

Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/2016)

Benjamin Zymler

Ministro do Tribunal de Contas da União desde 2001. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília. Formado em Engenharia Elétrica pelo Instituto Militar de Engenharia (IME) e em Direito pela Universidade de Brasília.

Resumo: O presente artigo propõe algumas reflexões sobre o estatuto jurídico das empresas estatais. As normas da Lei 13.303/2016 estão estruturadas basicamente em duas partes. Na primeira, há um conjunto de normas sobre governança corporativa, transparência na gestão e mecanismos de controle da atividade empresarial. Na segunda, encontramos normas sobre licitação e contratação a serem observadas pelas empresas estatais. Com base nisso, analisaremos o enquadramento da referida no sistema de contratações públicas brasileiro.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Contratações Públicas; Empresas Estatais.

Sumário: Introdução – **1** A evolução das normas constitucionais em relação ao regime de contratação das empresas estatais – **2** O fundamento constitucional da nova legislação – **3** Princípios e objetivos – **4** Licitação – Visão geral – **5** Contratos – Aspectos gerais – **6** Fiscalização – **7** Decreto 8.945/2016 – **8** Conclusão

Introdução

Os artigos 37, inciso XXI, e 175 da Constituição Federal (CF) dispõem sobre a obrigatoriedade do procedimento licitatório para a aquisição de bens ou serviços pelo Estado.¹ A licitação é a regra, portanto.

Trata-se de instituto que dá concreção à cláusula republicana, inerente aos regimes democráticos.

É competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da Federação, conforme se depreende da redação do art. 22, inciso XXVII, da CF.²

¹ “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”.

“Art. 175. 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”.

² “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União,

A Lei 8.666/1993 revelou-se um importante instrumento para a fixação de uma cultura geral – tanto entre os integrantes da Administração Pública quanto no setor privado – acerca da necessidade de realização de licitações e de cumprimento ao princípio constitucional da impessoalidade.

Nada obstante, com o passar dos anos, os ritos previstos nessa lei mostraram-se muito rigorosos, provocando prazos excessivos para a conclusão de um certame licitatório. São exemplos do rigor processualístico da Lei 8.666/1993 a necessidade de exame de documentos de habilitação de todos os licitantes e não somente do vencedor (artigo 43) e a previsão de diferentes fases recursais durante o certame, *v.g.* quando da habilitação e da análise das propostas (artigo 109).

Na realidade, diferentes são as críticas dirigidas à Lei 8.666/1993, muitas vezes, inclusive, contraditórias entre si. Nota-se um consenso sobre a necessidade de reformar esse normativo, mas não existe acordo quanto às soluções a serem adotadas. É possível afirmar que a lei vem sobrevivendo ao longo desses anos não em razão da concordância com seu conteúdo, mas pela inexistência de um modelo de consenso para substituí-la.

Nesse contexto, diferentes são as reações, inclusive legislativas, perante as dificuldades na condução dos processos licitatórios.

Verifica-se, por exemplo, significativa ampliação das hipóteses de contratação por dispensa de licitação. Inicialmente, a Lei 8.666/1993 previa sete hipóteses de dispensa de licitação. Agora, em razão de sucessivas alterações legislativas, a norma contempla 34 hipóteses de dispensa de licitação. Cite-se, ainda, as construções doutrinárias e jurisprudenciais para a realização de contratações diretas (*v.g.* credenciamento).

A Lei 10.520/2002, a qual instituiu o pregão, foi um importante passo no sentido de modernizar os procedimentos de contratação por parte da Administração.

Esta modalidade licitatória trouxe vantagens que contribuíram para a celeridade dos procedimentos de contratação, tais como a redução do prazo de divulgação da licitação, a inversão de fases de habilitação e julgamento, a possibilidade de formulação de lances e a concentração da fase recursal apenas ao final do procedimento. Entretanto, a aplicabilidade do pregão restou limitada somente à aquisição de bens e serviços comuns, não abrangendo, pois, um amplo espectro das contratações públicas, a exemplo das obras públicas.

Outro importante instrumento de modernização legislativa dos procedimentos de contratações públicas foi a edição da Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

Inicialmente aplicável às ações necessárias à realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016, incluindo a ampliação de aeroportos, o RDC

Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III; (...)"

foi posteriormente estendido para ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e saúde; modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos; construção, reforma e ampliação de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; dentre outras.

