



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
MESTRADO PROFISSIONAL EM PLANEJAMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS

PHILIPPE MAGALHÃES BEZERRA

**A REGULAMENTAÇÃO DOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA COMO
MECANISMO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NAS EMPRESAS ESTATAIS**

FORTALEZA – CEARÁ

2019

PHILIPPE MAGALHÃES BEZERRA

A REGULAMENTAÇÃO DOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA COMO
MECANISMO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NAS EMPRESAS ESTATAIS

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Profissional em Planejamento e Políticas Públicas do Centro de Estudos Sociais Aplicados da Universidade Estadual do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Planejamento e Políticas Públicas. Área de Concentração: Planejamento e Políticas Públicas

Orientador: Prof. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

FORTALEZA – CEARÁ

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Universidade Estadual do Ceará

Sistema de Bibliotecas

Bezerra, Philippe Magalhães .

A regulamentação dos processos de contratação pública como mecanismo de combate à corrupção nas empresas estatais [recurso eletrônico] / Philippe Magalhães Bezerra. - 2019.

1 CD-ROM: 4 ¼ pol.

CD-ROM contendo o arquivo no formato PDF do trabalho acadêmico com 111 folhas, acondicionado em caixa de DVD Slim (19 x 14 cm x 7 mm).

Dissertação (mestrado profissional) - Universidade Estadual do Ceará, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Mestrado Profissional em Planejamento e Políticas Públicas, Fortaleza, 2019.

Área de concentração: Planejamento e políticas públicas.

Orientação: Prof.ª Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça.

1. Empresas Estatais. 2. Corrupção. 3. Contratações públicas. I. Título.

PHILIPPE MAGALHÃES BEZERRA

A REGULAMENTAÇÃO DOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA
COMO MECANISMO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NAS EMPRESAS
ESTATAIS

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado Profissional em Planejamento e Políticas Públicas do Centro de Estudos Sociais Aplicados da Universidade Estadual do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Planejamento e Políticas Públicas. Área de concentração: Planejamento e Políticas Públicas.

Aprovada em: 23/05/2019

BANCA EXAMINADORA



Prof.^a Dr.^a Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça (Orientadora)
Universidade de Fortaleza - UNIFOR



Prof. Dr. Saulo Nunes de Carvalho Almeida
Centro Universitário Católica de Quixadá – UNICATÓLICA



Prof. Dr. Francisco Lisboa Rodrigues
Faculdade de Tecnologia do Nordeste – FATENE

Ao meu filho, Philippe Magalhães Bezerra
Filho, meu sorriso de cada manhã e a razão de
tudo .

AGRADECIMENTOS

A Deus pela força e proteção de sempre.

À minha família, (base) em especial, aos meus pais Bezerra e Wzelyr, que nunca pouparam esforços para minha formação acadêmica e pessoal, sempre acreditando e vibrando com cada conquista.

Às minhas irmãs Ivna e Stella, minhas sobrinhas Sara e Thais, e meu cunhado Nonato, que sempre proporcionaram um ambiente familiar harmonioso e de muita felicidade.

À Profa. Lírida, pela disponibilidade, atenção, carinho e orientação concedida.

Aos membros da banca, Dr. Saulo Nunes e Dr. Francisco Lisboa, pelas contribuições.

À turma 15 do Mestrado Profissional em Planejamento e Políticas Públicas (MPPPP), em especial, aos colegas Thaisse, Vera, Caroline, Cléris e Ivan, parceiros de angústias e gargalhadas.

Aos meus colegas de carreira, amigos de vida e sócios no Instituto Brasileiro de Contratações Públicas, Bruno Félix e Rafael Nogueira, pessoas cuja convivência diária me alimenta constantemente de conhecimento e desafios.

RESUMO

As empresas estatais estão presentes em nosso ordenamento jurídico desde o império, pois logo que a família real chegou ao Brasil foi criado o Banco do Brasil. O advento da república fez com que o processo de criação de entidades com natureza empresarial e participação do Estado se intensificasse, sendo os governos do Presidente Getúlio Vargas, marcos na ascensão desses modelos de pessoas jurídicas, momento em que se teve a criação da Petrobrás e Companhia Siderúrgica Nacional, por exemplo. Nos governos militares de 1964 a 1985, esse processo ganhou ainda mais força, sendo um momento de maior fomento à criação de empresas estatais. A partir da Constituição de 1988, o delineamento jurídico das empresas estatais passou a ser mais específico, sendo a emenda à constituição 20/98, responsável por uma transformação significativa do regime das estatais, mas cuja regulamentação necessitava de uma lei específica. Em 2016, surge a lei 13.303/16, ou simplesmente lei das estatais que regulamenta a constituição, instituindo regras de governança ética, flexibilidade nas contratações e padrões de fiscalização e controle. A lei surgiu num momento de intensa crise na Petrobrás após os escândalos de corrupção revelados pela operação “lava-jato”. Foi instituído um capítulo específico para tratar das contratações públicas nas empresas estatais, criando um novo regime jurídico próprio. Dentro desse novo paradigma, a lei previu que as companhias teriam o prazo de 2 anos para editar regulamentos internos de licitações e contratos, dispendo sobre aspectos específicos de cada empresa, a fim de que seus procedimentos internos fossem personalizados e adequados à realidade de cada uma delas. Dentro dessas novas normas que devem ser estruturadas por cada estatal, há inúmeros dispositivos que podem ser utilizados como forma de se obter uma cultura de integridade, coibindo a prática de atos fraudulentos nas empresas públicas e sociedades de economia mista. Desde o início de um processo de contratação pública, é possível que a estatal tenha regras relativas à indicação de marca, definição de preços de referência e audiências públicas que trarão mais transparência e economicidade à companhia. Na parte relativa à habilitação dos licitantes, é possível a criação de mecanismos de escolha que impeçam a estatal de contratar com agente privados que não possuem um programa efetivo de integridade, ou que sejam classificados como de alto risco. Também os meios de disputa podem ser regulamentados de modo a prover cada empresa estatal de mecanismos que definam metodologias adequadas, bem como critérios de julgamento objetivos e íntegros dentre os relacionados na nova lei.

Finalmente, veremos que uma boa regulamentação da fase de execução contratual poderá contribuir significativamente para a prevenção de condutas ilícitas, desde a designação e capacitação das equipes de fiscalização, passando por regras de gestão contratual que impeçam alterações contratuais inadequadas e lesivas ao patrimônio da empresa estatal, e finalizando com a regulamentação dos mecanismos sancionadores, provendo as estatais de regras procedimentais claras e efetivas, com o estabelecimento de sanções racionais e compatíveis com as condutas e sua gravidade.

Palavras-chave: Empresas Estatais. Corrupção. Contratações públicas.

RESUMÉ

Les sociétés d'État sont présentes dans notre système juridique depuis l'empire. Dès l'arrivée de la famille royale au Brésil, la Banco do Brasil a été créée. L'avènement de la république a intensifié le processus de création d'entités à caractère social et la participation de l'État. Les gouvernements du président Getúlio Vargas ont marqué un tournant dans la montée en puissance de ces entités juridiques. Nous avons alors créé Petrobrás et Companhia Siderúrgica Nacional, par exemple. Dans les administrations militaires de 1964 à 1985, ce processus a pris encore plus d'effet, marquant un moment de plus en plus favorable à la création de sociétés d'État. À partir de la constitution de 1988, la conception juridique des entreprises d'État est devenue plus précise et l'amendement à la constitution 20/98 était responsable d'une transformation importante du système étatique, mais la réglementation nécessitait une loi spécifique. Et en 2016, la loi 13.303/16, ou simplement une loi des entreprises d'État, régit la constitution en établissant des règles de gouvernance éthique, une flexibilité dans les contrats et des normes de supervision et de contrôle. La loi a été adoptée à un moment de crise intense à Petrobras après les scandales de corruption révélés par l'opération de "blanchiment des jet".

Un chapitre spécifique a été créé pour traiter des marchés publics dans les entreprises d'État, créant ainsi un nouveau régime juridique. Dans le cadre de ce nouveau paradigme, la loi prévoyait que les entreprises disposeraient de deux ans pour modifier les règlements internes des offres et des contrats, en prévoyant des aspects spécifiques de chaque entreprise, afin que leurs procédures internes soient personnalisées et adaptées à la réalité de chacun. eux. Au sein de ces nouvelles règles qui doivent être structurées par chaque État, de nombreux dispositifs peuvent être utilisés pour obtenir une culture d'intégrité, réprimant la pratique d'actes frauduleux dans les sociétés ouvertes et les sociétés à capitaux mixtes. Dès le début du processus de passation des marchés publics, il est possible que l'entreprise publique dispose de règles relatives à la stratégie de marque, à la définition des prix de référence et à des auditions publiques qui apporteront plus de transparence et d'économie à l'entreprise. Dans la partie relative à la qualification des soumissionnaires, il est possible de créer des mécanismes de choix qui empêchent l'État de faire appel à des agents privés qui ne disposent pas d'un programme d'intégrité efficace ou qui sont classés à haut risque. Les moyens de contestation peuvent également être réglementés afin de fournir à chaque société d'État des mécanismes qui définissent les méthodologies appropriées, ainsi que des critères objectifs et un objectif d'intégrité parmi ceux liés dans la nouvelle loi. Enfin, nous verrons qu'une bonne réglementation de la phase d'exécution contractuelle peut contribuer de manière significative

à la prévention des comportements illicites, depuis la désignation et la qualification des équipes d'inspection, via des règles de gestion contractuelles empêchant toute modification contractuelle inappropriée et tout préjudice aux fonds propres de l'entreprise d'État et finalisant avec la réglementation des mécanismes de sanction, fournissant à l'État des règles de procédure claires et efficaces, ainsi que l'établissement de sanctions rationnelles et compatibles avec les conduits et leur sévérité.

Mots-clés: Entreprises publiques. La corruption. Contrats publics.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	16
2.1	CONSIDERAÇÕES SOBRE AS EMPRESAS ESTATAIS NO BRASIL COLÔNIA E IMPÉRIO (1808 A 1888).....	16
2.2	EMPRESAS ESTATAIS DO INÍCIO DA REPÚBLICA ATÉ O GOLPE MILITAR DE 1964 (1889-1963).....	17
2.3	EMPRESAS ESTATAIS NA DITADURA MILITAR (1964-1985).....	21
2.4	EMPRESAS ESTATAIS NO BRASIL PÓS 1988.....	25
2.4.1	Administração direta e Administração indireta.....	25
2.4.2	Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista na Constituição de 1988.....	29
3	EMPRESAS ESTATAIS NA LEI 13.303/16.....	42
3.1	HISTÓRICO DA LEI 13.303/16.....	42
3.2	SUBDIVISÕES DA LEI 13.303/16: REGRAS ESTATUTÁRIAS, REGRAS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS, REGRAS DE FISCALIZAÇÃO PELO ESTADO E SOCIEDADE E DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS.....	45
3.2.1	Regras estatutárias da lei 13.303/16 – art. 01º ao 27º.....	45
3.2.2	Regras de licitações e contratos na lei 13.303/16 – art. 28º ao 84º.....	55
3.2.2.1	Das licitações nas empresas estatais.....	57
3.2.2.2	Dos contratos nas empresas estatais.....	62
3.2.3	Dos mecanismos de Fiscalização e Controle – art. 85º ao 90º.....	66
4	A REGULAMENTAÇÃO DOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA COMO MECANISMO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NAS ESTATAIS.....	70
4.1	DO PODER REGULAMENTAR DAS ESTATAIS NOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA.....	71
4.2	DO COMBATE À CORRUPÇÃO NAS ESTATAIS POR MEIO DAS NORMAS REGULAMENTARE.....	72
4.2.1	Procedimentos preparatórios do certame licitatório.....	73
4.2.1.1	Indicação de marca ou modelo.....	73
4.2.1.2	Definição dos preços de referência.....	75

4.2.1.3	Realização de Audiências e Consultas Públicas prévias.....	77
4.2.2	Habilitação dos licitantes.....	79
4.2.2.1	Exigência de um programa efetivo de integridade.....	82
4.2.2.2	Análise de risco de integridade.....	85
4.2.3	Momento da disputa entre os licitantes.....	88
4.3.2.1	Regulamentação dos meios de disputa nas estatais.....	89
4.2.3.2	A regulamentação dos critérios de julgamento.....	92
4.2.4	Execução contratual.....	94
4.2.4.1	Equipe de fiscalização.....	95
4.2.4.2	Justificativa técnica das alterações contratuais.....	97
4.2.4.3	Aplicação de sanções nos contratos.....	98
5	CONCLUSÃO.....	102
	REFERÊNCIAS.....	106

1 INTRODUÇÃO

As Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, mais conhecidas como “Empresas Estatais” ou tão somente “Estatais”, têm a própria Constituição Federal de 1988, como norma que fundamenta as suas existências. Permitiu o constituinte originário que a União, Estados, Municípios e Distrito Federal criassem, mediante autorização legal específica, pessoas jurídicas com personalidade de direito privado, possibilitando que o Poder Público explorasse atividades econômicas desde que fosse necessário aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, na forma traçada pela redação original do artigo 173 da Carta Magna.

