



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DETERMINADOS ASPECTOS LIMITADORES NA LEI DAS ESTATAIS

Alexandre Pache Faria Moritz

Rio de Janeiro
2021

ALEXANDRE PACHE FARIA MORITZ

DETERMINADOS ASPECTOS LIMITADORES NA LEI DAS ESTATAIS

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

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2021

DETERMINADOS ASPECTOS LIMITADORES NA LEI DAS ESTATAIS

Alexandre Pache Faria Moritz

Graduado pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo – a Lei das Estatais incorpora procedimentos previstos na Lei nº 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratações administrativas, na Lei nº 10.520/02, instituidora da modalidade de licitação denominada pregão e na Lei nº 12.462/11, a qual dispõe sobre o regime diferenciado de contratações públicas (RDC). A governança corporativa especificada pela importância do *compliance* e da transparência que chegam cada vez mais à própria administração pública exigindo uma significativa mudança de comportamento do gestor. Com isso, a implementação das citadas regras são vetores da administração pública moderna. A regra da prévia licitação é afastada nas contratações necessárias ao desempenho comercial das empresas estatais, tais como as relacionadas à comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionadas com seus respectivos objetos sociais, desde que demonstrada a inviabilidade do procedimento competitivo com fundamento nos princípios constitucionais e na transparência. Aqui empenha-se na efetivação da eficiência. Por outro lado, a lei direciona o atuar do gestor quando determina a preferência da contratação semi-integrada à integrada.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Regime. Diferenciado. Contratações. Estatal.

Sumário – Introdução. 1. A aplicação do conceito de governança com o objetivo de melhorar o controle das Estatais e implementar a sua função social 2. A necessidade de se efetivar a eficiência pública com o mercado privado 3. A análise dos regimes de execução dos institutos da contratação integrada e semi-integrada com ênfase para sua substituição. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico aborda a Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016, chamada Lei das Estatais, que incorpora procedimentos previstos na Lei nº 12.462/11, a qual dispõe sobre o regime diferenciado de contratações públicas (RDC), na Lei nº 10.520/02, instituidora da modalidade de licitação denominada pregão, e na Lei nº 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratações administrativas, extraindo-se a essência dessas três normas. A citada lei surge para trazer às Estatais uma sistemática licitatória menos burocrática e adequada às suas especificidades, já que estas atuam de modo a interferir diretamente no mercado privado, na economia do país e em concorrência com a iniciativa privada.

A lei é o estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas

subsidiárias, prestadoras de serviço ou exploradoras de atividade econômica. Isso significa dizer que, não há qualquer distinção entre as estatais exploradoras de atividade econômica e estatais prestadoras de serviços públicos. Portanto, todas devem respeitar as regras contidas no citado diploma.

Com a nova Lei das Estatais, o protagonismo, que era de direito público, desloca-se de forma expressa e indelével para o direito privado. Os acréscimos e supressões, por exemplo, não serão mais passíveis de imposição ao contratado, sob nenhuma hipótese. No caso da rescisão a situação é ainda mais relevante, porquanto sequer foram inseridas normas nesse sentido, ressalvadas as hipóteses estabelecidas no contrato.

A "Lei das Sociedades Estatais" apresenta alguns recursos mais flexíveis em seu texto para lidar com o sistema jurídico anteriormente vigente, o que é consistente com a sua natureza jurídica mista, as nuances das leis públicas e privadas e as disposições expressas. Além disso, os artigos incluem contratos e atividades administrativas de imposição penas em caso de descumprimento.

Assim, a relevância do presente tema se traduz no fato de que, um dos grandes desafios do legislador brasileiro sempre foi dosar a segurança versus eficiência no campo das contratações e licitações públicas. A Lei nº 13.303/16 passa a atender o comando constitucional delineando as normas específicas de licitações e contratações a serem aplicadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando a governança corporativa especificada pela importância do *compliance* e da transparência que chegam à própria administração pública, com a instituição de mecanismos para prevenir, detectar e corrigir qualquer tipo de desvio - seja ato ilícito, fraude ou meras irregularidades administrativas - que não cumpram o novo modelo de combate à corrupção ou suborno.

No segundo capítulo, demonstra-se que a Lei das Estatais traz, por meio de padronização de processos e procedimentos, maior agilidade às licitações, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, efetivando a eficiência pública frente ao competitivo mercado privado pautado no controle dos atos realizados.

No terceiro capítulo da pesquisa, conceitua-se contratação integrada e semi-integrada, esclarecendo suas nuances, o real objetivo do instituto por conta da relação conflituosa entre o executor do serviço e o elaborador do projeto, e controle nos delicados aspectos de afastamento de uma contratação por outra.

