsias quanto à aplicação da Lei nº 13.303/2016 às empresas estatais que não atuam em regime de concorrência. 2. Do risco da ocorrência de violação ao Princípio Licitatório. 3. As vantagens da licitação prevista na Lei nº 13.303/2016 em detrimento das regras previstas na Lei nº 8.666/90.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a aplicação da Lei nº 13.303/2016 às empresas estatais que não atuam em regime de concorrência. Procura-se demonstrar que o legislador foi completamente infeliz quando abrangeu a totalidade das empresas públicas e sociedades de economia mista no art. 1º da mencionada lei.

Ressalta-se que se trata de Lei nova causadora de algumas divergências doutrinárias, já tendo inclusive ensejado uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal a fim de discutir essa ampla abordagem promovida pelo legislador.

A Constituição Federal da República exigiu em seu artigo 37, XXI o procedimento licitatório para contratações realizadas pelas empresas estatais, já que estas se enquadram no conceito de administração pública indireta. A Lei nº 8666/93 regulamentou o processo de licitação e contratação da administração pública, na qual incluiu expressamente em seu artigo

1º, parágrafo único a aplicação às empresas públicas e sociedades de economia mista em seu rol.

Ocorre que a própria CRFB/1988 exigiu um estatuto jurídico específico para as empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica ou comercialização de bens ou de prestações de serviços. Portanto, houve a necessidade de um tratamento diferenciado das estatais que explorem atividade econômica.

Dessa forma, foi editada a Lei nº 13.303/2016, de 30 de junho de 2016, lei de caráter nacional, que estabeleceu o estatuto jurídico das empresas públicas e da sociedade de economia mista, prevendo inclusive o procedimento licitatório a ser aplicado às mesmas.

Ressalta-se, entretanto, que a mencionada lei em seu artigo 1º foi muito mais ampla do que se exigiu a CRFB/88 e abrangeu também as empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem atividade econômica sujeita ao regime de monopólio da União, ou seja, de prestação de serviços públicos.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar as diferenças existentes entre as empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestações de serviços em regime de concorrência e as que prestam serviços públicos em regime de monopólio.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando as repercussões que surgiram com a nova Lei nº 13.303/2016 e as controvérsias quanto à aplicação da mesma às empresas estatais que atuam em regime de monopólio. Questiona-se ainda se essa aplicação irá trazer um desequilíbrio no mercado.

No segundo capítulo será feita uma análise sobre a possibilidade de violação ao princípio licitatório, ou seja, possibilidade de ocorrência de fraude, tendo em vista que a Lei nº 13.303 deu uma margem de liberdade ao conselho de Administração das estatais sobre valores para dispensa de licitação.

O terceiro capítulo abordará as vantagens do procedimento licitatório prevista na Lei nº 13.303/2016 em detrimento das regras previstas na Lei nº 8.666/1993. E procura esclarecer também como deverão ser solucionados os pontos que deixaram de ser disciplinados pela nova lei.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é

necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. CONTROVÉRSIAS QUANTO À APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.303/2016 ÀS EMPRESAS ESTATAIS QUE NÃO ATUAM EM REGIME DE CONCORRÊNCIA

O estatuto jurídico das empresas estatais, finalmente, após 18 anos de espera foi elaborado com o objetivo de regulamentar o art. 173, §1º da CRFB/88¹. Assim, o advento da Lei nº 13.303/2016², lei de caráter nacional, estabeleceu regras sobre o regime societário, contratos, controle e licitação das empresas públicas e sociedades de economia mista.

No que tange à licitação, a nova Lei veio para atender o comando previsto no art. 37, XXI da CRFB/1988³, tendo em vista a exigência de realização de um processo licitatório para a contratação de obras, compras, alienações e serviços em geral pelas empresas estatais, já que estas compõe a administração pública indireta.

Nesse momento importante é a análise do regime jurídico das estatais, pois ostentam um regime jurídico diferenciado chamado híbrido, já que são classificadas doutrinariamente como pessoas jurídicas de direito privado a fim de possuírem uma maior liberdade e agilidade em sua atuação, se desprendendo da burocracia da administração pública tradicional, mas em contrapartida por determinação constitucional e dos órgãos de controle são obrigadas a aplicar normas de direito público – concurso público; controle pelos Tribunais de Conta; devem respeitar teto remuneratório quando dependentes de capital público; devem realizar a licitação para contratações.