Com a reforma administrativa promovida pela Emenda Constitucional 19 de 1998, alterações foram promovidas nos dispositivos constitucionais relativos às Estatais de modo que o texto da Constituição passou a admitir que a atuação dessas novas pessoas jurídicas abrangesse não apenas a exploração de atividades econômicas, mas também a prestação de serviços públicos, criando, a partir daí, uma clássica classificação doutrinária no direito administrativo, que subdivide as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista em: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público.

A mencionada alteração constitucional de 1998 trouxe também, no parágrafo primeiro do artigo 173, uma norma de eficácia limitada que prevendo que seria editada uma lei infraconstitucional que estabeleceria o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, sejam elas exploradoras de atividade econômica, sejam elas prestadoras de serviço público. Dentre outros assuntos, a norma constitucional previu que o referido estatuto iria dispor sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, desde que observados os princípios da Administração Pública.

Por muitos anos, o texto constitucional que previu essa regulamentação infraconstitucional foi “letra morta”, assim como muitos outros dispositivos constitucionais que até hoje aguardam uma regulamentação do legislador infraconstitucional. Na parte relativa aos processos de contratação pública, como até 1998 não havia a previsão constitucional de uma legislação específica para as estatais, o legislador acabou alocando as empresas públicas e sociedades de economia mista no âmbito de abrangência da lei geral de licitações editada em 21 de junho de 1993, lei 8.666/93.

A partir de 1998, a submissão das empresas estatais à lei geral de licitações passou a existir em virtude a ausência de regulamentação do parágrafo primeiro do artigo 173,

ou seja, esperava-se que a qualquer momento surgisse um regramento próprio, o que só veio a se efetivar em 2016, em uma lei desencadeada, dentre outros motivos, pela operação da Polícia Federal chamada de “lava-jato”.

Com efeito, em 2014, o Departamento de Polícia Federal Brasileiro deflagra uma investigação que tem como foco contratações públicas da Empresa Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás, sociedade de economia mista de capital aberto, cujo acionista majoritário é a União Federal. No curso das investigações sobre os escândalos de corrupção envolvendo a maior estatal brasileira, o Congresso Nacional aprova o projeto de lei 555/2015, de relatoria do Deputado Arthur Oliveira Maia, mas que teve origem no projeto de lei 167/2015, de autoria do Senador Tasso Jereissati.

Nasce então, a lei 13.303/16, o Estatuto Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, mais popularmente conhecida como “Lei das Estatais”. A influência da operação lava-jato no trâmite e aprovação da lei das estatais é bem nítida, já que o novo regramento legal, apesar de decorrer de um apelo constitucional existente desde 1998, tem sua tramitação e aprovação rápida, bem no curso das investigações policiais e legislativas, já que em 14/05/2014 foi instalada uma Comissão Parlamentar de Inquérito no Senado da República, com a finalidade de investigar as denúncias da Petrobrás.

A norma aprovada pelo congresso nacional objetivou regulamentar os cinco pontos traçados pela Constituição: 1) função social e formas de fiscalização pelo Estado e sociedade; 2) sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; 3) licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações; 4) constituição e funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com participação de acionistas minoritários e 5) mandatos, avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

A lei 13.303/16, tratando dos temas acima elencados, pode ser dividida em três partes. A primeira delas, que vai do artigo primeiro ao artigo vigésimo sétimo, disciplina os temas 2, 4 e 5, mencionados no parágrafo anterior. A partir do artigo vigésimo oitavo até o octogésimo quarto, a lei disciplina a parte de licitações e contratos, e entre os artigos oitenta e cinco e noventa regulamenta o ponto 1 mencionado também no parágrafo anterior.

A preocupação do legislador foi clara em estabelecer um novo regramento jurídico para as empresas públicas e sociedades de economia mista, de modo que essas pessoas jurídicas passassem a gozar de instrumentos de governança corporativa eficazes e que fossem capazes de proporcionar uma efetiva mudança de cultura na organização das estatais,

de modo que elas possam ser um instrumento de atuação em favor da sociedade e não em favor de pequenos grupos, sejam eles econômicos ou político-partidários.

Partindo dessas premissas, nossa pesquisa irá se debruçar sobre as alterações relativas aos processos de contratação pública da nova lei, considerando que se estabeleceu um marco regulatório completamente inovador que retirou as estatais do regime tradicional da lei 8.666/93 e criou um regime jurídico com normas jurídicas próprias, especialmente pensadas para as empresas estatais, considerando suas naturezas jurídicas e finalidades.

Nessa seara, a nova norma estabeleceu normas gerais de licitações e contratos aplicáveis a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista federais, estaduais, municipais e distritais, mas ao mesmo tempo deixou para as próprias estatais a função de regulamentar internamente, inúmeros aspectos específicos do processo de contratação pública, considerando que cada pessoa jurídica possui peculiaridades intrínsecas que exigem uma normatização especial.

Ao viabilizar que por meio de regulamentos internos de licitações e contratos, as estatais possam criar normas de conduta específicas, o legislador ao mesmo tempo reconhece essas vicissitudes pessoais, e também atribui, às estatais, uma gama de possibilidades que enaltecem a sua autonomia administrativa, possibilitando que inúmeras regras sejam formatadas levando em consideração fatores como: objeto social da estatal, porte da empresa e sua conformação administrativa interna.

A lei 13.303, publicada em 30 de junho de 2016, estabeleceu um prazo de *vacatio legis* de 2 anos, de modo que sua aplicabilidade plena ocorreu a partir de 30 de junho de 2018, data na qual as estatais deveriam estar estruturadas em conformidade com a nova lei, inclusive com os respectivos regulamentos de licitações e contratos devidamente aprovados pelos Conselhos de Administração, momento a partir do qual a norma interna da estatal produzirá os efeitos que dela se espera, dentre eles, o de estabelecer regras de conduta em licitações e contratos que estejam adequadas ao contexto de combate à corrupção nas estatais originário da própria criação da lei 13.303/16.

Cumpre-nos, então, investigar na presente dissertação, quais os limites da regulamentação interna que a lei das estatais conferiu às empresas públicas e sociedades de economia mista no âmbito da normatização dos processos de compras. Analisaremos, ainda, se a autonomia conferida às estatais pela lei 13.303/16 vem sendo efetivamente utilizada e correlata com a realidade fática de cada empresa.

E no clímax de nossa pesquisa, verificaremos se os regulamentos internos de licitações e contratos podem ser instrumentos de combate à corrupção nas empresas estatais e, caso positivo, de que forma ele pode ser um instrumento de prevenção, detecção e controle de atos lesivos às estatais, considerando cada fase do processo de contratação, que vai desde a concepção da demanda do produto, serviço ou obra que se pretende realizar até a fase de execução contratual.

2 EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA - EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Dissertar sobre a evolução histórica das estatais nos exige uma contextualização do período anterior à Constituição de 1988, de modo que optamos por dividir o período antecedente à Carta Constitucional vigente, em 3 (três) momentos. O primeiro deles como marco inicial, o ano de 1808, marcado pela chegada da família real portuguesa ao território da então colônia de Portugal até o declínio do império português em 1889.

O segundo período terá como marco histórico, o advento da república, em 15 de novembro de 1989, e se estenderá até o último governo democrático, antes do início dos governos militares em 1964. Dessa forma, o terceiro e último período, pré-constituição de 1988, tem início com o governo do presidente Castelo Branco e termo com o advento da nova carta constitucional elaborada no contexto da redemocratização. Finalizaremos o capítulo, trazendo a lume as características das empresas estatais na conformação traçada pela constituinte de 1988.

2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS EMPRESAS ESTATAIS NO BRASIL COLÔNIA E IMPÉRIO (1808 A 1888)

A origem das empresas estatais no Brasil remonta ao nosso período colonial, na medida em que, uma das primeiras providências da família real quando da sua chegada ao território nacional, após a fuga de Portugal em 1808, foi a criação do Banco do Brasil naquele mesmo ano. Nascia, então, a primeira estatal no território nacional, antes mesmo da independência do Brasil.

Dissertando acerca desse momento histórico, Schirato (2016, p. 22) explica: “Não obstante ter ocorrido a criação da primeira estatal brasileira ainda nos tempos coloniais, o desenvolvimento e a expansão das empresas estatais somente vieram a se consolidar a partir do final da primeira metade do século seguinte.”

Com efeito, apenas no período republicano identificaremos uma efetiva política de criação das empresas estatais, de modo que não encontraremos na Constituição Imperial de 1824, qualquer menção à atuação do Estado na política de criação de empresas estatais. Na carta política de 1824, em termos de economia, veremos apenas a instituição do título 7º com a nomenclatura: “Da Administração e Economia da Províncias”, no qual o constituinte entre

os artigos, 170 e 172, cuidou de forma breve das questões relacionadas somente à Fazenda Nacional, arrecadação, contabilidade pública e instituição do “Thesouro Nacional”.

Ainda no século XIX, com a proclamação da independência e advento da república, nossa primeira constituição republicana de 1891, não houve relevantes novidades em relação às empresas estatais. O único dispositivo da novel carta republicana de 1891, que nos remete à possibilidade de criação de bancos é o artigo 34, que estabelece as competências do Congresso Nacional e dispõe: “Art. 34 – Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) 8º criar bancos de emissão, legislar sobre ella, e tributar-a; (...)”.

Assim, temos na primeira carta política republicana dispositivo que permitia ao próprio Congresso Nacional diretamente criar bancos de emissão de moedas, recordando que até então, as únicas estatais presentes no território nacional eram o Banco do Brasil criado em 1808 e que, embora extinto em 1829, ressurgiu em 1853 com natureza jurídica de empresa privada, e a Caixa Econômica Federal criada pelo Imperador Dom Pedro II em 12 de janeiro de 1861, com a alcunha de Caixa Econômica da Corte.

Apesar desse primeiro momento histórico ser de suma relevância para o estudo da gênese das estatais, o período do império até o início da república no Brasil ainda se mostra incipiente em termos de consolidação das empresas estatais, na medida em que ainda se priorizava a concessão de serviços para particulares, fato que somente terá mudanças significativas a partir do período Vargas. (Cavalcanti, 1996).

2.2 EMPRESAS ESTATAIS DO INÍCIO DA REPÚBLICA ATÉ O GOLPE MILITAR DE 1964 (1889-1963)

Conforme mencionamos no tópico anterior, somente na primeira metade do século XIX, a atuação das empresas estatais passou a ser mais presente no cotidiano brasileiro, sendo a atividade ferroviária uma das percussoras desse novo momento, conforme leciona Schirato (2016, p.22): “A primeira atividade incluída no rol de atuação das empresas estatais foi a ferroviária. Nesse sentido, tem-se que no final da década de 1920 a maior parte das ferrovias brasileiras encontrava-se controlada por empresas estatais.”

Apesar da década de 1920 ter sido de suma importância para a difusão das empresas estatais, somente na chamada “Era Vargas” que foi de 1930 a 1945, verificaremos a consolidação desse modelo estatal de prestação de serviço público e de atuação do Estado nas atividades econômicas.

Historicamente, entretanto, o primeiro governo do presidente Getúlio Vargas é marcado por dois momentos distintos, o primeiro inaugurado pela constituição de 1934, com um viés mais democrático e repleta de direitos sociais até então almejados pela classe trabalhadora, e o segundo a partir da constituição de 1937, de cunho mais autoritário, dando início ao período conhecido como “Estado Novo”, cujo término se deu em 1945.