O método de abordagem do presente estudo é o dedutivo. A metodologia empregada se traduz numa pesquisa bibliográfica e documental, qualitativa, por meio de livros, artigos acadêmicos, periódicos e sites especializados quanto ao tema escolhido, bem como análise da legislação envolvida e de outras fontes importantes ao desenvolvimento do trabalho.

1. A APLICAÇÃO DO CONCEITO DE GOVERNANÇA COM O OBJETIVO DE MELHORAR O CONTROLE DAS ESTATAIS E IMPLEMENTAR A SUA FUNÇÃO SOCIAL

Inicialmente, deve-se observar que a redação original da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não abordava a necessidade da criação de uma lei própria à Empresa Pública, à Sociedade de Economia Mista e as suas subsidiárias¹. Na realidade, na última década do século XX, tal demanda aparece no ordenamento jurídico pátrio por conta do pensamento político neoliberal. Assim, foram realizadas diversas alterações constitucionais e legislativas para a implantação do modelo de administração pública denominado administração gerencial – que, em tese, apresenta fundamentação no princípio da eficiência.

No Brasil, a chamada “reforma administrativa” teve na Emenda Constitucional nº 19/1998² o seu maior instrumento de implantação. A citada emenda introduziu o princípio da eficiência na cabeça do artigo 37 da Constituição³ e modificou diversas relações do Estado com os agentes públicos, os agentes econômicos e com o terceiro setor.

Com relação à ordem econômica e financeira do estado brasileiro, foi com a implementação da mudança da redação do artigo 173, da Constituição⁴, que nasceu a necessidade da criação do 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, dispendo sobre função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade, ou seja, regras de governança. Além disso, se mantém a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas, tributários e, por outro lado, a licitação e a contratação de obras, de

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 fev. 2021.

² BRASIL. *Emenda Constitucional nº 19/98*, de 4 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/Emc/emc19>. Acesso em: 10 fev. 2021.

³ BRASIL, op. cit., nota 01.

⁴ Ibid.

serviços, as compras e as alienações de produtos e serviços, obedecem aos princípios e regras de direito público.

Assim, após dezoito anos da publicação da Emenda Constitucional nº 19/98⁵ e por causa dos escândalos de corrupção descobertos pela operação lava jato que envolveram as contratações, por exemplo, da Petrobrás, sobreveio a prometida Lei nº 13.303/2016⁶, dispondo 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, apresentando regras de governança objetivando um maior controle do seu patrimônio e materialização da função social.

Dentro desse contexto, cabe esclarecer que a governança pública se soma aos diversos instrumentos de controle já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. A título de exemplo, encontram-se na Carta Magna o Controle do Tribunal de Contas, o Controle Judicial e o Controle Político. Dessa forma, a lei amplia o controle exigindo que o estatuto da estatal contenha regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno e mecanismos de proteção dos acionistas⁷.

As noções de governança objetivam limitar o New Public Manager – NPM, modelo de gestão surgido na Europa que objetivava modernizar as práticas administrativas de gestão sem analisar as especificidades de cada governo e considerando a sociedade na condição de mero usuário⁸. Portanto, a lei das estatais acaba por estabelecer novos paradigmas de controle, que notadamente se apoiam na transparência e no *compliance*. Vale ressaltar que tais conceitos se estendem às estatais já existentes, na forma do artigo 91⁹, da referida lei, que exige a sua devida adequação às exigências da lei no prazo de 24 meses.

Nessa linha, a governança é um atributo que visa a modificar a relação do setor público com o setor privado para a condição de parceiros que desejam um melhor desempenho em conjunto dos dois setores. Com isso, o setor público e o setor privado não são adversários em suas relações, entretanto são atores sociais que devem conjugar suas execuções com sinergia para cumprir da melhor forma a função social da Estatal, porque a sociedade não deve ser vista

⁵BRASIL, *op. cit.*, nota 02.

⁶BRASIL. *Lei nº.13.303/16*, de 30 de junho de 2016. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm>. Acesso em:20 fev. 2021.

⁷Ibid.

⁸BRAGAGNOLI, Renilda Lacerda. *Lei nº.13.303/16: reflexões pontuais sobre a lei das Estatais*. Curitiba: Grupo JML, 2019, p. 20.

⁹ Ibid.

apenas na condição de usuária, mas de cidadã. Nesse aspecto, apesar do tema ter sido abordado no artigo 7º, inciso VIII da Lei nº 12.846/2013¹⁰, as regras de transparência e *compliance*, que já são realidades nas sociedades empresárias privadas, chegam tardiamente às Estatais Brasileiras.