A empresa pública é classificada como pessoa jurídica de direito privado integrante da administração indireta, criada por autorização legislativa, constituída sob qualquer forma jurídica e com capital exclusivamente público, e destina-se a atividades econômicas ou

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Planalto*, [2018c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2017.

² BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. *Planalto*, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2017.

³ "Art. 37, (...)XXI CRFB/88: 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." *Idem*, op. cit., nota 1.

prestação de serviços públicos. Já a sociedade de economia mista também é pessoa jurídica de direito privado integrante da administração pública indireta, criada por autorização legislativa, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujo capital é formado por bens e valores de particulares e por capital público, com controle acionário do estado, e prestam serviços públicos ou executam atividades econômicas.

Nesse contexto, observa-se que as estatais podem possuir dois objetos distintos: a exploração de atividade economia e a prestação de serviços públicos. E a grande divergência advinda com a nova Lei das estatais diz respeito ao seu primeiro artigo⁴ quando dispôs que o estatuto será aplicado a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, ou ainda que esteja sujeita ao regime de monopólio ou prestação de serviços públicos.

Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da 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.

A decepção com a nova regulamentação demonstra-se plausível, tendo em vista que a exigência da nossa Constituição Federal em seu art. 173, §1º⁵ foi a criação de um regulamento próprio para as estatais que atuam na exploração de atividade econômica a fim de possibilitar a competição com as empresas privadas. Ocorre que a lei abrangeu também as estatais que prestam serviços públicos em regime de monopólio, ou seja, aquelas que não atuam em regime de concorrência.

O objetivo previsto no art. 173, §1º, CRFB/1988⁶ quando exigiu um estatuto jurídico foi de um tratamento diferenciado em relação à licitação e contratos das empresas estatais que explorem atividades econômicas de forma a exigir um tratamento menos rígido, de modo que possuam uma maior flexibilidade gerencial. Assim, possibilitaria uma atuação livre na competição de mercado com as demais empresas privadas, ou seja, aplicariam normas de licitação própria.

Corroborando para o entendimento da necessidade de um regime exclusivo para as estatais em atuação de atividade econômica o disposto no parágrafo primeiro, inciso II do

⁴ Idem, op. cit., nota 2.

⁵ Art. 173, § 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: (...)”. Idem, op. cit., nota 1.

⁶ Idem, op. cit., nota 1.

mesmo artigo 173, da CRFB/88⁷, quando dispõe que essas estatais devem se sujeitar ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive no que diz respeito aos direitos civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Assim, excluem desse âmbito as estatais que prestam exclusivamente serviços públicos.

Nesse mesmo sentido, de distinção entre as estatais quanto ao seu objeto se encontram as decisões dos Tribunais Superiores quando reconhece a imunidade tributária para estatais de serviços públicos ou aquelas exploradoras de atividade econômica em regime de monopólio, bem como a decretação de impenhorabilidade de bens afetados à prestação dos serviços públicos que são necessários a continuidade da atividade.

Ao decidirem dessa forma, os tribunais estão aplicando regras de direito público somente às empresas públicas e sociedades de economia mista que atuam exclusivamente para a prestação de serviços públicos ou em regime de monopólio. Daí depreende-se que as estatais exploradoras de atividade econômicas devem ser equiparadas as empresas privadas quanto aos tributos, bens, como dispõe a Constituição Federal.

Assim, o legislador constituinte atento às peculiaridades que as entidades administrativas de direito privado possuem, entendeu que seu estatuto de licitações deveria ser diferente daquele aplicável ao restante da administração pública. Assim, deveria as estatais que atuam em regime não concorrencial continuarem se submetendo ao procedimento licitatório previsto na Lei nº 8.666/93⁸.

Nesse sentido, a Lei nº 13.303/2016⁹ previu em seu art. 2º que “a atividade econômica pelo estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e suas subsidiárias”. Tal afirmação corrobora o entendimento que a mencionada lei veio para regulamentar apenas as estatais que atuam em regime de concorrência, ou seja, as exploradoras de atividades econômicas.