Assim como a constituição de 1891, a carta de 1934 também fez remissão a atividade bancária, porém de uma forma diversa do texto anterior, na medida em que trouxe a previsão de que a lei promoveria a nacionalização dos bancos, e no mesmo dispositivo tratou da nacionalização das empresas de seguros, nos termos do artigo 117¹ daquela Magna Carta.

Observa-se, dessa forma, que a própria constituição elegeu atividades acima como de interesse nacional, e embora não as estatizando, promoveu a suas progressivas nacionalizações, de modo que, dessa forma, o constituinte já sinalizava a relevância delas, criando um espaço favorável para o momento posterior que seria iniciado com a carta de 1937, conforme anota Shirato (2016):

O marco inicial desse movimento de expansão da atividade empresarial do Estado se dá com a constituição, em 1939, do Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), por meio do Decreto-lei n. 1.186, de 3 de abril de 1939. A partir daí, houve uma considerável multiplicação das empresas estatais no Brasil, cujos campos de atividade abrangiam uma série de atividades econômicas e serviços públicos, tanto em sentido mais amplo quanto em mais restrito. (SHIRATO, 2016, p. 22)

A criação do Instituto de Resseguros do Brasil em 1939, não se deu por disposição constitucional específica que previa a criação de empresas estatais, semelhante ao modelo que temos em nossa atual constituição de 1988. Na verdade, a constituição de 1937 possibilitou a criação por ato do executivo, pois inicialmente, o parlamento brasileiro foi dissolvido pelo artigo 178².

Com a dissolução do Congresso Nacional, a própria carta constitucional, atribuiu ao Presidente da República, a competência para legislar por meio de decretos-lei sobre todas

¹ Art 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.

² Art 178 - São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187.

as matérias de competência da união, estabelecendo: “Art 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.”

Se valendo dessa competência constitucional, o Presidente Getúlio Vargas edita o decreto-lei 1.186 e cria em 3 de abril de 1939, o Instituto de Resseguros do Brasil, dando início a um período de intensa criação de estatais no âmbito federal, tais como a Companhia Siderúrgica Nacional, criada pelo decreto-lei 3.002 de 30 de janeiro de 1941, Companhia Vale do Rio Doce S/A, instituída pelo decreto-lei 4.352 de 01 de junho de 1942 e a Companhia Hidrelétrica do São Francisco (CHESF), criada pelo decreto-lei 8.031 de 03 de outubro de 1945. Analisando esse momento histórico, notadamente sobre a falta de uniformidade jurídica na criação de empresas estatais, Bedone (2019) escreveu:

O aparecimento das empresas estatais no Brasil não constituiu fenômeno sistematizado ou ordenado, mas verdadeiro reflexo do momento político, social e econômico do País, que vivia sob o Estado Novo (1937-1945), na Era Vargas (1930-1945). As empresas estatais, à época, sequer tinham previsão constitucional. (BEDONE, 2019, p. 30)

Já no segundo governo Vargas (1950-1954), a criação de empresas estatais já irá se aproximar mais do modelo que temos na atualidade, na medida em que o instrumento constitucional para intervenção do Estado no domínio econômico passa a ser a lei em sentido formal, pressupondo a participação do Poder Legislativo na definição dessa espécie de política pública. Com efeito, a constituição da república de 1946 previu no título dedicado à Ordem Econômica e Social³.

Dentro desse novo contexto constitucional, o Congresso Nacional decreta e o Presidente da República sanciona, em 1952, a lei 1.626 de 20 de junho, bem como a lei 1.649 de 19 de julho, criando, respectivamente, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDES) e o Banco do Nordeste do Brasil (BNB)

Já através da lei 2.004 de 03 de outubro de 1953 vem a disciplina sobre a Política Nacional de Petróleo, definindo as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo e por fim, autorizando a criação daquela que viria a ser a principal empresa estatal brasileira, a Petróleo

³ Art. 146. A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

Brasileiro S.A, ou simplesmente Petrobrás. Interessante, que a norma em comento não criou a Petrobrás, e sim, autorizou a criação. Tal procedimento de se fazer uma lei autorizativa viria no futuro a ser constitucionalizada, conforme veremos mais a frente, notadamente no estudo acerca da conformação constitucional de 1988.

Vale ressaltar que, o movimento de criação de estatais não se restringiu ao âmbito da União Federal, refletindo também nos demais entes federados que também optaram por essa forma de descentralização de determinados serviços públicos, ou intervenção no domínio econômico como bem aponta Schirato (2016):

É importante mencionar que o movimento de ampliação do uso das empresas estatais não foi restrito à União Federal. Durante o período compreendido entre as décadas de 1930 e 1970, houve a criação de diversas empresas estatais também por Estados e Municípios, com campos de atuação predominantemente situados na prestação de serviços públicos, mas que também incluíam a exploração de atividades econômicas (por exemplo, a criação de diversas instituições financeiras pelos Estados). (SCHIRATO, 2016, p. 23)

Dentre governos que se sucederam aos mandatos do Presidente Getúlio Vargas e que mantiveram a política de criação de empresas estatais, destacou-se o Presidente Juscelino Kubitschek que no seu mandato criou Furnas Centrais Elétricas S/A através do decreto federal nº 41.066 de 28 de fevereiro de 1957, bem como criou Rede Ferroviária Federal (RFFSA) por meio de autorização da lei 3.115, de 16 de março de 1957.

Registre-se, outrossim, que até esse momento histórico, a criação das empresas estatais no Brasil centrava-se no estabelecimento de empresas com capital misto, ou seja, sociedades que permitiriam a participação da iniciativa privada nos negócios criados pelo Poder Público, de modo que dentre os modelos que conhecemos atualmente – empresas públicas e sociedades de economia mista – essas últimas antecederam àquelas (BEDONE, 2019)

Revisando a doutrina de Bilac Pinto e Trajano de Miranda Valverde, Bedone (2019) aponta que nos anos que antecederam à edição do decreto-lei 200/1967, havia no âmbito doutrinário vozes que já se levantavam em favor de um novo modelo de estatal, com características distintas das sociedades de economia mista, e explica:

Tais “modernas” empresas públicas teriam como características externas: a forma societária de empresas comerciais comuns ou alguma estruturação societária específica, propriedade e direção exclusivamente governamentais, personalidade de direito privado. Como características internas teriam: completa autonomia técnica e administrativa, capitalização inicial, possibilidade de reter lucros para ampliar o capital de giro e constituir reservas, liberdade em matéria de despesas, flexibilidade

de rapidez de ação, capacidade de acionar e ser acionada, regime de pessoal idêntico ao das empresas privadas. (VALVERDE & BEDONE, 2019, p. 35)

Veremos no próximo tópico, que o clamor doutrinário da década de 1950 e início da década de 1960 influenciou a legislação que adveio em 1967, ocasionando, a partir de então, a fixação na legislação, da clássica divisão das estatais em empresas públicas e sociedades de economia mista, divisão essa que perdura até a atualidade.

2.3 EMPRESAS ESTATAIS NA DITADURA MILITAR (1964-1985)

Já no início dos governos militares (1964-1985), a Constituição de 1967⁴ inova, quando trouxe dispositivo dispendo sobre o caráter suplementar do Estado na exploração de atividades econômicas, cujo principal ator seria a iniciativa privada, bem como estabelecendo as nomenclaturas “Empresa Pública” e “Sociedade de Economia Mista” que viriam a se consolidar na Constituição de 1988, como os modelos a serem escolhidos para criação de empresas estatais.

Praticamente um mês após a promulgação da constituição de 1967, o Presidente Castelo Branco edita o decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967⁵, que dispõe sobre a organização da Administração Federal e faz a distinção clássica da Administração Pública em direta e indireta, colocando em um lado a União Federal, pessoa jurídica, e do outro as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, todas também com personalidade jurídica própria, nos termos do artigo 4^o6 daquele normativo.

⁴ Art 163 - Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º - Somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica.

§ 2º - Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas pública, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações.

§ 3º - A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.

⁵ Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

⁶ Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;

b) Empresas Públicas;

c) Sociedades de Economia Mista.

O mesmo decreto-lei 200/67 conceituou as entidades da Administração indireta, estabelecendo em relação às estatais, no próprio conceito, as características que marcam e diferenciam as empresas públicas e sociedades de economia mista. Por muitos anos esses conceitos foram as balizas dos estudiosos do direito administrativo, pois novas definições somente vieram ao ordenamento em 2016, com o advento da lei 13.303/16, que nesse ponto, tem clara inspiração no próprio decreto-lei 200/67, que na redação do artigo quinto⁷, com redação alterada pelo decreto-lei 900/69, conceituava as estatais.

O dispositivo acima transcrito é de fundamental importância para a temática ora estudada, na medida em que, até o advento dessa norma, não havia uma uniformidade sequer na terminologia utilizada para fazer referência as pessoas jurídicas criadas pelo Estado no formato empresarial.

A norma em comento deixa claro ao executor dela, o que significa criar uma empresa pública e o que significa criar uma sociedade de economia mista. Primeiro, o legislador unificou a forma de criação dizendo que ambas seriam criadas por lei. Mas a frente veremos que o constituinte de 1988 fez opção diversa. Ficou clara também, a opção por atribuir, à ambas, natureza jurídica de direito privado, criando uma distinção entre elas e as entidades autárquicas e fundacionais. Fazendo um paralelo entre o decreto-lei 200-67 e o recente estatuto das estatais de 2016, assim dissertou Aragão (2018):

As empresas públicas e as sociedades de economia mista possuem importantes aspectos conceituais comuns: ambas são pessoas jurídicas de direito privado da Administração Indireta constituídas pelo Estado após prévia e específica autorização legislativa para desenvolverem atividades de conteúdo econômico, conforme dispõe o art. 5º, II e III, Decreto-lei 200/1967, que não possui diferenças fundamentais em relação aos arts. 3º a 6º do Estatuto das Estatais, devendo, portanto, ser interpretados e aplicados conjugadamente na definição das empresas públicas e sociedades de economia mista. (ARAGÃO, 2018, p. 104)

d) fundações públicas.

⁷ Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: [...]

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Govêrno seja levado a exercer por fôrça de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. [...]

Fixadas as semelhanças estabelecidas no decreto-lei entre os dois tipos de estatais, ganha mais importância a análise das diferenças existentes, pois o decreto-lei em questão trouxe duas fundamentais. A primeira se refere a titularidade do capital social da estatal, pois enquanto na empresa pública o capital é 100% público, as sociedades de economia mista admitirão a participação do capital privado, desde que a maioria das ações com direito a voto permaneçam em poder do Estado. Assim, escolher entre uma empresa pública e uma sociedade de economia mista, significa decidir se será criada uma empresa que admitirá participação privada ou não.

A segunda diferença diz respeito ao tipo societário adotado. O direito empresarial oferece àqueles que desejam criar uma empresa, diversas formas societárias. Uma empresa pode ser uma sociedade anônima, uma sociedade limitada, uma sociedade simples, dentre outras. A escolha do tipo societário irá influenciar em diversos aspectos da vida da empresa, tais como: direitos dos sócios, regras de aprovação de investimento, realização de ativos, sucessão empresarial, responsabilidade dos sócios, dentre outros.

Nesse aspecto, o legislador estabeleceu que as sociedades de economia mista seriam instituídas sob forma de sociedade anônima, e em relação as empresas públicas, estabeleceu a possibilidade da assunção de qualquer forma societária. Obviamente que a questão relativa à titularidade do capital social, primeira diferença apontada, é fundamental para definição do tipo societário, tanto que a opção do legislador foi fixar somente para as sociedades de economia mista um tipo societário específico.

Assim foi feito, porque as sociedades de economia mista são estatais vocacionadas para a obtenção de recursos privados, e dessa forma, sendo as sociedades anônimas aquelas cujo capital é dividido em quotas chamadas de “ações”, cuja comercialização com o setor privado é mais flexível, nada mais razoável do que estabelecer que para essas estatais o tipo societário mais adequado a esse fim.

Ressaltemos, outrossim, que ainda considerando que as empresas públicas admitem qualquer forma societária, enquanto as sociedades de economia mista só podem se revestir do modelo de sociedade anônima, os Estados e Municípios devem obediência à legislação federal em matéria de direito comercial, posto que compete privativamente a União

Federal, nos termos do art. 22, I⁸ da Constituição, legislar sobre esse tema, como por exemplo, em relação ao estabelecimento do rol de modalidades societárias. (Aragão, 2018).