Observa-se que o RDC representa um importante avanço na disciplina normativa das contratações públicas, na medida em que prioriza o caráter finalístico do procedimento, com ênfase nos resultados. Assim, o foco do gestor, com a edição da Lei 12.462/2011, deixa de ser o procedimento e passa a ser o atendimento do interesse público mediante a busca da proposta mais vantajosa.³ Trata-se de uma das maiores homenagens à discricionariedade do gestor público.

Contudo, para aplicar o RDC e até para que ele se mostre uma boa norma, o gestor público deve, hoje, estar muito mais qualificado do que no passado, pois deverá realizar opções que nunca fez com análises técnicas e de razoabilidade, além de fundamentar e inculpir, no processo, a sua motivação.

1 A evolução das normas constitucionais em relação ao regime de contratação das empresas estatais

O artigo 37 da CF delineou princípios jurídicos básicos que devem nortear a gestão de todas as atividades estatais, seja no âmbito da administração direta ou na seara específica da administração indireta.⁴ O inciso XXI desse artigo, que consagra regras principiológicas sobre o regime jurídico das contratações pela Administração Pública, possui a mesma extensão subjetiva. Assim, o texto constitucional não exclui do dever de licitar qualquer pessoa jurídica integrante da Administração Pública, tenha ela personalidade de direito público ou privado, como é o caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

Nessa linha caminhou a Lei 8.666/1993, ao instituir, no parágrafo único de seu artigo 1º, que as normas ali dispostas aplicar-se-ão indistintamente a antes da administração direta e indireta, incluindo as empresas estatais.⁵

Com o advento da Emenda Constitucional 19/1998, que tratou da chamada reforma administrativa do aparelho estatal, foram introduzidas novas

³ O novo regime incluiu "(...) um arsenal de mecanismos para melhor dotar os gestores de instrumentos para contratações que mais atendam o interesse público (...). Nessa miríade de possibilidades, entretanto, com incremento na discricionariedade aos gestores, o contraponto é um maior dever motivador. Com mais caminhos, aumenta-se a necessidade de transparência quanto à escolha da trilha mais adequada a ser seguida" (cf. voto condutor do Acórdão 306/2013-TCU-Plenário).

⁴ "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)".

⁵ "Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios".

regras em relação às contratações realizadas pela Administração. Em especial, foram modificados os artigos 22, inciso XXVII, e 173, §1º, da CF.⁶

O §1º do artigo 173 determina, ainda, que o estatuto jurídico das empresas estatais exploradoras de atividade econômica disponha sobre: sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; a constituição e funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; e mandatos, avaliação de desempenho e responsabilidade dos administradores.

Da leitura dos aludidos dispositivos constitucionais, depreende-se a necessidade de haver, pelo menos, dois diplomas legais sobre licitações e contratos, ambos dispondo sobre normas gerais e aprovados pela União: um aplicável às administrações direta, autárquica e fundacional da União, Estados e Municípios e outro relativo às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Na realidade, a EC 19/1998 estabeleceu bases para uma revisão do regime de atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.

O objetivo dessa separação no tratamento a ser dado às licitações e aos contratos firmados pelas entidades referidas no artigo 37, inciso XXI, e aquelas conduzidas pelas entidades de que trata o §1º do artigo 173 é o de buscar para as empresas estatais que exploram atividade econômica regras menos rígidas ou formalistas, de modo a conferir a elas maior flexibilidade gerencial, dado o regime de competição que lhes é imposto.

Assim, em cumprimento à determinação constitucional, em 1º de julho de 2016 entrou em vigor a Lei 13.303, chamada de “Lei das Estatais” por estabelecer o estatuto jurídico das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias.

Releva consignar que a questão da aplicação da Lei de Licitações às empresas estatais exploradoras de atividades empresariais vinha sendo reiteradamente enfrentada no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU).⁷ Até a edição do novo estatuto, era pacífico no âmbito do TCU o entendimento de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica deveriam observar, nas contratações envolvendo sua atividade-meio, as disposições contidas nas Leis 8.666/1993 e 10.520/2002.

⁶ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III; (...)”

“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: (...) III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

⁷ Como exemplo, cita-se os Acórdãos 1.390/2004 e 549/2006, ambos do Plenário.