Certo é afirmar que mesmo na prestação de serviços públicos pelas estatais é necessário que a Administração pública promova a concorrência na forma do art. 16 da Lei nº 8.987/1995¹⁰, entretanto por ser a prestação de serviços públicos de titularidade estatal não se

⁷ Idem, op. cit., nota 1.

⁸ Idem. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Planalto*, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁹ Idem, op. cit., nota 2.

¹⁰ “Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei.” Idem. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Planalto*, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm. Acesso em: 01 out. 2017.

submetem ao regime da livre concorrência como ocorre com as estatais exploradoras de serviços públicos.

Assim, não podemos desconsiderar a distinção realizada pela própria Constituição Federal quando inclui a exigência do estatuto das estatais dentro do capítulo I do Título VII, que trata dos princípios da atividade econômica. Verifica-se então, que a Lei nº 13.303/2016¹¹ extrapolou ao englobar as estatais que atuam na prestação de serviços públicos e no regime de monopólio.

Com a observância do contexto legislativo apresentado não parece razoável a fixação de normas homogêneas elaborada na Lei nº 13.303/2016¹² a fim de regular o processo licitatório das empresas estatais, sem considerar a atividade desenvolvida – serviço público ou exploração de atividade econômica. Necessário seria a observância do objeto prestada por cada uma a fim da aplicação do regulamento correto.

Caso a aplicação da Lei nº 13.303/2016¹³ se faça de forma ampla e sem observância do contexto legislativo – art. 173, §1º¹⁴ c/c art. 37, XXI CRFB/1988¹⁵ – poderá causar um desequilíbrio no mercado, tendo em vista que a estatal que não atua em regime concorrencial não poderia gozar, em relação ao setor privado, de vantagem comparativa, pois feriria o princípio da livre concorrência.

Ressalta-se que a Lei das estatais não foi tão inovadora como era esperado, entretanto adotou alguns procedimentos mais céleres e menos rígidos já tipificados na modalidade do pregão – Lei nº 10.520/2002¹⁶ -, tais como a inversão de fases de habilitação e julgamento, bem como alguns procedimentos retirados do regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – Lei nº 12.462/2011¹⁷.

Em suma, o legislador perdeu a oportunidade de elaborar um estatuto com regras novas e próprias para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, que em sua

¹¹ Idem, op. cit., nota 2.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Art. 173, §1º CRFB/88: a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, as sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (...).” Idem, op. cit., nota 1.

¹⁵ “Art. 37, XXI CRFB/88: 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.” Ibidem.

¹⁶ Idem. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Planalto, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 20 fev.2018.

¹⁷ Idem. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. Planalto, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm. Acesso em: 03 mar. 2018.

essência são diametralmente opostas às entidades estatais puras. A intenção da Constituição Federal era regular exclusivamente essas estatais.

Nesse sentido, já se manifestou Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal (Fenaee) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (Contraf/Cut) que propôs uma ação direta de inconstitucionalidade¹⁸ suscitando a inconstitucionalidade material do art. 1º da Lei nº 13.303/2016¹⁹.

Afirmam que a Lei teve um excesso em sua abrangência, quando alcançou a totalidade das empresas públicas e sociedades de economia mista da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios:

[...] empresas estatais que não explorem atividades econômicas não devem estar sujeitas a essa Lei, mas às regras aplicáveis aos entes da administração indireta, segundo suas próprias leis de criação, e normas gerais, como a Lei de Licitações, em atendimento, inclusive, ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual não se aplica o art. 173, § 1º às empresas estatais que prestam serviço público em regime de monopólio, mas apenas às empresas que exploram atividade econômica em sentido estrito, ou seja, com concorrência com o mercado.

Assim, é nítida a diferença das estatais prestadoras de serviços públicos das entidades exploradoras de atividade econômica. As primeiras possuem um regime jurídico diferenciado influenciado pelo direito público, tal como estabelece o art. 175 da CRFB²⁰, enquanto que nas segundas o regime de direito público é mitigado com a finalidade de evitar a concorrência desleal e não causar um desequilíbrio no mercado.