Dessa forma, os conceitos do decreto-lei 200/67 eram os conceitos vigentes na legislação quando o advento da Constituição Federal de 1988, e permaneceram válidos dentro do novo contexto constitucional, conforme veremos no tópico seguinte quando contextualizaremos as empresas estatais no período pós 1988.

Registramos ainda, que no período dos governos militares (1964-1985) foram criadas 47 empresas estatais, tendo destaque a criação do Serviço Federal de Processamento de Dados – Serpro (1964), Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - Correios (1969), Empresa Brasileira de Aeronáutica – Embraer (1969), Telecomunicações Brasileiras S/A – Telebrás (1972), Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero (1972), Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – Embrapa (1972), Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social – Dataprev (1974), dentre outras.

Percebemos que as décadas de 1960 e 1970 foram bem mais prósperas que a seguinte, notadamente por questões de ordem financeira do período posterior, gerando uma significativa retração do movimento pró estatização. Sobre esse momento, Aragão (2018) leciona:

Na década de 1980, a economia brasileira sofreu impactos das duas crises do petróleo, da alta dos juros internacionais além da valorização do dólar. Por isso houve algum movimento de contração da intervenção estatal por meio do Programa Nacional de Desburocratização (Decreto 83.740/1979, posteriormente substituído pelo Decreto 5.378/2005) e, sucessivamente, pelo Decreto 9.094/2017, sendo criada em 1981 a Secretaria Especial de Controle das Empresas Estatais (Sest). “Durante o governo Figueiredo (1979-1985) foram realizadas 42 desestatizações. Destas, 20 foram privatizações federais, 3 estaduais, 3 empresas fundidas e 14 incorporadas. Nesta última fase da ditadura militar, o objetivo das privatizações não era combater a ineficiência do setor público produtivo, mas sim desacelerar a sua descontrolada expansão” (ARAGÃO, 2018, p. 102)

No âmbito do estado do Ceará, o período militar também foi de criação de empresas estatais e podemos citar como importantes exemplos desse momento, a criação do Banco do Estado do Ceará S/A, mais conhecido apenas pela sua sigla BEC, que foi criado em 1964 pelo presidente cearense Castelo Branco, bem como pelas estatais estaduais CAGECE – Companhia de Água e Esgoto do Ceará, criada em 20 de julho de 1971 e EMATERCE – Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Ceará, que apesar de existir como órgão

⁸Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]

desde 1954, passou à categoria de empresa estatal apenas em 1976 através da lei estadual 10.029/76.

Traçado o panorama brasileiro em relação às empresas estatais desde a criação do Banco do Brasil em 1808, passando pelo advento da república, governos Vargas até o regime militar imposto em 1964 que perdurou até a redemocratização em 1985, passaremos a analisar as empresas públicas e sociedades de economia mista a partir da Constituição Promulgada de 1988.

2.4 EMPRESAS ESTATAIS NO BRASIL PÓS 1988

Conforme vimos no tópico inicial, o momento imediatamente anterior à Constituição de 1988 foi de intensa criação e consolidação das empresas estatais no cenário jurídico-administrativo nacional. Quando do advento da nova carta política na redemocratização, já tínhamos inúmeras empresas estatais criadas e funcionando, como também nosso arcabouço legislativo já contava, a partir do decreto-lei 200-67, com os conceitos de empresa pública e sociedade de economia mista.

Compreender estatais, a partir de então, pressupõe conhecer a referida distinção feita em 1967, pois os dois modelos previstos foram mantidos na constituição de 1988 como opções. Antes disso, entretanto, precisamos conhecer de que forma nossa estrutura administrativa organiza os órgãos e entidades da Administração Pública começando pelos conceitos de Administração direta e indireta, bem como as diferenças entre as empresas públicas e sociedades de economia mista.

2.4.1 Administração direta e Administração indireta

O decreto-lei 200/67⁹, antes de conceituar as empresas públicas e sociedades de economia mista as classificou como entidades pertencentes à chamada Administração Indireta, ao lado das Autarquias e Fundações Públicas.

⁹ Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas;

c) Sociedades de Economia Mista.

A diferença feita pelo legislador entre Administração Direta e Indireta, no que se refere a natureza jurídica das figuras que compõem cada setor, está na personalidade jurídica, claramente atribuídas somente às entidades da Administração Indireta. Dessa forma, as subdivisões existentes dentro da Administração Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), não tem o condão de criar pessoas jurídicas, mas tão somente criar os chamados “órgãos públicos” sem personalidade jurídica própria.

Sobre a Administração Direta que envolve os conceitos de centralização (Administração Direta) e descentralização (Administração Indireta), Carvalho Filho (2017) dissertou:

A atividade centralizada é aquela exercida pelo Estado diretamente. Quando se fala em Estado aqui, estão sendo consideradas as diversas pessoas políticas que compõem nosso sistema federativo – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Tais pessoas exercem, por elas mesmas, diversas atividades internas e externas. Para concretizar tal função, valem-se elas de seus inúmeros órgãos internos, que, como já vimos, constituem os compartimentos ou células integrantes daquelas pessoas, dotados de competência própria e específica para melhor distribuição do trabalho e constituídos por servidores públicos, que representam, como vimos, o elemento humano dos órgãos. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 484)

Percebemos, então, que o gestor público, quando da prestação de um serviço público, tem duas opções ou meios de prestá-lo. Ou o serviço público é prestado diretamente pelo próprio ente federado (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), que o faz por meio de seus órgãos sem personalidade jurídica, fenômeno que a doutrina chama de desconcentração, ou o gestor cria novas pessoas jurídicas com personalidade jurídica própria para prestar o serviço de forma indireta, mediante a técnica da descentralização. Nesse último caso, as opções que o gestor dispõe são a criação de uma Autarquia, de uma Fundação Pública, de uma Empresa Pública ou de uma Sociedade de Economia Mista. Sobre o acolhimento, pela Constituição de 1988, dos conceitos de administração direta e indireta já presentes na legislação nacional, Di Pietro (2016) faz as seguintes ponderações:

Diante da confusão de terminologia e de conceitos da legislação ordinária, a grande dificuldade está em saber em que sentido a Constituição de 1988, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional no 19/98, usa a expressão Administração Indireta. E ela o faz em vários dispositivos: no artigo 37, caput, fala em “Administração Pública Direta e Indireta”; no artigo 49, X, fala em fiscalização e

d) fundações públicas.

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

controle dos atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta; no artigo 70, fala em fiscalização da “União e das entidades da Administração Direta e Indireta”; no artigo 71, II, ainda referente à fiscalização, fala em responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da “Administração Direta e Indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público”; no inciso subsequente, usa expressões semelhantes, excluindo a menção a “sociedades”; já no artigo 74, que cuida do controle interno, faz referência a “órgãos e entidades da Administração Federal”, bem como à aplicação de recursos por “entidades de direito privado”; no artigo 165, § 5o, I e III, menciona “entidades da Administração Direta e Indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”; idêntica redação é usada no artigo 169, § 1o. (DI PIETRO, 2016, p. 531)

Apesar da discussão levantada pela autora acerca de aspectos terminológicos, o certo é que a constituição adotou sim o modelo de administração indireta já presente no ordenamento jurídico pátrio, conforme podemos facilmente aferir da leitura do caput do artigo 37 e do inciso XIX¹⁰.

Fica evidente que o dispositivo acima transcrito tanto fez referência à tradicional distinção entre administração direta e indireta, como também fez referência às quatro pessoas jurídicas mencionadas no decreto-lei 200/67, Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

Ponto relevante que deve ser ressaltado e que foi objetivamente tratado pela carta de 1988 diz respeito a forma de criação das entidades da Administração Indireta. Vimos no início de nossa dissertação, que as estatais existentes até 1967 foram criadas das mais diversas formas, ora por ato legislativo do executivo, ora diretamente por lei, ou as vezes por autorização legal.

O decreto-lei de 1967 unificou a questão nos próprios conceitos trazidos no artigo 5º, estabelecendo, em suma, que Autarquias, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista seriam criadas por lei, enquanto as Fundações Públicas seriam criadas por meio de autorização legislativa. Não foi essa, entretanto, a opção do constituinte de 1988, que no inciso XIX, acima transcrito, deixou apenas às Autarquias, a criação direto por lei e às Empresas Públicas, Fundações e Sociedades de Economia Mista a criação mediante ato civil, após autorização legal.

¹⁰ 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 de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

O final do artigo 4º do decreto-lei 200/67 traz uma informação das mais relevantes para a presente pesquisa científica na medida em que consagra a autonomia como uma característica das entidades da administração indireta, quando diz: “Art. 4º (...) Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.”

A terminologia utilizada pelo legislador não foi despropositada ao afirmar que existe uma vinculação, e não uma subordinação da entidade com o respectivo ministério. Essa característica marca uma distinção fundamental entre os órgãos da administração direta e as entidades que compõem a administração indireta, recordando que aqueles sequer possuem personalidade jurídica própria, enquanto esses últimos são pessoas jurídicas distintas do ente federado que a criou. Sobre esse controle exercido pelo ente criador, De Mello (2007) explica:

De acordo com o art. 19, essas pessoas estão sujeitas a “supervisão” do Ministro a cuja pasta estejam vinculadas. Este, diretamente ou através dos órgãos superiores do Ministério, deverá orientá-las coordená-las e controlá-las, nos termos deste mesmo diploma. São objetivos precípuos da supervisão, conforme disposto no art. 26, assegurar a realização dos objetivos básicos em vista dos quais foi constituída a entidade, promover a harmonização de seu comportamento com a política e a programação do Governo no setor em que atua, promover a eficiência administrativa, e garantir sua autonomia administrativa, financeira e operacional. (DE MELLO, 2007, p. 199)

Assim sendo, vinculação/controle não se confunde com subordinação hierárquica, e a opção do nosso sistema jurídico foi exatamente nesse ponto criar uma distinção entre os órgãos da administração direta e as entidades da administração indireta, garantindo, efetivamente, maior autonomia ao segundo grupo.

2.4.2 Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista na Constituição de 1988

Vimos no tópico antecedente que a Constituição de 1988 manteve a estrutura da Administração Indireta já presente no ordenamento antecessor, e expressamente mencionou no artigo 37 as empresas estatais como entidades que compõem esse compartimento estatal, deixando claro que as suas criações se darão por autorização legal.

Já se mencionou também nesse capítulo que os conceitos de empresa pública e sociedade de economia mista foram trazidos pelo decreto-lei 200/67, e que esse decreto havia estabelecido duas diferenças fundamentais entre as duas figuras: 1) a composição do capital social da estatal, que nas empresas públicas seria 100% público; e 2) a forma societária, que nas sociedades de economia mista seria admitido apenas a forma de sociedade anônima. A

Constituição Federal de 1988 criou uma terceira distinção entre os modelos de estatais, estabelecendo uma distinção relativa ao foro competente para julgar as ações, distinção essa que somente é válida para estatais federais¹¹.

Observamos que o constituinte optou por eleger a Justiça Federal de 1º Grau, como foro competente para as ações que tenham empresa pública federal como autora, ré, assistente ou oponente. Nada disse o constituinte, entretanto, em relação as sociedades de economia mista federais, de modo que, considerando que a Justiça Comum Estadual possui competência residual, esse será o foro competente para as ações que tenham como parte uma sociedade de economia mista federal.

O referido entendimento foi consagrado inclusive pela jurisprudência constante na súmula 556¹² do Supremo Tribunal Federal, de modo que os processos poderiam se deslocar para a Justiça Federal caso houvesse intervenção da União Federal no feito, nos termos do enunciado sumular 517¹³, também da Corte Constitucional. No mesmo sentido foi a posição do Superior Tribunal de Justiça quando da edição da súmula 42¹⁴.

A distinção feita na Carta Magna deveu-se ao fato de o constituinte originário ter identificado um preponderante interesse jurídico da União Federal nas ações envolvendo suas empresas públicas, cujo capital, registre-se é 100% público, e dessa forma, para fins de fixação de competência, as equiparou à própria União Federal, suas autarquias e fundações que igualmente possuem competência na justiça federal. Segundo Bochenek (2004, apud Mello, 1996):

A empresa pública, é uma pessoa jurídica, com personalidade de direito privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer formas admitidas em Direito, e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de direito público interno ou de pessoas de suas administrações indiretas, com predominância acionária da esfera federal. (BOCHENEK, 2004, p. 112 apud MELLO, 1996, p. 94-65)

¹¹ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; [...]