Diante da presente dinâmica, percebe-se que há um desafio no ordenamento em controlar as Empresas Estatais, pois seu regime jurídico é híbrido, ou seja, nelas incidem normas públicas e privadas e, por isso, busca-se o controle administrativo de seus atos e os seus resultados econômicos.

A referida matéria encontra-se em plena contemporaneidade, visto que a função social das estatais busca a realização do interesse coletivo ou o atendimento a imperativo de segurança nacional¹¹, conceitos jurídicos indeterminados que podem ser ajustados a depender do caso em análise. Nesse ponto, o legislador se preocupou, por exemplo no §1º do artigo 8º¹², em determinar parâmetros para se evitar qualquer tipo de desvio e estabeleceu que o interesse público da estatal manifesta-se pelo alinhamento de seus objetivos e os de políticas públicas¹³. Assim sendo, nota-se que o controle das estatais deve abranger a legalidade do ato e o resultado das ações administrativas, especificamente com relação a eficiência, eficácia e a destinação dos recursos públicos¹⁴, por serem um *longa manus* do Estado tanto cumprindo a função social de um determinando serviço público, bem como cumprindo a função social na atividade econômica. Logo, a governança, o *compliance* e a transparência são normas compulsórias estabelecidas na referida lei¹⁵.

A lei determina no artigo 9º¹⁶ que as estatais adotarão regras de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, área de *compliance*, objetivando a autofiscalização e limitando a autonomia dos governantes e dos gestores das empresas. Por derradeiro, observa-se que a ética se encontra constantemente presente, no aspecto executório e no aspecto teórico, nas estruturas da referida lei. Aqui especificamente, a influência do Código de Ética do Tribunal de Contas da União¹⁷ é marcante, porque o desvio encontra limite em um ambiente

¹⁰ BRASIL. Lei nº 12.846/13, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 06.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ BRAGAGNOLI, Renila. A lei nº 13.303/16 e o (velho) compliance das empresas estatais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n.5228, 24 out. 2017b. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61227>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 06.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Referencial de combate a fraude e corrupção*: aplicável a órgãos e entidades da Administração. Brasília: TCU, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste, Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2017.

escorreito, ou seja, ético. Então, observa-se que o *compliance* é um atuar às boas normas e, por isso, facilita o controle¹⁸.

A lei, especificamente no artigo 8º¹⁹, estabeleceu diretrizes no atuar transparente, das estatais. Deve-se esclarecer que a exigência do atuar transparente da estatal não fica restrito ao artigo 8º²⁰. Na verdade, o controle social é a participação da sociedade na gestão pública. Tal premissa é importante para efetivação do Estado de Direito e o fortalecimento da constituição cidadã. Mais uma vez, deve-se esclarecer que a sociedade deixa de ser apenas usuária, passando a ser cidadã e fiscalizadora do patrimônio estatal.

Assim, para que o controle ocorra é necessário que o princípio constitucional da publicidade seja efetivo por parte dos gestores a fim de que os administrados possam ter ciência das condutas dos administradores²¹. Para tal, é premissa básica que a transparência exige informações claras e objetivas que se possa reforçar o controle e a participação democrática. Nessa perspectiva, a transparência é uma vertente do princípio constitucional da publicidade, ou melhor, é um princípio constitucional implícito. É notório e imperativo a evolução disponibilizada pela Lei nº 13.303/16²² com relação a matéria de controle social das estatais. Entretanto, ressalta-se que as informações estratégicas não fazem parte das informações disponíveis ao cidadão, na forma do artigo 23, §3º, da lei²³.

Por fim, observa-se que a governança é uma realidade na Lei nº 13.303/16²⁴ e materializa a função social das estatais. O Estado, nas diversas formas de controle da estatais, exige ato público e transparente, no seu conteúdo, inclusive quanto ao motivo e finalidade, objetivando uma atuação democrática no controle do patrimônio, de forma interna ou externa - *compliance*. Logo, é notável a capacidade do *compliance* e da transparência em combater condutas indevidas e em efetivar uma fiscalização cidadã das Estatais.

2. A NECESSIDADE DE SE EFETIVAR A EFICIÊNCIA PÚBLICA NO MERCADO PRIVADO

De início, salienta-se mais uma vez, com relação às estatais, que a Emenda

¹⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Empresas Estatais. Lei n.º 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 675.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 06.

²⁰ Ibid.

²¹ OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.173.