A solução requerida em sede de ADI e a mais razoável é a interpretação conforme a constituição da Lei nº 13.303/2016²¹, para que as suas normas sejam aplicadas somente às empresas estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito, vale dizer, que atuam em regime concorrencial, excluindo-se da sua incidência as estatais que atuam na prestação de serviços públicos e em regime de monopólio.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5624. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5624&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em 10 jan.2018.

¹⁹ “Art. 1º- Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da 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.” Idem, op. cit., nota 2.

²⁰ “Art. 175 CRFB/88 Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” Idem, op. cit., nota 1.

²¹ Idem, op. cit., nota 2.

2. DO RISCO DA OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO LICITATÓRIO

Primeiramente, importante mencionar que o estatuto não teve como escapar, por razões decorrentes da própria natureza das entidades que constituem seu objeto, do hibridismo de sua disciplina jurídica, sempre decorrente da conjugação de disciplina de direito privado - classificação do contrato das estatais caracterizados no direito privado - e ao mesmo tempo a submissão à disciplina de direito público - como a submissão dos contratos ao regime de licitação pública e controle pelos tribunais de contas -.

Assim sendo, a regra constitucional fundamental estampada no artigo 37, inciso XXI, da CRFB/88²² determina que é necessária a realização do procedimento licitatório para realização de obras, serviços, compras e alienações realizadas pela administração pública direta e indireta, a qual abarca todas as estatais, sem distinção de natureza.

Ademais, quando a própria Constituição previu que deveria ser criado um estatuto próprio para as estatais que atuam na exploração de atividade econômica em regime concorrencial²³, o fez com a intenção de promover a igualdade destas estatais às empresas privadas, dando-as algumas autonomias presentes nas relações privadas. Ocorre que, a Lei nº 13.303/2016²⁴ abrangeu todas as estatais, sem qualquer distinção.

Desta forma, a Lei²⁵ nesse ponto vem sofrendo inúmeras críticas por Doutrinadores renomados, uma vez que foram elaboradas regras mais abertas visando resguardar princípios basilares da livre iniciativa na forma do art. 170 da Constituição Federal.

Neste diapasão, importante a análise das novas hipóteses trazidas pela nova lei com relação à licitação dispensável disposta no artigo 29, que pode gerar reflexos negativos na disputa de mercado de forma a causar um desequilíbrio nos procedimentos licitatórios, por meio de fraude no próprio processo licitatório.

O artigo 29 da Lei nº 13.303 versa sobre os casos de licitação dispensável de forma diversa às hipóteses previstas no artigo 24 da Lei nº 8.666/93, principalmente no que tange

²² “Art. 37, (...) XXI, CRFB/88: 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 (...)”. Idem, op. cit., nota 1.

²³ “Art. 173, §1º - a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, as sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (...)” Ibidem.

²⁴ Idem, op. cit., nota 2.

²⁵ Ibidem.

aos valores (incisos I e II). Os novos valores são maiores do que aqueles aplicáveis às demais entidades da administração pública.

Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez; (...)

Ademais, os valores de R\$ 100.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$ 50.000,00 para outros serviços e compras, nos termos dos incisos I e II, do art. 29, da Lei nº 13.303/2016, respectivamente, poderão ser alterados, nos termos do art. 29, § 3º da Lei nº 13.303/2016 “para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade”.

Nesse ponto, instaura-se a discussão, eis que a alteração poderá ser efetuada por deliberação do Conselho de Administração das estatais o que trás uma margem para a manipulação de licitações dispensadas em razão de valor, já que pautadas única e exclusivamente na discricionariedade da empresa estatal.

Assim, afirma-se a grande possibilidade de futuras fraudes ferindo as finalidades e os princípios incidentes aos processos licitatórios, pois esses se destinam a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, dando oportunidade de ampla concorrência para as empresas participantes. Desta forma, há que se ter uma preocupação especificamente com esse parágrafo 3º do art. 29, da Lei nº 13.303²⁶ a fim de que não se deixe de 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.

Importante será aguardar como os Tribunais de Contas irão se manifestar com relação a essa possibilidade de alteração de valores por parte do Conselho de Administração da Estatal no que se refere a licitação dispensável, tendo em vista que as estatais ainda

²⁶ Idem, op. cit., nota 2.

possuem um prazo de 24 meses para se adequarem às novas regras estatuídas pela Lei nº 13.303/16²⁷.