¹² É competente a Justiça Comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista.

¹³ As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou oponente.

¹⁴ Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento.

A análise da competência cível geral da Justiça Federal constante no artigo 109, I da Constituição Federal¹⁵ nos mostra que a competência cível geral da União parte de um pressuposto de um interesse amplo daquele ente, justificando o deslocamento da competência para a Justiça Federal, interesse esse que inclui as ações de autarquias federais e empresas públicas federais. (CARVALHO, 2004).

Há quem discorde dessa opção do constituinte, que praticamente reproduziu o texto da constituição de 1967, e invocando a natureza jurídica privada das estatais, defendem que isso seria suficiente para concluir pela competência da justiça comum estadual para apreciar suas causas, não havendo motivação plausível que diferencie as Empresas Pública das Sociedades de Economia Mista. (CARVALHO FILHO, 2018)

Apesar das empresas estatais estarem presentes em vários pontos do texto constitucional consoante vimos nas linhas acima, será no título relativo à ordem econômica e financeira que as empresas públicas e sociedades de economia mista ganham especial destaque, título esse que é inaugurado pelo artigo 170¹⁶.

O dispositivo constitucional tem um viés eminentemente liberal, na medida em que consagra logo no caput a livre iniciativa, elenca como princípios da ordem econômica a propriedade privada e a livre concorrência, e encerra seu texto com um parágrafo único que estabelece como regra para o desenvolvimento de atividades econômicas a não intervenção estatal.

¹⁵ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

¹⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Dessa maneira, e guardando completa correlação com o espírito do artigo 170, o constituinte passa, a partir do artigo 173¹⁷ a tratar das formas e condições em que o Estado poderá explorar atividades econômicas. Embora o dispositivo ainda não mencione as empresas estatais, o fará no parágrafo primeiro. Antes de analisá-lo, cumpre-nos discorrer acerca do caput, pois o constituinte abertamente optou por um Estado menos presente na exploração direta de atividades econômicas, tanto que criou duas condições alternativas para a exploração nesse campo: imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Discorrendo sobre o artigo 173, caput, e fazendo um paralelo entre a opção do constituinte em estabelecer restrições ao exercício de atividades econômicas pelo Estado e a política neoliberal constante no artigo 170 presente no mesmo título, nos ensina Slaibi Filho (2009, p. 695): “Tal disposição se mostra compatível não só com o que está no art. 170, parágrafo único, como com o disposto no art. 5º, II, e ganha importância nesta fase neoliberal, de tentativa de retornar ao *laissez-faire* com o minimalismo possível da atuação do Estado na ordem econômica.”

Por se tratar de uma atuação excepcional, Couto (2015) realizando uma classificação da atuação estatal em normal ou anômala, enquadrou as atividades do artigo 173 na segunda categoria e explica:

A atuação estatal própria, segundo a Constituição Federal de 1988, ocorre quando a União desempenha uma das suas seis funções, são elas: a função constituinte; a função reformadora; a função política; a função legislativa; a função administrativa e a função judiciária. A atuação estatal anômala acontece quando o Estado exerce, excepcionalmente, a atividade econômica necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse público, na forma do art. 173 da Carta Maior, sob o regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. (COUTO, 2015, p. 52)

Ressaltando a presença do princípio da subsidiariedade no artigo 173, e fundamentado a sua existência numa perspectiva da aplicação do princípio da proporcionalidade, Aragão (2018) arremata:

Pressupondo-se que a atuação, direta ou indireta, do Estado em relação à economia requer algum grau de limitação da liberdade de iniciativa privada, deve-se fazer uma

¹⁷ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

ponderação entre os valores públicos visados pelo Estado e a iniciativa privada virtualmente limitada por esses valores, de maneira que a restrição só será legítima quando a atuação do Estado for, entre os vários cogitáveis, o meio menos restritivo da iniciativa privada (o meio estritamente necessário) para a realização daqueles valores públicos. Se estes valores públicos puderem ser atendidos pela própria iniciativa privada não haveria razão para o Estado restringi-la, pois o estaria fazendo desnecessariamente. (ARAGÃO, 2018, p. 64)

O dispositivo constitucional em análise ainda suscita um questionamento visto que menciona a *exploração direta pelo Estado*. A questão que se põe é: ainda que excepcional, quando o Estado o fizer, a exploração de atividade econômica será feita pela administração direta? O termo *direta* guarda correlação com os conceitos de administração direta e indireta que trabalhamos linhas acima?

Parece-nos que a resposta é negativa, pois conforme já adiantamos, o parágrafo seguinte já fará menção expressa as empresas públicas e sociedades de economia mista como os meios através dos quais o Estado irá se valer quando optar por explorar diretamente atividades econômicas, e corroborando com esse pensamento escreveu Slaibi Filho (2009):

O art. 173 da Constituição refere-se à exploração direta da atividade econômica pelo Estado, introduzindo a atividade econômica como serviço público, nos termos da lei. Embora referência à exploração direta pelo Estado, poderá a atividade econômica ser realizada tanto pela Administração Direta, através dos órgãos públicos vinculados à chefia do Poder Executivo, como através de pessoas jurídicas estatais (e o texto constitucional se refere à empresa pública e à sociedade de economia mista e de suas subsidiárias) e, até mesmo, por delegação a concessionários e permissionários. (SLAIBI FILHO, 2009, p.695)

O maior argumento favorável às conclusões do autor acima transcrito é realmente a expressa menção do constituinte às estatais no parágrafo primeiro do artigo 173, criando uma evidente correlação entre o exercício, ainda que excepcional, de atividades econômicas pelo Estado e as pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo poder público com a denominação de Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

Na redação original do texto da Constituição de 1988, o parágrafo primeiro do art. 173 possuía a seguinte redação: “Art. 173. [...] § 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.”

A redação inicial do dispositivo já mostrava de forma bem clara que a intenção do constituinte originário em correlacionar a exploração de atividade econômica do Estado, ainda que excepcional, à existência das empresas públicas e sociedades de economia mista. Não teria sentido algum o dispositivo estar dentro no artigo 173 se não fosse a opção do

constituinte eleger essas entidades aquelas através das quais o Estado faria a exploração de atividades econômicas consoante as regras do caput.

O dispositivo estabeleceu ainda que, quando o Estado decidir explorar atividades econômicas por meio de empresas estatais, não gozaria de nenhuma prerrogativa própria de Poder Público, ou seja, se vai enveredar em um campo própria da iniciativa privada, deverá fazê-lo consoante as regras das empresas privadas.

A reforma administrativa promovida em 1998 pela emenda constitucional 19 conferiu ao parágrafo primeiro do artigo 173¹⁸ uma roupagem completamente nova. A alteração foi bem significativa, pois um dispositivo que antes somente equiparava às empresas públicas e sociedades de economia mista às empresas privadas nas obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, estabeleceu a necessidade da edição por lei de um estatuto jurídico que, além da temática já mencionada na redação original, tratará de outros temas correlatos e de fundamental importância para a boa administração das empresas estatais. Sobre esse momento Nohara escreveu:

A Reforma inseriu, na década de noventa, essa transformação à Constituição porque não seria adequado que o regime jurídico dos entes da Administração Indireta que exploram atividade econômica fosse idêntico aos entes da Administração Direta ou de autarquias, que possuem um regime jurídico totalmente público, daí a necessidade da previsão de um estatuto que regulamentasse um regime jurídico diferenciado, inclusive no tocante às licitações, até porque as estatais são pessoas jurídicas de direito privado que sofrem derivações de direito público.¹⁹

Registramos ainda, que a lei mencionada no parágrafo primeiro do artigo 173 da Constituição tem aplicabilidade nacional, ou seja, não se trata de uma lei federal em sentido estrito aplicável apenas à União Federal, mas também, aplicável às estatais estaduais, municipais e distritais, como bem enfatizou em sua obra Di Pietro (2016):

¹⁸ 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:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

¹⁹ Disponível em:< <https://direitoadm.com.br/mudancas-promovidas-pela-nova-lei-das-estatais/>>. Acesso em 12 de fev. 2019.

Precisamente por dar cumprimento à norma constante da Constituição Federal, a lei é de âmbito nacional, ou seja, aplicável a todas as esferas de governo. Essa amplitude da lei também se justifica porque as empresas por ela disciplinadas são pessoas jurídicas de direito privado, regidas, em grande parte, pelo direito privado, cuja competência legislativa é privativa da União, conforme artigo 22, I, da Constituição Federal. E também porque ela trata de matérias de licitação e contratos, cujas normas gerais são também de competência privativa da União, nos termos do artigo 22, XXVII, da Constituição. (DI PIETRO, 2016, p. 556)

Dessa forma, a emenda constitucional 19/1998 transformou uma norma constitucional de eficácia plena, uma obrigação, em um comando constitucional para o legislador ordinário, que passa a ter a obrigação de elaborar por meio de lei um estatuto jurídico das empresas estatais, estabelecendo todas as temáticas que devem compor esse futuro normativo jurídico, que serão exploradas no capítulo seguinte.

Um detalhe que chama a atenção quando da comparação do dispositivo antes e depois da emenda constitucional 19/1998 é a presença do termo “prestação de serviços” que somente apareceu após a reforma constitucional. Até 1998, o artigo 173 caput e seu parágrafo primeiro somente falavam em exploração de atividade econômica, e a partir da emenda o constituinte derivado reformador insere no texto a prestação de serviços, criando claramente duas categorias de empresas estatais: as que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens, e as estatais prestadoras de serviços públicos.

Sobre esse novo momento de atribuição constitucional da prestação de serviços às estatais, recordamos que até então as atividades eram prestadas por órgãos da Administração Direta, entidades autárquicas, concessionários e permissionários, e, aos poucos passou a ser prestado por pessoas jurídicas de direito privado, mas que faziam parte da Administração Pública (GASPARINI, 2009). Nesse sentido, escrevendo sobre o acolhimento da distinção pela jurisprudência pátria das estatais entre prestadoras de serviço público e exercentes de atividade econômica, dissertou Di Pietro (2016):

Hoje, a jurisprudência vem evoluindo no sentido de fazer distinção entre as empresas que prestam serviço público e as que atuam no domínio econômico. Essa distinção tem sido feita especificamente quanto à aplicação do processo dos precatórios, à natureza dos bens dessas entidades, à imunidade recíproca (v. item 10.8). A diferença também é relevante para fins de responsabilidade por danos causados a terceiros, tendo em vista que o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal somente se aplica às empresas estatais prestadoras de serviço público. (DI PIETRO, 2016, p. 554)

Dessa forma, não apenas para a exploração de atividades econômicas, mas também para a prestação de serviços públicos, que ficou expressa na constituição após a emenda 19/98, considerando que as atividades conceituadas como serviços públicos poderão

ser prestadas pela própria Administração Pública, ou por quem lhe faça as vezes, de modo que sejam permissionários, concessionários ou empresas estatais, a atividade será considerada serviço público, como ocorre nas atividades desenvolvidas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ou pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, que prestam os serviços constantes nos art. 21, X e XII, c²⁰, respectivamente. (PESTANA, 2014)

Deve ser ressaltado, outrossim, que o conceito de atividade econômica que é utilizado na distinção dos serviços públicos é um conceito em sentido estreito, na medida em que analisado em sentido amplo, os próprios serviços públicos estariam englobados no conceito de atividade econômica, criando-se assim uma relação gênero-espécie, na qual o serviço público seria uma atividade econômica exercida prioritariamente, mas não exclusivamente pelo Poder Público. (TAVARES, 2011).

Essa distinção funcional expressa entre as empresas estatais criando duas categorias distintas – exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos - passou a influenciar de forma significativa o tratamento que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal conferiu a cada uma delas. Não restam dúvidas de que todas as estatais, independente da função que exercem, são entidades que compõe a Administração Pública Indireta, e como tal estão sujeitas, ainda que parcialmente, ao regime jurídico-administrativo, a toda principiologia da disciplina, consoante explicitado no próprio caput do artigo 37²¹ da Constituição da República.