Ainda sob a ótica do Tribunal, a observância das aludidas leis seria a regra mesmo na área finalística das estatais exploradoras de atividade econômica e só poderia ser afastada em situações nas quais fosse demonstrada a existência de óbices negociais, com efetivo prejuízo às atividades da estatal que impossibilitassem a realização de licitação.

2 O fundamento constitucional da nova legislação

A Lei das Estatais expressamente consignou sua aplicabilidade a toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Para tanto, a norma foi editada com fulcro no artigo 22 da CF, o qual relaciona as competências legislativas privativas da União.

As normas da Lei 13.303/2016 estão estruturadas basicamente em duas partes, que tratam de temas distintos entre si, mas que não deixam de se relacionar. Na primeira parte, há um conjunto de normas sobre governança corporativa, transparência na gestão e mecanismos de controle da atividade empresarial. Na segunda, encontramos normas sobre licitação e contratação a serem observadas pelas empresas estatais.

Na verdade, referidos temas se inter-relacionam na medida em que a flexibilização das regras de licitação depende da efetiva adoção de instrumentos jurídicos e gerenciais que evitem práticas abusivas.

O artigo 28 da Lei das Estatais estabelece as regras gerais sobre a obrigatoriedade da licitação, fixando os pressupostos de sua aplicação. O dispositivo está em sintonia com o inciso XXI do artigo 37 da CF ao estabelecer a licitação como regra fundamental. Admite, ainda, em casos excepcionais, expressamente previstos nos artigos 29 e 30, a ausência da licitação.

3 Princípios e objetivos

Tal qual as demais modalidades licitatórias estabelecidas na Lei 8.666/1993 ou no RDC, o regime instituído pela Lei das Estatais deve ser regido por princípios e objetivos previstos, em especial, no artigo 31 da nova lei.⁸

O aludido dispositivo faz menção aos princípios da impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, economicidade, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório, obtenção de competitividade e julgamento objetivo.

⁸ “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”.

De ver que, diferentemente das normas que regem as contratações públicas, o artigo 31 da Lei 13.303/2016 não fez menção expressa ao princípio da legalidade. É de se pensar que essa omissão tenha relação com o fato de as empresas estatais serem pessoas jurídicas de direito privado. Assim, os contratos regidos pela nova lei devem observância aos preceitos de direito privado. Nesses termos, em suas relações com particulares, é possível estipular tudo o que a lei não proíbe. Vigora, em geral, a autonomia da vontade.

Em relação ao texto da Lei 8.666/1993, observa-se a inclusão de “novos” princípios e objetivos: eficiência, economicidade, obtenção de competitividade e vedação ao sobrepreço ou superfaturamento.

Quanto ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa, este ganhou contorno mais abrangente, incluindo a avaliação do ciclo de vida do objeto licitado.

4 Licitação – Visão geral

O procedimento de licitação deverá ser preferencialmente eletrônico e observar as seguintes fases principais, nesta ordem: preparação; divulgação; apresentação das propostas ou lances; julgamento; verificação de efetividade dos lances ou propostas; negociação; habilitação; recursos; adjudicação; e encerramento.

De acordo com o artigo 33 da nova lei, o objeto da licitação e do contrato dela decorrente será definido de forma sucinta e clara no instrumento convocatório. Trata-se de regra similar à contida no inciso I do artigo 40 da Lei 8.666/1993. Ademais, não deve ser excessivamente detalhada, sob pena de ensejar restrições indevidas à competitividade.⁹

A publicidade dos procedimentos licitatórios, do procedimento de pré-qualificação e dos contratos deverá ocorrer no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município e no portal específico mantido pela empresa pública ou sociedade de economia mista na *internet* (artigos 39 e 51).

Acompanhando o desenvolvimento da comunicação por meio eletrônico, em regra similar ao do RDC, evidencia-se a tendência para que a divulgação das contratações assim ocorra. Essa prática pode propiciar menores custos para a Administração e possibilitar uma maior agilidade no procedimento ante a exclusão dos prazos necessários para a divulgação mediante a mídia impressa.

Vale destacar que a divulgação por meio eletrônico deve ocorrer em todas as licitações, mesmo aquelas cujos valores se enquadrariam na modalidade convite prevista na Lei 8.666/1993. Essa lei não estabelece a obrigatoriedade de

⁹ A esse respeito, a Súmula TCU 177 prescreve que: “A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão”.

publicação do instrumento convocatório para essas licitações de pequeno valor, verifica-se, nessa hipótese, uma sensível ampliação da publicidade.