A nova Lei, portanto, ao englobar as empresas estatais que prestam atividade econômica sujeita ao regime de monopólio da União, ou seja, de prestação de serviços públicos possibilitou que seja também dispensável a licitação por estas em razão de valor, e assim o grande vácuo para que a Administração Pública deixe de realizar em massa o processo licitatório exigido pela Carta Magna ferindo o princípio da livre concorrência. Pois, sendo monopólio deveriam respeitar as regras próprias de licitação da Administração Pública.

Necessário, portanto, que haja um regulamento a fim de traçar balizas limitadoras dessa possibilidade de alteração de valores para que a licitação seja dispensável, a fim de que a Administração Pública não cause um enorme e irreparável desequilíbrio do mercado no que concerne a disputas no processo de licitação. Pois, uma vez possível se enquadrar nesse artigo da Lei, a Administração Pública não mais fará licitações, alegando a sua discricionariedade permitida em lei.

Em suma, o objetivo do legislador constituinte originário, levando em consideração as peculiaridades das entidades administrativas de direito privado, entendeu que seu estatuto de licitações deveria ser diferente daquele aplicável ao restante da administração pública. Entretanto, o legislativo derivado ao elaborar esse estatuto não fez essa delimitação, dando azo a todos essas possíveis e futuras fraudes por parte das estatais que não atuam em regime de concorrência.

A intenção do legislador originário era evitar conceder privilégios às empresas estatais de direito privado em detrimento empresas estatais prestadoras de serviços públicos, a fim de que não inviabilizasse a livre concorrência.

Nesse sentido o teor do voto do Min. Maurício Corrêa, no julgamento do RE 220.906²⁸, em que Vossa Excelência destacava a distinção a ser observada:

É evidente que a atividade econômica a que se referia o texto de 1967/1969, como também o de 1988, é aquela sujeita às regras, no mercado, da livre concorrência. Digo, com EROS ROBERTO GRAU, que se tratava, como se trata para 1988, 'de atuação do Estado ... como agente econômico, em área de titularidade do setor privado'. A razão da equiparação da empresa pública que participasse de exploração de atividade econômica, com o setor privado é óbvia. O princípio da livre concorrência, expressamente assumido em 1988 (art. 170, V), não se coaduna com a

²⁷ Ibidem.

²⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 220.906-9*. Relator: Ministro Maurício Correa, 2000. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp?tipoPesquisa=pesquisarNumero&argumento=220906>. Acesso em 10 jan.2018.

atribuição de benefícios diferenciados à empresa estatal. A empresa estatal não poderia gozar, em relação ao setor privado, de vantagem comparativa. Tudo porque repercutiria, como repercute, nos custos e, por consequência, na fixação dos preços. A regra da livre concorrência seria lesada, com um desequilíbrio de mercado. Se é para atuar no mercado, que seja de forma igual. Essa é a regra. Lembro que 1988 acabou com a vantagem do regime tributário diverso e a EC 19/98 a explicitou. A equiparação de 1988 foi mais longe. Somente admite a concessão de benefícios fiscais às estatais se forem extensivos ao setor privado (art. 173, § 2º). Tudo isso para a preservação da livre concorrência e das regras de uma economia de mercado. Essa foi a opção de 1967/1969, fortalecida em 1988.

O tratamento, portanto, deveria ter sido diferenciado pela nova lei, pois a própria Constituição Federal faz essa distinção quando dispõe §2º do art. 173 que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos à do setor privado”. Assim, o estatuto constitucionalmente exigido deveria ter regulado apenas as estatais exploradoras de atividades econômicas que devem licitar baseados na livre concorrência.

Por outro lado, corroborando com a necessidade de diferenciação no tratamento é que o Supremo Tribunal Federal já decidiu em favor empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos típicos em regime de monopólio, a não sujeição ao regime aplicado às empresas estatais que explorem atividade econômica, tendo direito inclusive a aplicação da imunidade tributária (RE 363.412²⁹).