Estar submetida ao regime jurídico-administrativo, significa conferir às estatais uma gama de prerrogativas e limitações impostas pela própria Constituição Federal no próprio artigo 37 e seguintes. Dessa forma, além de submeter toda a Administração Pública direta e indireta aos princípios expressos constante do caput, o texto constitucional elenca uma série de normas jurídicas, tais como: o dever de realizar concurso público para cargos e empregos, materializando os princípios de impessoalidade e eficiência; o dever de licitar as contratações de obras, serviços, compras e alienações; a observância das regras de imaculabilidade de cargos, empregos e funções públicas; e as regras relativas ao teto constitucional remuneratório

²⁰ Art. 21. Compete à União: [...]

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

²¹ 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 de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

previsto no inciso XI do artigo 37, que possui, ainda, regra expressa voltada para as empresas públicas e sociedades de economia mista no parágrafo nono²² daquele dispositivo.

Assim sendo, as empresas estatais estão submetidas ao regime jurídico-administrativo, porém a própria constituição federal, desde de seu advento em 1988, estabeleceu regra de equiparação das estatais às empresas privadas nas obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, consoante pudemos observar na regra constante na redação o original do artigo 173, § 1º, que se encontra no artigo 173, § 1º, II. Observemos ainda, que o mesmo dispositivo no inciso III cria a obrigação de licitar, observados os princípios da Administração Pública. Dessa forma, o que se tem atualmente, é um regime jurídico híbrido para as empresas estatais que transitam entre normas de direito privado e normas de direito público. A existência desse regime híbrido somado à existência de duas categorias de empresas estatais, fez com que a doutrina e jurisprudência criassem distinções categóricas, de modo a aproximar as empresas estatais prestadoras de serviços públicos de um regime eminentemente publicista, enquanto as exploradoras de atividade econômica se aproximam de um regime privatista. Acerca do acolhimento da distinção de regimes jurídicos tanto da doutrina como também pela jurisprudência Mendes (2017) leciona:

Conforme antecipado na seção anterior, a jurisprudência do STF ulterior à Constituição Federal de 1988 seguida pela doutrina dominante, tradicionalmente, estabelece como critério distintivo do regime jurídico aplicável às empresas estatais a natureza da atividade exercida. Nos casos em que a atuação empresarial volta-se à prestação de serviços públicos, o regime jurídico deverá ser mais aproximado ao direito público, ao passo que quando a atividade exercida apresenta natureza de atividades econômicas em sentido estrito, o regime jurídico deverá ser mais próximo ao do direito privado. Em ambos os casos porém, prevalece aplicável, em sentido amplo, o princípio da igualdade de condições econômicas em relação às empresas privadas. (MENDES, 2017, p.29)

A primeira vez que o tema foi encarado pela Suprema Corte brasileiro ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário 220906/DF no qual a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos sustentava a recepção pelo novo ordenamento constitucional de 1988 do artigo 12 do decreto-lei 509/69. Esse dispositivo garantia à estatal a impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, ou seja, uma regra eminentemente publicista.

Pela interpretação literal do dispositivo constitucional correlato, não haveria que se fazer qualquer distinção entre as empresas estatais, que se submeteriam invariavelmente às

²² Art.37. [...] § 9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.

regras de direito privado. Não foi esse, entretanto, o posicionamento do Ministro relator Maurício Corrêa, cujo voto seguiu a seguinte linha:

Note-se que as empresas prestadoras de serviço público operam em setor próprio do Estado, no qual só podem atuar em decorrência de ato dele emanado. Assim, o fato de as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica estarem sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas não significa que a elas sejam equiparadas sem qualquer restrição. Veja-se, por exemplo, que, em face da norma constitucional, as empresas públicas somente podem admitir servidores mediante concurso público, vedada a acumulação de cargos. No entanto tais limitações não se aplicam às empresas privadas.²³

Embora o julgamento não tenha sido por unanimidade, a maioria dos ministros acompanhou o voto do eminente relator do recurso extraordinário, dando provimento ao recurso apresentado pela estatal federal, de modo que a ementa da decisão restou com o seguinte teor:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO.OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 220906, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2000, DJ 14-11-2002 PP-00015 EMENT VOL-02091-03 PP-00430)

Em matéria de empresas estatais, os Correios sempre estiveram na pauta do Supremo Tribunal Federal. Em 2003 foi ajuizada a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental 46, que tinha como objetivo desconstituir a exclusividade que os Correios detém relativo ao serviço postal. Alegavam, as empresas privadas, que a atividade desenvolvida pelo Correios era de natureza econômica, logo a fixação de monopólio não seria possível, dentre outros fatores, pela ofensa aos princípios da livre concorrência e livre iniciativa.

A decisão mais uma vez foi favorável à estatal federal, mas o mais interessante do acórdão, e que viria a ser importante para decisões futuras, foi a divisão que o STF fez entre

²³ Trecho do voto no ministro Maurício Corrêa no julgamento do Recurso Extraordinário 220.906-9 – DF.

prestação de serviço público e exercício de atividade econômica em sentido estrito, sendo ambas espécies do gênero atividade econômica em sentido amplo. Conclui ainda, que o regime de monopólio somente poderia ser aplicável aos casos de atividades econômicas em sentido estrito, sendo que para os serviços públicos, em especial o serviço postal, fora estabelecida uma situação de privilégio em favor da União que deveria ser respeitada, vejamos a ementa do acórdão:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGÜIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo. (Argüição De Descumprimento De Preceito Fundamental46 / DF – Distrito Federal. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU. Julgamento: 05/08/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

A grande discussão que viria a ser travada no futuro situava-se no campo tributário, mais precisamente em torno da possibilidade de concessão para empresas estatais

de imunidade recíproca tributária prevista no artigo 150, VI, a da Constituição Federal²⁴. Tal dispositivo cria uma situação de reciprocidade tributária entre a União, Estados Municípios e Distrito Federal, de modo que todos eles são imunes ao pagamento de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços uns dos outros.

O parágrafo segundo do mesmo dispositivo cria uma regra de extensão para a administração indireta, sem incluir, entretanto, as empresas estatais, nos seguintes termos: “§ 2º A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.”

No recurso extraordinário 407099/RS, apresentado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, tendo com recorrido o Município de São Borja, a estatal sustentou que gozaria da imunidade recíproca constitucional, pois desenvolveria serviço público em caráter de exclusividade e obrigatório, assim, não teria de se submeter às mesmas obrigações privadas de empresas que atuam em regime concorrencial.

Mais uma vez, seguindo a linha de raciocínio que vinha tendo desde a década de 1990, a Suprema Corte acolheu os argumentos da estatal, concedeu a imunidade recíproca e passou a fazer o mesmo com diversas estatais estaduais, notadamente aquelas que atuam no campo dos serviços de saneamento básico. Vejamos como ficou ementado o acórdão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, a. II. - R.E. conhecido em parte e, nessa parte, provido. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407099/RSRelator(a): Min. CARLOS VELLOSOJulgamento: 22/06/2004. Órgão Julgador: Segunda Turma)

A evolução jurisprudencial acabou saindo do campo estritamente tributário, alcançando outras prerrogativas próprias do Estado, levando sempre em consideração a diferença entre empresas estatais prestadores de serviço público e empresas estatais

²⁴ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]VI – instituir impostos sobre :a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. Assim, diferenciações feitas em relação ao regime dos precatórios, regime jurídico dos bens públicos, assim como em relação à própria responsabilidade civil, tem sido a tônica da jurisprudência em relação às estatais prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividades econômicas. (DI PIETRO, 2016)

O fato é que apesar das distinções que foram acima relatadas promovidas tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a reforma administrativa da segunda metade da década de 1990, tinha como objetivo trazer aos serviços públicos um modelo gerencial que o aproximaria do modelo privado de aferição de resultados e busca de eficiência. Assim, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE fatalmente abarcaria as Empresas Estatais. Sobre esse momento, Nohara (2016) escreveu:

O paradigma gerencial fundamenta-se nos princípios da confiança e da descentralização da decisão, exigindo formas flexíveis de gestão, horizontalização de estruturas, descentralização de funções e incentivos à criatividade, que se dão por avaliação sistêmica, recompensa pelo desempenho e capacitação permanente, como continuísmos do modelo burocrático e transformações, como a orientação para o cidadão-cliente, o controle por resultados e a competição administrada. (NOHARA, 2016, p. 82)

Assim sendo, a reforma administrativa promovida na década de 90 não teve seu ciclo encerrado, na medida em que muitas normas constitucionais reformadas vieram ao texto da carta maior com eficácia limitada, notadamente os mecanismos de busca da eficiência, na medida em que, apesar do constituinte derivado reformador ter incluído formalmente a eficiência como princípio explícito no artigo 37, a implementação prática deste comando constitucional dependeria de atos normativos e administrativos infraconstitucionais concretos. Corroborando com a necessidade de substituição do modelo burocrático por um modelo de Estado gerencial, mencionando os objetivos efetivos da reforma, colhemos as lições de Mendonça (2004) para quem:

A Reforma fundamenta-se no pressuposto de que o modelo de Administração burocrático já não mais atende às reais necessidades do Estado Moderno. O novo modelo a ser implantado, administração gerencial, baseado na concepção de Estado e de sociedade democrática e plural, que contrapõe-se à “administração burocrática”, com seus aspectos centralizador e autoritário. Os objetivos traçados para a reforma, sob o ponto de vista dos seus teóricos, concentravam-se em dois: facilitar o ajuste fiscal e tornar a Administração Pública mais eficiente, mais moderna e mais voltada para o atendimento aos cidadãos. (MENDONÇA, 2004, p. 12)

A eficiência e modernidade mencionadas no trecho acima transcrito como efetivos objetivos da reforma administrativa dependeriam, no caso específico das empresas estatais, de uma regulamentação infraconstitucional, que se materializou com o advento da lei 13.303/16²⁵, norma que regulamentou o artigo 173, parágrafo primeiro da Constituição Federal, concretizando no plano na legislação infraconstitucional um dos pontos da reforma administrativa da década de 1990. Apesar de uma lacuna por ausência normativa de cerca de 18 anos sem regulamentação, o Congresso Nacional aprovou a lei 13.303/16, de modo que cumpre-nos, a partir de agora, analisar o contexto de edição do estatuto das estatais, seus antecedentes históricos e o significado prático da regulamentação infraconstitucional na vida da empresas públicas e sociedades de economia mista brasileiras.

²⁵ Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

3 EMPRESAS ESTATAIS NA LEI 13.303/16

Conforme pontuado no capítulo anterior, o advento da lei 13.303/13 é um marco histórico considerável no estudo das empresas estatais, na medida em que a regulamentação do artigo 173 da constituição é uma demanda do constituinte reformador da década de 1990, com nítido objetivo de trazer para estatais mais governança e eficiência.

No presente capítulo iremos desvendar os antecedentes da lei 13.303/16, como a norma se estrutura internamente até chegar ao novo regime de contratação pública. Analisaremos as principais novidades na seara das licitações e contratos e quais normas são passíveis de regulamentação interna pelas próprias estatais.

3.1 HISTÓRICO DA LEI 13.303/16

A lei 13.303/16 teve sua origem legislativa no projeto de lei do Senado número 555/2015 de relatoria do Senador Tasso Jereissati do PSDB cearense. Na Câmara dos Deputados o projeto recebeu o número 4918/2016. Em parecer²⁶ do relator do projeto no senado apreciando as emendas apresentadas, o Senador Tasso Jereissati descreve os objetivos da nova lei em relação às estatais usando as seguintes e precisas palavras:

São instituídas regras de governança corporativa das empresas públicas e das sociedades de economia mista que garantem transparência, estruturas e práticas de controles internos, adequada composição da administração e obrigações dos acionistas controladores. Uma das regras de governança determina a obrigatoriedade de elaboração de carta anual com descrição dos limites de atuação da empresa estatal em atendimento ao interesse coletivo ou de segurança nacional que justificou sua criação. (BRASIL, 20116)

Ante a relevância da matéria a ser discutida no projeto, as discussões foram realizadas de forma conjunta em Comissão Mista pelo Senado Federal e Câmara dos Deputados instituída pelo Ato Conjunto dos Presidentes do Senado e da Câmara número 03/2015²⁷. Nessa comissão mista, presidida também pelo Senador Tasso Jereissati, o projeto teve relatoria do Deputado Federal Arthur Oliveira Maia.