²² BRASIL, op. cit., nota 06.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

Constitucional nº 19/1998²⁵ determinou a criação do seu estatuto jurídico com a necessidade de licitar. Entretanto, o referido estatuto não foi de plano elaborado e por conta disso a Lei nº 8.666/93²⁶ passou a ser utilizada, visto que o seu artigo 1º, determina a sua aplicação às Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e subsidiárias. Ocorre que, a Lei nº 8.666/93²⁷ vai de encontro com a celeridade e com o dinamismo das relações privadas, ou seja, a sua aplicação agride o princípio da eficiência.

Então, por causa da omissão legislativa, do confronto ideológico, posto que em um ambiente de livre concorrência a agilidade é fundamental, e para que a Petrobrás, por exemplo, principal estatal brasileira, não sofresse com a aplicação da burocrática Lei nº 8.666/93²⁸, o chefe do Poder Executivo editou o Decreto nº 2.745/98²⁹, com base no artigo 67 da lei nº 9.478/97³⁰, que apresenta um procedimento licitatório simplificado.

A sua constitucionalidade foi questionada, visto que a Constituição de 1988 exigia a edição de lei para regulamentar a matéria. A Petrobrás, diante de decisão do Tribunal de Contas da União que determinou a observância da Lei nº 8.666/93³¹, impetrou o Mandado de Segurança nº 28.745 e conseguiu uma liminar no Supremo Tribunal Federal para utilizar o procedimento licitatório simplificado do citado Decreto³². Dessa forma, a Petrobrás manteve sua atuação com base no procedimento simplificado do Decreto até a edição da Lei nº 13.303/2016³³ que, no artigo 96, inciso II, revogou o artigo 67 da Lei nº 9.478/97³⁴.

Cabe esclarecer que o Supremo Tribunal Federal, em 6 de março de 2021, no informativo 1008³⁵, fixou o entendimento de que o regime de licitação da Lei nº 8.666/90³⁶ não

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 02.

²⁶ BRASIL. *Lei nº 8.666/1993*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm >.
 Acesso em: 21 fev. 2021.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ BRASIL. *Decreto nº 2.745/98*, de 24 de agosto de 1998. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2745.htm
 >. Acesso em: 10 ago. 2021.

³⁰ BRASIL. *Lei nº 9.478/97*, de 06 de agosto de 1997. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm >. Acesso em: 10 ago. 2021.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 26.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=151918>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

³³ BRASIL, op. cit., nota 06.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 30.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Edição 1008/2021 Informativo*. Disponível em: <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1008.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 26

se aplica às sociedades de economia mista que explorem atividades econômicas próprias das empresas privadas que concorrem no mercado, visto que não é possível conciliar o regime licitatório da citada lei com a agilidade e concorrência típicas desse tipo de mercado.

Retornando à Lei nº 13.303/16³⁷, seus 97 artigos, trazem diversas disposições sobre as empresas estatais, regulando-as, quase que inteiramente, na forma do artigo 173, parágrafo 1º e seus incisos, da Constituição³⁸. O estatuto, por exemplo, apresenta normas sobre a criação das empresas públicas e sociedades de economia mista, a participação do capital privado na sua composição, contratos, procedimento licitatório e outras.

Um dos grandes desafios do referido diploma é compatibilizar a agilidade do mercado privado efetivando o princípio da eficiência, um dos fundamentos da administração pública brasileira, e a proteção do patrimônio público. Portanto, a lei surgiu para trazer às Estatais uma sistemática mais célere, menos burocrática e adequada as suas especificidades, já que elas atuam de modo a interferir diretamente no mercado e na economia do país, além de, em alguns casos, concorrerem com outras empresas que atuam nas mesmas atividades. A tarefa é complicada, porque mesclar normas de direito público com normas de direito privado focando, ao mesmo tempo, na proteção do patrimônio público e no resultado rápido e dinâmico que exige o mercado privado necessita de uma alta carga de sensibilidade jurídica.

Com relação à exigência de licitação, determina o artigo 28³⁹, *caput*, da lei que, 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 artigos 29 e 30⁴⁰.

No artigo 29⁴¹ a lei aborda a licitação dispensável, que é aquela em que a competição é viável, mas que fica a critério da administração a sua realização ou não. Já o artigo 30⁴² aborda a inexigibilidade de licitação, que ocorre quando a competição é inviável.

³⁷ BRASIL, op. cit., nota 06.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 01.