Outro aspecto que merece atenção são os modos de disputa admitidos pela Lei 13.303/2016 (artigo 52). No modo aberto, os licitantes apresentam suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado. Já no modo fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora designadas para que sejam divulgadas.

Quando o objeto da licitação puder ser parcelado, poderá ser utilizada a combinação de ambos os modos de disputa, aberto e fechado. Assim, para uma parcela do objeto poderá ser utilizado determinado modo de disputa, enquanto para outra parcela poderá ser utilizado modo de disputa distinto.

Por outro lado, a Lei 13.303/2016 não previu a possibilidade de utilização do modo de disputa combinado, previsto no RDC, quando para uma mesma parcela do objeto utiliza-se os dois modos de disputa, combinando-se propostas fechadas com lances. Em princípio, não se pode afirmar qual modo de disputa seria mais eficiente para ampliar a competitividade do certame. A experiência da apresentação de lances no modo de disputa aberto vem apresentando bons resultados na modalidade pregão, no sentido de serem propiciadas ofertas mais vantajosas para a Administração. Seria interessante que a norma legal tivesse previsto o modo de disputa combinado, em que se aproveita as vantagens de ambos.

Merece destaque, também, a permissão contida na Lei 13.303/2016 para a apresentação de lances intermediários quando for adotado o modo de disputa aberto.¹⁰ A possibilidade de lances intermediários permite aos licitantes disputarem determinada posição classificatória na expectativa de que aqueles com melhores propostas não preencham os requisitos de habilitação. Busca-se, assim, inibir o chamado “efeito coelho”, verificado nos pregões regidos pela Lei 10.520/2002, em que determinada empresa não apta a se habilitar ou que não tenha interesse na contratação, em conluio ou não com outra licitante, promove o prematuro fim da competição ao elaborar proposta inviável para os demais licitantes.

Acerca do critério de julgamento, este será definido de acordo com as características do objeto da licitação. Poderão ser utilizados os seguintes critérios, a serem indicados no instrumento convocatório: menor preço; maior desconto; melhor combinação de técnica e preço; melhor técnica; melhor conteúdo artístico; maior oferta de preço; maior retorno econômico; e melhor destinação de bens alienados.¹¹

¹⁰ “Art. 53 (...) Parágrafo único. Consideram-se intermediários os lances: I – iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta; II – iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento”.

¹¹ Importa destacar que “os critérios de julgamento poderão ser combinados na hipótese de parcelamento de objeto” (§1º do art. 54 da Lei 13.303/2016).

Efetuada o julgamento dos lances ou propostas, será promovida a verificação da efetividade. Nesta ocasião serão desclassificadas as propostas que contenham vícios insanáveis, descumpram especificações técnicas constantes do edital, apresentem preços manifestamente inexequíveis, estejam acima do orçamento estimado para a contratação, não tenham sua exequibilidade demonstrada (quando exigido pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista) ou apresentem desconformidade com outras exigências do instrumento convocatório (artigo 56).

Já a habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos parâmetros descritos no artigo 58.

A habilitação jurídica se dará com a apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante.

A qualificação técnica é restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório.¹²

Sobre a capacidade econômico-financeira, a lei não especifica por meio de quais documentos a licitante poderá satisfazer este requisito, deixando a cargo do administrador fixar os critérios pertinentes. Todavia, por ser imprescindível conhecer a saúde financeira da futura contratada, na prática, podem ser exigidos documentos semelhantes (balanço patrimonial e demonstrações contábeis, certidão negativa de falência ou recuperação judicial).

Em relação aos procedimentos para conclusão do certame, observa-se que, de acordo com a lei, salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá fase recursal única, à semelhança do que ocorre com a modalidade pregão. A Lei das Estatais permite, ainda, expressamente, a convalidação do ato ou do procedimento viciado, possibilidade não prevista na Lei 8.666/1993.¹³

Um ponto que merece registro trata da anulação ou da revogação da licitação, que dependerá de oitiva prévia das interessadas no certame se a fase de apresentação de lances ou propostas já tiver sido iniciada. A posição tradicional

¹² Apesar de não diferenciar em capacidade técnico-operacional e técnico-profissional, a habilitação só pode ocorrer em parcelas técnica e economicamente relevantes, incorporando entendimento consolidado do TCU. A esse respeito, vale destacar o que prevê a Súmula TCU 263: "Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado".