²⁶Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159108&ts=1548945164179&disposition=inline>. Acesso em: 11 mar. 2019

²⁷Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121539>. Acesso em: 11 mar. 2019.

Devemos recordar que em 2015 estávamos no curso das investigações da operação lava-jato, que tinha por objetivo apurar diversos escândalos de corrupção ocorridos no seio da principal empresa estatal brasileira, a Petrobrás. Considerando a inércia legislativa presente desde as reformas da década de 1990, a regulamentação das normas constitucionais que tratam das empresas estatais passou a ser uma demanda social considerável. A sociedade passou a cobrar da classe política respostas ao que vinha acontecendo com a Petrobrás e porque as regras vigentes não foram capazes de impedir, ou ao menos minimizar, as ações dos grupos políticos que dominaram a estatal.

Tão significativa a influência dos recentes fatos ocorridos no seio da estatal petrolífera, que ela foi convidada a suggestionar no projeto da nova lei, tendo colaborado com a construção da nova norma conforme podemos verificar no trecho do relatório²⁸ produzido pelo Deputado Arthur Maia quando da apresentação da versão final do projeto à comissão mista quando o congressista afirmou:

As normas que dizem respeito às licitações e contratos, em sua essência, não inovam quanto ao texto do Projeto de Lei do Senador Tasso Jereissati, apenas foram aperfeiçoadas com a colaboração de técnicos do Tribunal de Contas da União e com sugestões enviadas pela Petrobras, além de outras colhidas nas audiências públicas realizadas no âmbito desta Comissão.

O trecho acima transcrito deixa claro, também, que a construção da nova lei não foi objeto exclusivo de participação apenas de senadores e deputados, pois além da Petrobrás, participaram da construção do projeto, o corpo técnico do Tribunal de Contas da União, bem como membros da sociedade civil e outros órgãos e entidades públicas através das audiências públicas realizadas.

Merece destaque ainda, o fato do projeto ter sido influenciado por recomendações internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), notadamente na parte relativas às regras de governança corporativa no regime societário das estatais, conforme inclusive afirmado no mesmo relatório acima mencionado:

Ainda no primeiro título, apresento normas sobre o regime societário da empresa pública e da sociedade de economia mista, trazendo regras de governança corporativa, mecanismos de controle, estrutura interna, dentre outros instrumentos que buscam assegurar que a estatal atuará em conformidade com o interesse público que fundamentou sua criação. Nesse ponto, busquei nas recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e nas recentes inovações legislativas internacionais normas que pudessem inovar na legislação brasileira, atualizando-a.

²⁸Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=1929&tp=4>. Acesso em: 11 mar. 2019.

Assim sendo, o legislador brasileiro objetivou alinhar as estatais brasileiras como contexto internacional, de modo que a expressão “governança corporativa” passou a ser uma espécie de mantra dentro das empresas estatais brasileiras após o advento da lei 13.303/16. Extraindo o conceito²⁹ da expressão do sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, resta claro que se a norma conseguisse atingir os objetivos do legislador, passaríamos a ter empresas estatais bem mais modernas, com regras de conduta mais rígidas, mas sem perder a competitividade.

Para Tomazette (2017) a adoção de práticas de governança corporativa propicia um aumento na capacidade de atração de investimento do investidor privado, na medida em que as regras internas da companhia são mais seguras, criando um ambiente negocial mais robustecido pela fixação de procedimentos internos mais claros, notadamente os de tomada de decisão. Essa prática cria um contexto favorável às relações entre controladores e minoritários.

Essa modernidade seria resultado de uma atuação mais eficiente de modo que o sucesso da regulamentação infraconstitucional implicaria no sucesso dos objetivos da reforma administrativa promovida na década de 1990, conforme pontuamos no primeiro capítulo desse trabalho. Registramos, outrossim, que além da eficiência nos resultados da atividade promovida pela estatal, dentro do conceito de governança estão inseridas as expressões fiscalização e controle.

Tais expressões denotam a necessidade de se construir empresas públicas e sociedades de economia mista que são ao mesmo tempo eficientes do ponto de vista eminentemente empresarial, mas protegidas em seus seios de eventuais práticas ilícitas cometidas por agentes internos ou externos à companhia. Tais premissas iriam, na concepção do projeto, influenciar toda a norma, desde a parte estatutária inicial até o regime de licitações e contratos, motivo pelo qual passaremos a estudar de que forma a lei se estruturou internamente.

²⁹Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/governanca/governanca-corporativa>. Acesso em: 11 mar. 2019.

3.2 SUBDIVISÕES DA LEI 13.303/16: REGRAS ESTATUTÁRIAS, REGRAS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS, REGRAS DE FISCALIZAÇÃO PELO ESTADO E SOCIEDADE E DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

A lei 13.303/16 foi estruturada basicamente em 4 partes, a primeira delas vai do artigo 01º ao 26º e trata das chamadas regras estatutárias aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista. A partir do art. 27º até o 84º, a norma disciplinou o regime de licitações e contratos da empresas públicas e sociedades de economia mista. Entre os artigos 85 e 90 teremos as regras sobre fiscalização pelo Estado e pela sociedade, finalizando a lei com os artigos 91 a 97, que dispuseram sobre as questões finais e transitórias.

3.2.1 Regras estatutárias da lei 13.303/16 – art. 01º ao 27º

A compreensão da lei 13.303/16 e a mudança de paradigma que ela representa para o dia a dia das empresas estatais é facilmente percebido pela leitura dos seus primeiros dispositivos. Logo no seu primeiro dispositivo³⁰ a norma trata da sua aplicabilidade que abrange tanto as estatais prestadoras de serviço público como também aquelas que se dedicam às atividades econômicas.

O legislador escolheu um critério diferente para criação do chamado “regime simplificado” que consiste basicamente na não aplicabilidade de alguns dispositivos da lei para estatais que tivessem receita operacional bruta inferior a 90 milhões de reais no exercício anterior. Assim, o parágrafo primeiro³¹ do art. 1º da lei criou um regime jurídico simplificado de regras, não levando em consideração se a estatal era empresa pública ou sociedade de economia mista, tampouco considerou se a estatal exerceria atividade econômica ou prestação de serviço, e sim a receita operacional bruta do exercício anterior.

³⁰Art. 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.

³¹§ 1º O Título I desta Lei, exceto o disposto nos arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 11, 12 e 27, não se aplica à empresa pública e à sociedade de economia mista que tiver, em conjunto com suas respectivas subsidiárias, no exercício social anterior, receita operacional bruta inferior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais).

Nos artigos 3^{o32} e 4^{o33} encontraremos regras, das mais importantes, em termos de empresas estatais, visto que tais dispositivos trazem os conceitos de empresa pública e sociedade de economia mista, lembrando que até então, conforme vimos no capítulo anterior, os conceitos legais vigentes eram aqueles trazidos no decreto-lei 200/67. Os conceitos, apesar de novos, apenas deram uma nova roupagem àqueles trazidos no decreto-lei 200/67, incorporando à lei características básicas que já vinham no seio do ordenamento anterior, acrescidas de características oriundas da doutrina notadamente após a constituição de 1988. Nesse sentido, dissertou em sua tese de doutoramento, Bedone (2017):

A conceituação das empresas públicas e sociedades de economia mista, a partir da definição legal trazida pelo artigo 5.º, II e III, do Decreto-lei n.º 200/1967, não gerava disputas doutrinárias de fôlego. Sempre esteve razoavelmente sedimentado o entendimento de que ambas as modalidades de empresa estatal se caracterizam pela necessidade de autorização legal prévia para serem constituídas (artigo 37, XIX, da Constituição Federal), têm personalidade de direito privado e patrimônio próprio, posto que dois elementos constitutivos as distinguiam. Em primeiro lugar, a composição de capital; em segundo lugar, a forma societária. (BEDONE, 2017, p. 103)

Ultrapassados esses conceitos preliminares e regras relativas ao alcance da nova lei, o texto passa a disciplinar as regras relativas ao regime societário das estatais. O estudo dessa parte da norma é de fundamental importância na medida em que nessa parte da lei que encontraremos as regras de gestão das empresas estatais, notadamente as regras relativas àqueles que irão conduzir das empresas do Estado.

Recordemos que um dos mais graves problemas encontrados na Petrobrás durante a operação lava-jato foi o aparelhamento político partidário da estatal que permitiu a ocorrência de uma série de desmandos em seu seio. Nesse contexto, o legislador passou a ter um cuidado especial com as normas jurídicas relativas a parte societária, desde já estabelecendo no art. 6^{o34} uma série de obrigações e normas que deveriam compor os estatutos das estatais.

³²Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

³³Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

³⁴Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.

A ideia de governança para empresas tem origem na própria história das sociedades anônimas de modo que essa possibilidade da existência de uma sociedade empresária de capital aberto ao investidor privado exigiu a criação de regras de conduta internas, sejam elas relativas às deliberações, sejam elas relativas à própria condução dos negócios da empresa, de modo que a sociedade tenha uma manifestação de vontade própria que não se confunde com a manifestação de vontade dos dirigentes. (WARDE JUNIOR, 2017).

A norma, então, passa a dispor sobre uma série de regras de conduta necessárias ao alcance dessa almejada governança corporativa, estabelecendo requisitos mínimos de transparência (art. 8º, caput), práticas de gestão de riscos e controle interno (art. 9º), onde as estatais são chamadas a elaborar seus códigos de conduta e integridade contendo canais de denúncia, sanções e necessidade de treinamento anual. Traz ainda a norma, regras relacionadas à existência e funcionamento das auditorias internas vinculadas ao Conselho de Administração, de modo que esse setor possa atuar com mais independência, sem subordinação direta aos diretores.

Regra da mais alta relevância tem por conteúdo a necessidade de criação do comitê estatutário³⁵, que auxiliará o acionista controlador na toma de decisões em relação à escolha dos membros do Conselho de administração e Conselho fiscal. A relevância dessa nova estrutura existe por conta das rígidas regras que a própria lei criou para indicação dos membros dos referidos conselhos. Veremos que a ideia do legislador foi prover as estatais de conselheiros com perfil mais técnico, numa tentativa de impedir uma prática tão nociva às estatais consistente no aparelhamento político-partidário das entidades.

Outro dispositivo que merece destaque é o artigo 13, que trata dos requisitos da lei autorizadora da criação da estatal. Vimos no capítulo antecedente que a Constituição de 1988 resolveu a questão relativa à forma de criação das empresas estatais, estabelecendo que a criação será mediante lei autorizadora, tanto para empresa pública, como para sociedade de economia mista. Dessa forma, o ato de criação em si será de natureza civil com registros dos atos constitutivos no respectivo órgão de registro.

A lei das estatais inovou ao estabelecer o conteúdo mínimo que a lei autorizativa deve conter, como norma que tem por finalidade direcionar a elaboração do estatuto de cada

³⁵Art. 10. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão criar comitê estatutário para verificar a conformidade do processo de indicação e de avaliação de membros para o Conselho de Administração e para o Conselho Fiscal, com competência para auxiliar o acionista controlador na indicação desses membros.

companhia. Assim, a lei 13.303/16 determina que, quando da autorização, a lei disponha sobre constituição e funcionamento do conselho de administração, conselho fiscal e comitê de auditoria estatutário requisitos para o exercício de diretoria, avaliação de desempenho dos administradores e membros de comissões, bem como prazos e possibilidades de recondução para a alta gestão das estatais.

A lei das estatais reservou ainda, uma seção a partir do artigo 14 para tratar especialmente do acionista controlador, criando regras que preservam a independência do conselho de administração da companhia, assim como determina que o acionista majoritário respeite as regras de indicação de diretores e conselheiros fiscais. Estabelece ainda a lei uma subsunção do controlador às regras de responsabilidade traçadas na lei das Sociedades Anônimas, art. 246 da lei 6404/76³⁶.

Segundo aponta Antunes (2017), o artigo 15 da lei das estatais tem conteúdo muito similar ao artigo 117 da lei das sociedades anônimas, não trazendo apenas a expressão “dano” previsto nessa norma, de modo que a exclusão dessa expressão implicaria num alargamento da responsabilidade de acionista controlador das empresas públicas e sociedades de economia mista, na medida em que o requisito “dano” não seria imprescindível à responsabilização, bastando para tanto, a materialização de qualquer das condutas previstas no artigo 117 da lei 6404/76.