³⁹ BRASIL, op. cit., nota 06.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

É importante esclarecer que os dois casos citados são diferentes do caso do artigo 28⁴³, parágrafo 3. Nesse ponto, a lei acerta em separar em artigos diferentes o caso de contratação direta, relacionada ao desempenho de atividade econômica, das outras duas hipóteses de contratação. Outro esclarecimento importante que se faz necessário é a aplicação, aos três artigos, da governança por meio da transparência, do *compliance*, das regras de fiscalização e do Código de Ética e Integridade.

O artigo 29⁴⁴ prevê 18 hipóteses em que é dispensável a realização de certame licitatório por empresas públicas e sociedades de economia mista, sendo que, a título de exemplo, nas duas primeiras hipóteses o valor limite de cem mil reais para obras e serviços de engenharia e de cinquenta mil reais para outros serviços e compras, poderão ser alterados por meio de decisão do Conselho de Administração - órgão colegiado de caráter deliberativo com vistas a agilizar a tomada de decisões de interesse da estatal. Aqui, nota-se que o legislador, pautado na ideia de uma governança transparente, ética, proba e respeitando a especificidade de cada sociedade, aproxima o atuar da estatal da dinâmica privada.

A citada diretriz continua com o afastamento do regime licitatório notadamente no inciso XVIII do artigo 29⁴⁵, segundo o qual é dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de “bens que produzam ou comercializem”, ou seja, a compra e venda de material básico e insumos necessários à produção de bens e serviços por empresa estatal que explore atividade econômica, assim como a comercialização desses bens e serviços, não se sujeitam à regra da licitação.

Mantendo a proteção ao patrimônio público, a Lei nº 13.303/16⁴⁶ estabeleceu a regra geral da licitação às atividades contratuais das empresas estatais que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita a regime de monopólio da União, ou seja, de prestação de serviços públicos. Entretanto, ressaltou no artigo 28, §3º, I⁴⁷, quando da comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, obras ou serviços especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais enunciados em seus estatutos. Assim, impõe-se, pois, a regra geral da licitação nas contratações das empresas estatais, salvo nas contratações

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 06.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

em que for especificamente demonstrada a existência de obstáculos negociais ao desempenho de suas atividades finalísticas.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União já determinava que embora as empresas estatais estejam dispensadas de licitar a prestação de serviços relacionados com seus respectivos objetos sociais (artigo 28, § 3º, inciso I, da Lei nº 13.303/16⁴⁸), devem conferir lisura e transparência a essas contratações, em atenção aos princípios que regem a atuação da administração pública, selecionando seus parceiros por meio de processo competitivo, isonômico, impessoal e transparente. Já na vigência do estatuto, o Tribunal de Contas da União, no acórdão nº 2.033/2017, manteve o entendimento acima citado, observando que mesmo com a dispensa de licitação, deve a estatal observar os princípios constitucionais, bem como realizar um processo impessoal e transparente⁴⁹.

O artigo 1º, § 2º⁵⁰, do referido diploma, estabelece que as disposições sobre licitações e contratações previstas nos Capítulos I e II do Título II se aplicam inclusive à empresa pública dependente, definida nos termos do inciso III, do artigo 2º, da Lei Complementar nº 101/00⁵¹ (Lei de Responsabilidade Fiscal), a que explora atividade econômica, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou configure prestação de serviços públicos. Logo, o estatuto não distingue as estatais sujeitas segundo o tipo de atividade exercida – prestadora de serviço público ou de atividade econômica, ou suas características.

Portanto, a Lei nº 13.303/2016⁵² introduziu uma pluralidade de mecanismos jurídicos que restringem marcadamente a autonomia dos governantes e dos gestores na condução das atividades das empresas estatais⁵³, porém tal fato não afeta sua eficiência, porque a implementação de mecanismos de governança para um atuar transparente na realização da dispensa de licitação na atividade fim são necessários para uma maior proteção de seu patrimônio. Além do mais, a agilidade na concretização de tais medidas são uma realidade por conta da automação e de novas tecnologias que garantem celeridade e eficiência no atuar da Estatal, por exemplo.

⁴⁸BRASIL, op. cit., nota 06.

⁴⁹BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/jurisprudencia-selecionada/%22JURISPRUDENCIA-SELEZIONADA-46218%22>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

⁵⁰BRASIL, op. cit., nota 06.

⁵¹BRASIL. *Lei Complementar nº. 101/00*, de 04 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁵²BRASIL, op. cit., nota 06.

⁵³JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão – Estatuto Jurídico das Empresas Estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 11.