3. AS VANTAGENS DA LICITAÇÃO PREVISTA NA LEI Nº 13.303/2016 EM DETRIMENTO DAS REGRAS PREVISTAS NA LEI Nº 8.666/1993

Inicialmente, importante é a análise da vigência da nova Lei das Estatais. Dispõe o art. 97³⁰ que a lei entra em vigor na data de sua publicação, qual seja 30 de junho de 2016. Entretanto, apesar da determinada vigência imediata o Estatuto das Estatais ainda está sujeito a uma *vacatio legis* significativa em relação a algumas matérias, especialmente no que tange àquelas Estatais constituídas anteriormente à vigência desta lei, para fins de adequações necessárias.

²⁹ Idem. Supremo Tribunal Federal. RE nº 363.412-7. Relator: Ministro Celso de Melo, 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp?tipoPesquisa=pesquisarNumero&argumento=363412>. Acesso em: 10 jan. 2018.

³⁰ Idem, op. cit., nota 2.

Em relação à licitação, nosso assunto em análise, a vigência foi mais específica, como se depreende do art. 91, §3º: “Permanecem regidos pela lei anterior o procedimento licitatório e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no caput”.

Nesse sentido, os procedimentos licitatórios e contratos iniciados anteriormente ou dentro do prazo de 24 meses serão regidos pela lei anterior, Lei nº 8.666/1990³¹. Assim, a nova lei só se aplicará às licitações e contratos firmados após vinte e quatro meses.

No que se refere à aplicação da Lei nº 8.666/1993 (lei de licitações) até então aplicável às empresas públicas e Sociedades de Economia Mista em geral, essa aplicação já vinha sendo desprestigiada e perdendo sua posição dentro do regime jurídico de licitações no Brasil. Tal afirmação decorre da alta formalidade exigida pela lei, da qual já repudiava a Administração Pública em geral visando atender o Princípio Constitucional Administrativo da celeridade. Os procedimentos licitatórios passaram a ser concretizado com a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002³²) e a Lei do RDC – regime diferenciado de contratações públicas – (Lei nº 12.462/2011³³).

Esse redirecionamento se deu visando atender a nova contratualidade administrativa, na qual a administração passou a buscar uma melhor flexibilização das regras contratuais a fim de promover a celeridade nas contratações.

Com o advento do Estatuto das Estatais, apesar de não ter sido uma lei da forma com que todos almejavam do ponto de vista jurídico, com a finalidade de otimizar o procedimento licitatório e os contratos pelas Empresas Estatais, trouxe algumas mudanças significativas, o que fará com que a aplicação da Lei nº 8.666/1990³⁴ se torne cada vez menor.

O regime de licitações estabelecido pela Lei nº 13.303/2016³⁵ se mostrou uma verdadeira colcha de retalhos, pois mesclou regras da Lei nº 8.666/1990³⁶, regras da Lei nº 10.520/2002³⁷ (lei do pregão) e Lei nº 12.462/2011³⁸ (Lei do RDC).

Com relação à contratação direta segue praticamente as regras de dispensa e inexigibilidade da Lei nº 8.666/1990³⁹, que se encontra nos artigos 28 e 29 do Estatuto⁴⁰. Os

³¹ Idem, op. cit., nota 8.

³² Idem, op. cit., nota 16.

³³ Idem, op. cit., nota 17.

³⁴ Idem, op. cit., nota 8.

³⁵ Idem, op. cit., nota 2.

³⁶ Idem, op. cit., nota 8.

³⁷ Idem, op. cit., nota 16.

³⁸ Idem, op. cit., nota 17.

³⁹ Idem, op. cit., nota 8.

⁴⁰ Idem, op. cit., nota 2.

respectivos procedimentos de justificação previsto no art. 30, §3º do Estatuto⁴¹ são idênticos ao art. 26 da Lei nº 8.666/1990⁴², a saber:

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.

Art. 26. (...) Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Quanto ao processo licitatório em si, houve uma combinação do Regime Diferenciado de Contratações – RDC – com o pregão, além de ter acolhido alguns avanços já incorporados à legislação anterior referente à delegação de serviços públicos, como a possibilidade de particulares proporem ao poder público projetos a ser licitados, conhecidas como PMI – Procedimento de Manifestação de Interesse, entretanto sem a vedação existente na Lei 8.666/90⁴³ de posteriormente virem a participar da respectiva licitação (artigo 31, §§ 4º e 5º do Estatuto⁴⁴).