¹³ "Art. 62. Além das hipóteses previstas no §3º do art. 57 desta Lei [revogação após negociação] e no inciso II do §2º do art. 75 desta Lei [revogação em face da não assinatura do contrato], quem dispuser de competência para homologação do resultado poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrentes de fato superveniente que constitua óbice manifesto e incontornável, ou anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, salvo quando for viável a convalidação do ato ou do procedimento viciado".

do TCU defendia que o contraditório e a ampla defesa só seriam necessários após a homologação/adjudicação.¹⁴

5 Contratos – Aspectos gerais

De acordo com o artigo 68 da Lei 13.303/2016, os contratos ali regulamentados devem guiar-se por suas cláusulas, pelo disposto naquela norma e pelos preceitos de direito privado.

Na realidade, constituem esses instrumentos espécies de contratos administrativos, sujeitos ao regime especial estatuído pela própria lei. Nesse sentido, apresentam as seguintes características: são celebrados por pessoa integrante da administração; submetem o particular a posição de sujeição frente à Administração em alguns casos e admitem algumas cláusulas exorbitantes na defesa do interesse/finalidade público. Porém, possuem especificidades que decorrem da exigência de maior autonomia na atuação das empresas estatais.

Com efeito, regulam-se diretamente, naquilo que a norma ou as suas cláusulas forem silentes, pelos preceitos de direito privado. Note-se que os contratos da Lei 8.666/1993 são disciplinados pelos preceitos de direito público, sendo que, apenas supletivamente, aplicam-se os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Além disso, nos contratos administrativos regidos pela Lei 13.303/2016 ganham mais força os princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual. Considerando a própria razão de ser das empresas estatais, qual seja, a exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviço, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, é razoável que a sua atuação esteja sujeita a um regime de maior flexibilidade frente às normas estatutárias comuns.

A maior autonomia da Administração nos contratos regidos pela Lei 13.303/2016 pode ser evidenciada pela liberdade de definir três cláusulas essenciais ao ajuste, a saber: as tipificações das infrações (artigo 69, inciso VI); os casos de rescisão do contrato, entre as hipóteses do artigo 83, e os mecanismos para alteração de seus termos (artigo 69, inciso VII); e a distribuição dos riscos da contratação, mediante a elaboração de uma matriz de riscos (artigo 69, inciso X).

Já a maior autonomia dos particulares colaboradores está presente na impossibilidade de alteração unilateral dos contratos administrativos.¹⁵ Nota-se, portanto, que a sujeição do particular à Administração é reduzida frente ao regime da Lei 8.666/1993.

¹⁴ “Afasto de plano o argumento de que foi violado o devido processo legal, pois, pelo fato de a revogação da licitação ter se dado antes da homologação/adjudicação do certame, não houve violação de direito subjetivo de nenhum licitante” (Acórdão 469/2010-TCU-Plenário).

¹⁵ “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: [listou]”.

A Lei 13.303 admite o contrato verbal 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. Para tanto, deverá ser providenciado o registro contábil exaustivo dos valores despendidos e exigido recibo por parte dos respectivos destinatários, em homenagem ao dever de controle e transparência (artigo 73).

No que se refere à transparência e acesso à informação, o estatuto prevê, em seu artigo 74, que qualquer interessado pode ter conhecimento dos termos do contrato e a obtenção de cópia autenticada de seu inteiro teor ou de qualquer de suas partes, admitida a exigência de ressarcimento dos custos, nos termos previstos na Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

Diferentemente da Lei 8.666/1993, não foi prevista a possibilidade de qualquer interessado obter cópia autenticada do procedimento licitatório. O interessado deverá recorrer ao disposto na Lei de Acesso à Informação.

6 Fiscalização

Para a realização da atividade fiscalizatória, os órgãos de controle externo e interno deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aqueles classificados como sigilosos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista. O grau de confidencialidade é atribuído pela entidade, sendo o órgão de controle corresponsável pelo sigilo.

A fiscalização da sociedade pode ser exercida por meio da impugnação, por qualquer cidadão, do edital de licitação, devendo o pedido ser apresentado em até cinco dias úteis antes da data fixada para a ocorrência do certame.