3. A ANÁLISE DOS REGIMES DE EXECUÇÃO DOS INSTITUTOS DA CONTRATAÇÃO SEMI-INTEGRADA E INTEGRADA COM ÊNFASE PARA SUA SUBSTITUIÇÃO

A Lei nº 13.303/2016⁵⁴ trouxe, a partir da seção III de seu título II, no capítulo I, normas específicas a serem seguidas no momento da contratação das obras e dos serviços. No artigo 42⁵⁵, da citada lei, encontram-se a empreitada por preço unitário, a empreitada por preço global, a contratação por tarefa, a empreitada integral, a contratação semi-integrada e a contratação integrada.

Dentre os regimes acima mencionados, um deles configura uma novidade ao ordenamento licitatório e merece destaque, é a chamada contratação semi-integrada, inspirada na modalidade de contratação integrada já existente no Regulamento de Licitações da Petrobras, item 1.9 do Decreto nº 2.745/1998⁵⁶, e no Regime Diferenciado de Contratação, Lei nº 12.462/2011⁵⁷. Deve-se ressaltar que o parágrafo 1, do artigo 42 da lei nº13.303/2016⁵⁸, estabelece que as contratações integradas e semi-integradas são regimes de execução dos contratos destinados a obras e serviços de engenharia às Empresas Estatais.

A contratação integrada torna viável o lançamento de licitações sem a realização de projeto básico, ou seja, a contratação integrada é realizada tão somente com o anteprojeto, ficando a cargo do concorrente vencedor da licitação a realização dos projetos e da execução da obra ou do serviço. Nitidamente, o legislador priorizou o princípio constitucional da eficiência permitindo ao contratado a execução do projeto básico e projeto executivo para materializar a melhor solução técnica do objeto do contrato, visto que a Administração Pública apresenta apenas o anteprojeto.

Assim, a Administração Pública se beneficia do *know how* do mercado privado na realização de obras ou serviços complexos. A contratação integrada, por meio do Regime Diferenciado de Contratação, é aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização, por exemplo, das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento, das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde, entre outros.

⁵⁴ BRASIL, op. cit., nota 06.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶BRASIL. *Decreto nº 2.745/98*, de 24 de agosto de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2745.htm>. Acesso em:22 fev. 2021.

⁵⁷ BRASIL. *Lei nº.12.462/11*, de 04 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>. Acesso em:19 fev. 2021.

⁵⁸BRASIL, op. cit., nota 05.

A questão que surge é que a realização de licitação sem um projeto básico faz com que os licitantes apresentem suas propostas sem possuírem as informações essenciais sobre a obra ou serviço, não sabendo, portanto, se será possível atender de forma suficiente e qualificada as necessidades de determinada contratação.

A referida afirmação é notada, porque o anteprojeto, para obras e serviços de grande complexidade científica e/ou executiva, por exemplo, se mostra tecnicamente insuficiente, por não conter elementos necessários à especificação das nuances do objeto do contrato. Com isso, do distanciamento das especificações técnicas do anteprojeto e dos projetos podem surgir graves e grandes problemas de ordem temporal, financeira, de fiscalização pelo poder contratante, de controle de qualidade e de manutenção após a sua conclusão.

Além das questões de ordem técnica, no decorrer da Operação Lava Jato, ocorreram diversos desvios com um cenário de corrupção sistêmica em relação às obras da Petrobrás. Com isso, vários ilícitos ocasionaram um superfaturamento nas obras públicas e um prejuízo bilionário⁵⁹. Logo, influenciado por conta das graves adversidades apresentadas, o legislador, ao editar a Lei nº 13.303/2016⁶⁰, inovou criando a contratação semi-integrada.

A contratação semi-integrada foi definida no inciso V, do artigo 42⁶¹, da lei das estatais. Ela determina que o contratado deve elaborar e desenvolver o projeto executivo, a execução de obras e serviços de engenharia com montagem, testes, além de outras operações destinadas a entrega do objeto contratado. Em outras palavras, buscou o legislador passar ao contratado apenas o projeto executivo. Assim, a contratação semi-integrada é uma contratação integrada com projeto básico apresentado pelo contratante, destacando que se especificam os serviços executados por causa da difícil tarefa de mensurar seu custo diante das inúmeras tecnologias existentes no mercado⁶².

O parágrafo 4, do artigo 42⁶³, da lei em exame, determina que a contratação semi-integrada deve, no caso de obras e serviços de engenharia, ser utilizada prioritariamente⁶⁴. Essa é a regra do dispositivo.

Apesar de o citado direcionamento sugerir um possível engessamento nas referidas contratações, tal fato deve ser afastado. A justificativa encontra fundamento no próprio

⁵⁹BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/combate-a-corrupcao/tcu-e-a-lava-jato.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

⁶⁰BRASIL, op. cit., nota 06.