Abordando alguns aspectos positivos do procedimento licitatório do Estatuto, a iniciar pela forma de publicação adotada, que deverá ocorrer no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios e no portal específico mantido pela estatal, conforme art. 39 e 51 da Lei nº 13.303/2016⁴⁵. Essa regra é similar a adotada no RDC, visando a minimização de custos para a Administração, possibilitando também uma maior agilidade já que não mais necessário a divulgação por mídia impressa.

Seguindo as diretrizes do pregão, o Estatuto coloca a fase de habilitação após o julgamento das propostas, salvo, de forma excepcional se houver previsão diversa no instrumento convocatório, conforme art. 51,§1º do estatuto.⁴⁶ Essa inversão, como ocorre na

⁴¹ Ibidem.

⁴² Idem, op. cit., nota 8.

⁴³ Idem, op. cit., nota 8.

⁴⁴ Idem, op. cit., nota 2.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Art. 51 (...) § 1º, Lei nº 13.303: 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 no instrumento convocatório. Idem, op. cit., nota 2.

Lei do Pregão⁴⁷, aperfeiçoa o procedimento, uma vez que só faz a verificação dos documentos para habilitação após o julgamento da proposta que apresentar melhores condições.

Uma inovação trazida pelo Estatuto para a fase de habilitação foi a do pagamento de um adiantamento do preço ofertado, uma espécie de sinal ou arras, quando o critério de julgamento for o de maior preço a ser pago à Estatal; e, caso o vencedor do procedimento licitatório não honre com o pagamento, ele perderá o valor adiantado para a estatal, nos termos do art. 58, §2º da Lei⁴⁸.

Outra inovação trazida pelo Estatuto é a previsão no art. 51, inciso VI⁴⁹ de uma fase de negociação nas licitações estatais. Nesse ponto, a lei objetivou aplicar os princípios da eficiência e economicidade aplicados em qualquer contratação relevante realizada na esfera privada. Assim, a finalidade da negociação é a busca do melhor contrato possível. Por essas razões, o art. 57 do Estatuto⁵⁰, que basicamente contém o disposto no artigo 26 da Lei de RDC⁵¹, deve ser interpretado de forma extensiva e potencializada da possibilidade de negociação pela Administração Pública quando realizar suas contratações.

Merece destaque ainda a permissão de lances intermediários contida na Lei nº 13.303/2016⁵², quando for adotado o modo de disputa aberto. Essa possibilidade permite aos licitantes disputarem determinada posição na classificação geral na expectativa de que aqueles que apresentaram as melhores propostas não preencham os requisitos de habilitação. Nesse momento, o Estatuto teve o objetivo de evitar o que ocorre na Lei nº 10.520/2002⁵³ (Lei do Pregão), em que determinada empresa que não estava apta a se habilitar ou que não tenha interesse na contratação, promove o prematuro fim da competição ao elaborar proposta inviável para os demais licitantes. Tal fato, só trás prejuízo à Administração que terá que iniciar novo processo licitatório.

Consideramos nesse capítulo apenas alguns pontos relevantes que o Estatuto das Estatais trouxe no tocante ao procedimento licitatório não só para as Empresas Estatais como para o próprio Direito Administrativo. A maior finalidade da lei é tornar mais célere as contratações das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

⁴⁷ Idem, op. cit., nota 16.

⁴⁸ Idem, op. cit., nota 2.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Idem, op. cit., nota 17.

⁵² Idem, op. cit., nota 2.

⁵³ Idem, op. cit., nota 16.

Assim, a Lei das estatais (Lei nº 13.303/2016⁵⁴) consagrou uma maior autonomia das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista em detrimento da Lei nº 8.666/1990⁵⁵.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, uma abrangência da Lei nº 13.303 maior do que determinada pela CRFB/88, no que se refere a criação de um Estatuto exclusivo para as Empresas Estatais que atuam em regime de concorrência. A lei englobou também as Empresas Estatais que não atuam em regime de concorrência, quais sejam, as que atuam sob o regime de monopólio e as que prestam serviços públicos.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução da questão, sustentou que a necessidade de tratamento diferenciado no tocante à licitação se justifica em razão da necessidade de maior celeridade na exploração de atividades econômicas, uma vez que as estatais desse setor, diferentes das demais entidades administrativas, concorrem com empresas privadas que, por sua vez, não se submetem às regras de licitação.