De forma semelhante ao previsto na Lei 8.666/1993, qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao tribunal de contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação da Lei 13.303/2016.¹⁶

Ademais, a execução dos contratos e dos respectivos orçamentos deverão estar disponíveis para conhecimento público, por meio eletrônico, e deverão ser atualizados mensalmente, sem prejuízo da proteção às operações de perfil estratégico ou aos objetos com segredo industrial (artigo 88). Vale destacar que esta proteção não é oponível aos órgãos de controle.

¹⁶ A propósito da representação, vale lembrar que “o controle decorrente do exercício da competência atribuída pelo dispositivo citado tem por fim último a preservação do interesse público. O interesse de particular pode ser afetado de forma indireta, sempre preservando o direito ao contraditório a terceiros que possam vir a ser prejudicados” (Acórdão 363/2007-TCU-Plenário).

7 Decreto 8.945/2016

Importa registrar que, em 27 de dezembro de 2016, foi expedido o Decreto 8.945, cuja finalidade foi regulamentar, no âmbito da União, a Lei 13.303/2016.

Considerando que as normas da Lei das Estatais vieram estruturadas basicamente em duas partes (normas sobre governança corporativa, transparência na gestão e mecanismos de controle da atividade empresarial, no primeiro grupo; e normas sobre licitação e contratação, no segundo), pode-se dizer que o decreto em comento dispôs, essencialmente, sobre o primeiro grupo de normas.

Em síntese, o regulamento trouxe disposições acerca da constituição, do regime societário e da função social das empresas estatais. Além disso, foi objeto de regulamentação também o exercício da atividade de fiscalização, pelo estado e pela sociedade, em relação às estatais, bem como o tratamento diferenciado a ser concedido às empresas de menor porte.¹⁷

No tocante a licitações e contratos, o Decreto 8.945/2016, em seu artigo 71, estabelece que o regime de licitação e contratação da Lei 13.303/2016 é autoaplicável.¹⁸

8 Conclusão

A Lei das Estatais consagra a autonomia das empresas públicas e das sociedades de economia mista, criando um regime que propicia maior autonomia às estatais.

Além disso, reproduz grande parte das regras do RDC e cria institutos novos que deverão ser testados pela prática administrativa.

Nesse contexto, deve haver, por parte dos governos e das estatais, um esforço no sentido de buscar, em maior grau possível, a utilização da lei em questão.

¹⁷ De acordo com o art. 64 do decreto, as empresas estatais deverão adequar seus estatutos sociais às novas regras até 31 de junho de 2018, se prazo inferior não for estipulado pela Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União (CGPAR).

¹⁸ O regime de licitação e contratação da Lei 13.303/2016 não será aplicável para: "I – procedimentos auxiliares das licitações, de que tratam os arts. 63 a art. 67 da Lei 13.303/2016; [pré-qualificação permanente, cadastramento, sistema de registro de preços e catálogo eletrônico de padronização]; 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 13.303/2016; III – etapa de lances exclusivamente eletrônica, de que trata o §4º do art. 32 da Lei 13.303/2016; IV – preparação das licitações com matriz de riscos, de que trata o inciso X do caput do art. 42 da Lei 13.303/2016; 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 13.303/2016; e VI – disponibilização na internet do conteúdo informacional requerido nos arts. 32, §3º, art. 39, art. 40 e art. 48 da Lei 13.303/2016". Para disciplinar tais matérias, o decreto determina que as empresas estatais editem regulamento interno até 30 de junho de 2018. Este regulamento deverá dispor, ainda, sobre os níveis de alçada decisória e a tomada de decisão, preferencialmente de forma colegiada, devendo ser aprovado pelo Conselho de Administração da empresa, se houver, ou pela assembleia geral (vide §1º do artigo 71 do decreto).

Considerations on the legal status of public companies (Law 13303/2016)

Abstract: This article proposes some reflections on the legal status of public companies. The rules of Statute Law n. 13303, of 2016, are basically structured in two parts. In the first one, there is a set of norms on corporate governance, transparency in the management and mechanisms of control of the business activity. In the second one, we find rules about bidding and contracting to be observed by public companies. Based on this, we will analyze the abovementioned Law in the framework of the Brazilian public contracting system.

Keywords: Administrative Law; Public Contracting; Public Companies.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/2016). *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 15-26, mar./abr. 2017.

Recebido em: 07.03.2017

Aprovado em: 24.03.2017