⁶¹Ibid.

⁶²BITTENCOURT, Sidney. *A nova lei das estatais: novo regime de licitações e contratos nas empresas estatais*. Leme (SP): JH Mizuno, 2017, p. 206.

⁶³BRASIL, op. cit., nota 06.

⁶⁴NOHARA, Irene Patrícia. *Mudanças promovidas pela nova Lei das Estatais: pontos fortes e fracos*. Disponível em: <www.direitoadm.com.br>. Acesso em: 21 abr. 2021.

dispositivo legal que admite outras modalidades de execução, desde que seja devidamente justificada. Ademais, por conta dos óbices ocorridos com a contratação integrada, objetivou o legislador limitar o gestor das Estatais.

Nesse ponto, o legislador acertou por dois motivos. Primeiro porque o projeto básico se faz bem mais robusto tecnicamente, no que tange as nuances do projeto executivo e da execução, do que o anteprojeto. Com isso, contratante e contratado saberão detalhadamente as especificações do objeto do contrato a ser executado. Segundo porque direciona a atuação do gestor sem proibí-lo de afastar a contratação semi-integrada quando necessária, desde que devidamente justificada.

O ponto a se observar é que a simples justificativa não é suficiente para o afastamento da regra do dispositivo, porque o ato aqui apresenta requisito técnico específico que demonstre a vantajosidade – seja de ordem econômica, na ordem técnica ou temporal, à Estatal. Além disso, a publicidade do afastamento não pode ficar restrito apenas na divulgação do ato. Aqui as regras presentes no ato do mercado, se balizam no *compliance*, igualdade e transparência – pautada na clareza, acessibilidade das informações a todos os interessados. Portanto, a motivação simplória do ato administrativo não é suficiente para o afastamento da regra do dispositivo.

Além do mais, o parágrafo 1, inciso IV, do artigo 42, da Lei nº 13.303/2016⁶⁵, estabelece que a contratada poderá modificar o projeto básico quando demonstrar inovações com redução de custos, com aumento de qualidade, com redução do prazo de execução e de facilidade de manutenção ou operação. A lei também direcionou as responsabilidades em eventuais contratemplos que possam surgir na realização do serviço contratado. Portanto, com relação aos riscos por fatos posteriores à contratação, para a solução de eventual problema no projeto básico, o seu quantitativo será colocado como de responsabilidade do contratado na matriz de riscos, na forma do artigo 42, parágrafo 3⁶⁶, da Lei nº 13.303/2016. Logo, nota-se que houve um direcionamento legislativo no sentido de limitar os riscos ao patrimônio da Estatal com a transferência de eventual responsabilidade à contratada.

Dessa forma, conclui-se que a escolha do regime de execução nos contratos de obras e serviços de engenharia não é decisão de livre arbítrio do gestor, devendo ficar pautada no interesse público e sua modificação deve ser motivada, visto que o administrador só faz o que está permitido na lei por causa do princípio da legalidade administrativa.

⁶⁵ BRASIL, op. cit., nota 06.

⁶⁶Ibid.

CONCLUSÃO

As empresas públicas e sociedades de economia mista, também chamadas de Estatais, possuem um tratamento diferente daquele empregado aos órgãos públicos, visto que atuam como empresas e concorrem no mercado. A Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016, chamada Lei das Estatais incorpora procedimentos previstos na Lei nº 12.462/11, a qual dispõe sobre o regime diferenciado de contratações públicas (RDC), na Lei nº 10.520/02, instituidora da modalidade de licitação denominada pregão, e na Lei nº 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratações administrativas, extraíndo-se a essência dessas três normas.

Tal lei surgiu para trazer às Estatais uma sistemática licitatória mais flexível, menos burocrática e adequada as especificidades que as empresas estatais possuem, já que estas atuam de modo a interferir diretamente no mercado e na economia do país e em concorrência com outros ramos privados que atuam nas mesmas atividades.

A lei das estatais traz importantes inovações na interpretação jurídica das estatais, na abrangência legislativa conforme a proporção econômica da empresa, no exercício licitatório, na participação do capital privado, na sua composição, contratos, procedimento licitatório, neste último trazendo verdadeira flexibilização e redução do rigorismo formal e, principalmente, na administração das empresas públicas. O Estatuto carrega consigo normas sobre governança, *compliance*, transparência e ética na criação das empresas públicas e sociedades de economia mista – aqui é evidente a reverência à moralidade administrativa, ou seja, o referido princípio torna jurídica a exigência de uma atuação ética dos agentes das estatais. A norma, implementando a visão da hierarquia das leis administrativa-constitucional, defere a moral comum da moral administrativa por conta da força jurídica do citado princípio que, com isso, possibilita a invalidação dos atos que são realizados com a inobservância desse princípio e das correlatas formas de controle que foram trazidas.