Assim, um procedimento diferente do existente na Lei nº 8.666/1990 para Estatais exploradoras de atividade econômica busca trazer um reequilíbrio no mercado, com o fim de obtenção de lucros, seja porque as sociedades de economia mista possuem sócios privados investidores, seja pela efetividade do interesse público que originou a instituição estatal.

Tanto é assim que, conforme demonstrado na pesquisa, o procedimento licitatório da Lei nº 13.303 adotou inúmeros comportamentos facilitadores da contratação, incluindo inclusive a negociação como uma de suas etapas a fim de efetivar os princípios da celeridade aplicáveis às contratações na esfera privada.

Nesse sentido, fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão que o Estatuto em análise somente poderia ser aplicado às Estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito, ou seja, aquelas empresas públicas e sociedades de economia mista que atuam em regime de concorrência com o mercado, e conseqüentemente não se poderia aplica-lo às empresas prestadoras de serviços públicos ou que atuem em regime de concorrência.

⁵⁴ Idem, Op. cit., nota 2.

⁵⁵ Idem, op. cit., nota 8.

O entendimento a que se chegou essa pesquisadora consubstancia-se na ideia de limitar de fato a aplicação às estatais atuantes de exploração econômica, visto que a jurisprudência só concede imunidade tributária (espécie de privilégio) às estatais que exploram serviços públicos típicos, e em contrapartida só concedem benefícios fiscais às estatais se forem extensivos ao setor privado na forma do artigo 173, §2º, da CRFB/88, razão pela qual necessária essa distinção no tratamento das estatais.

A melhor solução jurídica encontrada para a problemática em análise é a aplicação do método hermenêutico e de controle de constitucionalidade chamado de interpretação conforme a Constituição. Esse método tem como fim garantir a compatibilidade da norma ao ordenamento jurídico constitucional, para dar a lei o sentido adequado da Constituição.

Portanto, deverá ser aplicada a interpretação conforme a constituição, para que se afaste a sua aplicação a todos os casos mencionados no “caput” do art. 1º, da Lei nº 13.303, de 2016, restringindo-a apenas às empresas estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito, pois, somente estas é que devem se assemelhar às empresas privadas e possuírem praticidade e celeridade para participarem do regime concorrencial.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Empresas Estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedade de economia mista*. São Paulo: Forense Ltda, 2017.

BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Planalto*, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. *Planalto*, [2018c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/contituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. *Planalto*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 20 fev.2018.

_____. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. *Planalto*, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. *Planalto*, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/contituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995. *Planalto*, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm. Acesso em: 01 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5624*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5624&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em 10 jan.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 220.906-9*. Relator: Ministro Maurício Correa, 2000. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp?tipoPesquisa=pesquisarNumero&argumento=220906>. Acesso em 10 jan.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 363.412-7*. Relator: Ministro Celso de Melo, 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp?tipoPesquisa=pesquisarNumero&argumento=363412>. Acesso em: 10 jan. 2018.

CONHEÇA algumas peculiaridades do Estatuto das Estatais (Lei nº 13.303) em matéria de licitações. *ROSSI MAFFINI MILMAN GRANDO Advogados*, 2016. Disponível em: <http://rmmadvogados.com.br/index.php/pt-br/publicacoes-smart/artigos/item/conheca-algumas-peculiaridades-do-estatuto-das-estatais-lei-13-303-2016-em-materia-de-licitacoes>. Acesso em: 20 jan.2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Notas sobre a implantação do Regime da Lei 13.303/2016. *Justen, Pereira Oliveira & Talamini advogados*, 2016. Disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE118/IE118-MJF-Efeitos-da-Lei-13303.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2016.

_____. Rafael Carvalho Rezende. Estatuto Jurídico das Estatais erra ao fixar normas homogêneas de licitação. *Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-28/estatuto-juridico-estatais-erra-fixar-normas-homogeneas>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016. *Fórum Conhecimento Jurídico*, [2016]. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/noticias/consideracoes-sobre-o-estatuto-juridico-das-empresas-estatais-lei-13-3032016/>. Acesso em: 15 jan.2018.