Além disso, a participação do capital privado na sua composição, contratos e procedimento licitatório, neste último trazendo verdadeira flexibilização e redução do rigorismo formal.

A Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, reflete uma nova utopia ao tentar controlar de toda forma os excessivos desvios nas Estatais. Trata-se de imaginar que o direito dispõe de mecanismos de prevenção suficientemente satisfatórios para impor limites aos desvios verificados até o presente. Introduce uma pluralidade de mecanismos jurídicos que restringem

marcantemente a autonomia dos governantes e dos gestores na condução das atividades das empresas estatais. Tais mecanismos são encontrados tanto no Título I, quanto no Título II e no Título III. A limitação, apesar de não ser a melhor das hipóteses, se fez necessária por conta da importância das Estatais no cenário econômico nacional e do hibridismo jurídico que a cerca desde a ordem constitucional e legal.

Quanto às modalidades de licitação, a Lei das estatais se limita a mencionar que o pregão, modalidade instituída pela lei 10.520, deve ser a forma preferencialmente adotada pelas empresas estatais. O objetivo da referida modalidade foi acelerar todo e qualquer processo de contratação das Estatais. Assim, se prioriza o consagrado princípio constitucional da eficiência – que faz com que o bom resultado nos serviços e um melhor aproveitamento do dinheiro, sejam condutas exigíveis do administrador pela sociedade.

De acordo com a CF88, a licitação é a regra, mesmo para as empresas estatais submetidas a regime jurídico próprio das empresas privadas. Somente será passível de exclusão em situações nas quais for demonstrada a existência de obstáculos negociais que oponham efetivo prejuízo às atividades da estatal, devidamente demonstrados, de modo a impossibilitar a licitação, seja porque materialmente inviável a competição, seja porque desta poderia resultar prejuízo ao interesse público presente nas finalidades institucionais da estatal (dispensabilidade da licitação).

A regra prévia é eliminada a partir dos empreiteiros necessários para o desempenho de negociação de empresas estatais, como aqueles relacionados ao marketing, fornecer ou implementar, diretamente, produtos, serviços ou trabalhos especificamente relacionados aos seus respectivos objetos sociais. Quando a escolha estiver associada a características particulares e ligadas a oportunidades de negócios definidas e específicas, desde que a competitividade do procedimento tenha sido demonstrada. No mesmo sentido, a compra e venda de materiais básicos e contribuições necessárias para a produção de bens e serviços pela empresa estatal que exploram a atividade econômica, bem como a comercialização desses bens e serviços, não estão sujeitos à regra da licitação.

Portanto, conclui-se que o legislador ordinário optou, por óbvias questões de abuso dos dirigentes das estatais, por priorizar algumas amarras na lei, apesar de implementar outras leves flexibilizações. A referida opção legislativa objetivou apresentar uma resposta ao mercado neoliberal que passou a duvidar da capacidade de direcionamento probó das estatais brasileiras, bem como a dar algum suporte de segurança com direção para que elas possam atravessar a difícil fase de desconfiança.

REFERÊNCIAS

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

ARAÚJO, José Francelino de. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo; Saraiva, 2010.

BRAGAGNOLI, Renila. A lei nº 13.303/2016 e o (velho) compliance das empresas estatais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n.5228, 24 out. 2017b. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/61227> >. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 22 fev. 2021.

_____. *Emenda Constitucional nº19/98*, de 04 de junho de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/Emc/emc19 >. Acesso em: 10 fev. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração*. Brasília: TCU, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste, Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2017.

_____. *Lei nº.13.303/16*, de 30 de junho de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm >. Acesso em: 20 fev. 2021.

_____. *Lei nº12.846/13*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm >. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. *Lei nº12.846/13*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm >. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. *Lei nº.8.666/1993*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm >. Acesso em: 21 fev. 2021.

_____. *Decreto nº.2.745/98*, de 24 de agosto de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2745.htm >. Acesso em: 10 ago. 2021.

_____. *Lei nº.9.478/97*, de 06 de agosto de 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm >. Acesso em: 10 ago. 2021.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei Antitruste*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitações e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2020.

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. São Paulo: Thomson ReutersBrasil, 2019.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Empresas Estatais. Lei n.º 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.