A lei das estatais foi bem descritiva na seção que trata dos Administradores das estatais, elencando uma série de requisitos rígidos para a assunção dos cargos no conselho de administração e diretorias. Lembremos que um dos grandes problemas que permeiam ou permeavam as estatais eram as indicações políticas sem a observância de requisitos técnicos, fazendo com que a norma, no artigo 17, estabelecesse tempo mínimo de experiência profissional, formação acadêmica compatível com o cargo e não enquadramento nas hipóteses de inelegibilidade previstas na lei complementar 64/90, em razão disso, afirmou Antunes (2017):

O comando desse dispositivo é direcionado para a autoridade responsável pela indicação, para o indicado e para a empresa estatal. Esse art. 17 estabelece critérios de elegibilidade para o cargo de administrador, aplicáveis tanto para o conselho de administração, quanto para o diretor, independentemente da nomenclatura usada pela empresa para designar esses cargos. (ANTUNES, 2017, p. 230)

³⁶Art. 246. A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117.

Aliados aos requisitos de reputação ilibada e notório conhecimento, Tomazette (2017) analisando o requisito da experiência profissional técnica, informa que essa exigência não será analisada apenas nas experiências internas na própria companhia, podendo abranger atuações outras, seja no setor público, privado ou acadêmico, sendo essencial apenas que seja feita uma análise criteriosa do objeto de atuação da empresa estatal e as eventuais experiências anteriores que devem guardar correlação.

Não há como deixar de mencionar ainda a regra trazida no parágrafo quinto³⁷ do dispositivo em análise que cria uma boa exceção às exigências iniciais do dispositivo, privilegiando os empregados admitidos por concurso público e que compõem os quadros há mais de 10 anos. Trata-se de uma boa exceção, pois enaltece o trabalho e o conhecimento técnico daqueles que efetivamente fazem parte da companhia, e conhecem mais profundamente suas dificuldades e potencialidades.

Mas tão importante quanto aos requisitos necessários ao exercício dos cargos no Conselho de Administração e diretoria conforme expusemos são das regras negativas, ou seja, as regras de vedação. O parágrafo segundo, inciso primeiro do art. 17 estabelece uma série de vedações a indicações para esses cargos, não podendo assumir tais funções ministros de estado, secretários estaduais e municipais, titulares de cargo sem vínculo permanente com a Administração Pública, dirigentes de partido político ou qualquer titular de mandato legislativo.

Esse dispositivo por si já teria um efeito enorme nas indicações políticas que reiteradamente são feitas nas empresas estatais, mas os incisos subsequentes aumentam substancialmente esse rol. Vedou-se a indicação de qualquer pessoa, que nos últimos 36 meses tenha participado de estrutura decisória de partido político, ou mesmo tenha apenas trabalhado em campanha eleitoral. Impede ainda a indicação de pessoas que exercem cargos em organizações sindicais, pessoas que nos últimos três anos anteriores à nomeação tenha tido algum vínculo contratual com o Poder Público, seja como fornecedor, comprador ou

³⁷§ 5º Os requisitos previstos no inciso I do caput poderão ser dispensados no caso de indicação de empregado da empresa pública ou da sociedade de economia mista para cargo de administrador ou como membro de comitê, desde que atendidos os seguintes quesitos mínimos:

I - o empregado tenha ingressado na empresa pública ou na sociedade de economia mista por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos;

II - o empregado tenha mais de 10 (dez) anos de trabalho efetivo na empresa pública ou na sociedade de economia mista;

III - o empregado tenha ocupado cargo na gestão superior da empresa pública ou da sociedade de economia mista, comprovando sua capacidade para assumir as responsabilidades dos cargos de que trata o caput.

demandante, e no final do dispositivo cria uma regra mais ampliativa impedindo o acesso aos cargos estratégicos nas estatais de qualquer pessoa, que tenha conflito de interesses com a pessoa jurídica de direito público controladora da estatal.

Lembrando da regra de extensão que abrange os parentes consanguíneos ou afins até terceiro grau das pessoas com as vedações acima mencionadas, Tomazette (2017) conclui que todas as vedações estabelecidas previamente partem do pressuposto de que algum conflito de interesse pode ocorrer, de modo que andou bem a norma ao estabelecer previamente uma regra de resguardo da legitimidade daqueles que ocuparão cargos estratégicos nas empresas estatais.

Ainda sobre o Conselho de Administração nas estatais, importante disposição legal³⁸ confere ao órgão uma formação democrática garantindo participação no principal colegiado decisório das estatais tanto a participação dos acionistas minoritários como também dos empregados da companhia. Tal disposição se coaduna com o novo momento das empresas estatais, na medida em que descentraliza a tomada de decisão e confere assento e voz àqueles que estão em uma posição jurídica desfavorecida, podendo realizar um trabalho junto ao conselho no resguardo dos direitos dos grupos que representam e fazer com que esses mesmos grupos tenham uma sensação de pertencimento à companhia, efetivamente atuando na definição dos rumos da empresa.

No mesmo espírito acima mencionado, a lei das estatais criou ainda a figura do membro independente no Conselho de Administração³⁹, tornando ainda mais plural a formação do conselho que passa a contar com pelo menos 1 membro completamente externo à companhia, com a independência necessária ao exercício de função tão importante para o funcionamento da empresa. Dessa forma, a lei além de excluir a possibilidade de algumas pessoas figurarem no conselho de administração da estatal, ainda auxilia na sua formação, estabelecendo essa figura com a maior autonomia possível.

Em relação à diretoria, além das vedações que a lei estabeleceu que já pontuamos linhas acima, a lei criou uma obrigação legal que sem dúvidas se situa no contexto da governança corporativa. O art. 23, parágrafo primeiro estabelece a obrigatoriedade da

³⁸Art. 19. É garantida a participação, no Conselho de Administração, de representante dos empregados e dos acionistas minoritários.

³⁹Art. 22. O Conselho de Administração deve ser composto, no mínimo, por 25% (vinte e cinco por cento) de membros independentes ou por pelo menos 1 (um), caso haja decisão pelo exercício da faculdade do voto múltiplo pelos acionistas minoritários, nos termos do art. 141 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

diretoria apresentar anualmente ao conselho de administração, um plano de negócios para o exercício seguinte, e uma estratégia de longo prazo contemplando os 5 anos seguintes.

Tais documentos serão não só aprovados pelo conselho de administração até a sua última reunião anual, como também o mesmo conselho tem a obrigação legal de promover o acompanhamento das medidas, informando suas conclusões para a respectiva casa legislativa, bem como ao tribunal de contas respectivo, sob pena inclusive de responsabilização dos seus membros.⁴⁰

Estrutura das mais importantes previstas na lei 13.303/16 e que se insere completamente no novo contexto das empresas estatais é a previsão legal da existência do chamado Comitê de Auditoria Estatutário⁴¹. Tendo sua estrutura ligada diretamente ao conselho de administração, e não à diretoria, esse organismo interno da estatal tem funções da maior relevância para a análise pela própria companhia, do cumprimento dos desígnios da nova lei.

Isso porque competirá ao novo comitê a supervisão, monitoramento e avaliação de diversos aspectos da estatal, tais como: os mecanismos de controle interno da empresa; riscos aos quais a empresa está sujeita; contratação, destituição e supervisão dos auditores independentes; conformidade das transações com partes relacionadas, dentre outros. O art.24 foi inspirado em instrução normativa de 1999 da Comissão de Valores Mobiliários- CVM⁴² conforme anota Antunes (2017). Sobre a recepção do ordenamento jurídico nacional dessa estrutura, o IBGC em cartilha publicada em seu site⁴³ dispôs:

O papel do comitê de auditoria também se tornou mais valorizado no Brasil devido à percepção de que a governança corporativa agrega valor às organizações e de que o comitê tem importante função de assessoramento ao conselho para a supervisão das demonstrações financeiras e outras atividades relacionadas a risco, conformidade,

⁴⁰Art. 23 [...] § 2º Compete ao Conselho de Administração, sob pena de seus integrantes responderem por omissão, promover anualmente análise de atendimento das metas e resultados na execução do plano de negócios e da estratégia de longo prazo, devendo publicar suas conclusões e informá-las ao Congresso Nacional, às Assembleias Legislativas, à Câmara Legislativa do Distrito Federal ou às Câmaras Municipais e aos respectivos tribunais de contas, quando houver.

⁴¹Art. 24. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão possuir em sua estrutura societária Comitê de Auditoria Estatutário como órgão auxiliar do Conselho de Administração, ao qual se reportará diretamente.

⁴²Instrução CVM No 308/99 - Dispõe sobre o registro e o exercício da atividade de auditoria independente no âmbito do mercado de valores mobiliários, define os deveres e as responsabilidades dos administradores das entidades auditadas no relacionamento com os auditores independentes, e revoga as Instruções CVM nos 216, de 29 de junho de 1994, e 275, de 12 de março de 1998.

⁴³ Disponível em: http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Publicacoes/IBGC_Orienta/Publicacao-IBGCOrienta-ComiteAuditoria-2017.pdf. Acesso em 18 de março. 2019.

integridade e ética. Portanto o país acompanhou a tendência mundial de valorização dos comitês, tanto por meio de códigos de governança quanto pela legislação e regulamentação.

A última estrutura societária prevista na lei 13.303/16 é o Conselho Fiscal. Dispositivo singelo⁴⁴ e que se remete basicamente à normatização dessa estrutura prevista na lei das Sociedades Anônimas (lei 6.404/76). A única consideração sobre esse dispositivo relevante é a comparação dos requisitos trazidos pelo parágrafo primeiro⁴⁵, que trata dos requisitos para compor o referido órgão e as disposições do artigo 162 da lei 6.404/76.⁴⁶

Comparando os dispositivos mencionados, verificamos que a lei das estatais modificou o conectivo “ou” pelo “e” de modo que a nova lei tornou mais exigente o requisito de elegibilidade ao conselho fiscal, além de incluir o tempo dos ocupantes dos cargos de direção ou assessoramento, e exigir formação acadêmica compatível com as funções que serão exercidas, diferentemente da lei das Sociedades Anônimas, que aceita qualquer formação universitária. (Antunes, 2017).

O último capítulo do primeiro título da lei denomina-se “DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA PÚBLICA E DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA”, fechando aquilo que vem sendo chamada de parte estatutária da lei, anterior ao início da parte relativa às licitações e contratos. O art. 27⁴⁷ inaugura o capítulo completamente conectado com o art. 173 da Constituição Federal, especialmente pela menção ao “interesse coletivo” e “imperativo de segurança nacional” também mencionados na Carta Política de 1988, informando que a realização do primeiro e atendimento do último representam a função social da estatal.

Partindo da premissa de que estamos tratando de entidades que exercem atividade empresarial, estudar função social das estatais significa adentrar nos próprios conceitos de

⁴⁴Art. 26. Além das normas previstas nesta Lei, aplicam-se aos membros do Conselho Fiscal da empresa pública e da sociedade de economia mista as disposições previstas na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, relativas a seus poderes, deveres e responsabilidades, a requisitos e impedimentos para investidura e a remuneração, além de outras disposições estabelecidas na referida Lei.

⁴⁵§ 1º Podem ser membros do Conselho Fiscal pessoas naturais, residentes no País, com formação acadêmica compatível com o exercício da função e que tenham exercido, por prazo mínimo de 3 (três) anos, cargo de direção ou assessoramento na administração pública ou cargo de conselheiro fiscal ou administrador em empresa.

⁴⁶Art. 162. Somente podem ser eleitos para o conselho fiscal pessoas naturais, residentes no País, diplomadas em curso de nível universitário, ou que tenham exercido por prazo mínimo de 3 (três) anos, cargo de administrador de empresa ou de conselheiro fiscal.

⁴⁷Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

função social da empresa do direito privado, motivo pelo qual trazemos à baila as lições sobre esse tema nas palavras de Matias (2009), para quem:

Firmados tais postulados, pode-se entender a função social da empresa como a vinculação do exercício da empresa à concretização de uma sociedade livre, justa e solidária, do que decorre um complexo de deveres e obrigações, positivas e negativas, impostas aos controladores e administradores, perante os empregados, fornecedores, consumidores, meio ambiente, Estado, e toda a comunidade que com ela interage. Também são emanações da função social da empresa o incentivo à sua preservação e a obrigação de proteção aos sócios minoritários. (MATIAS, 2009, p.87)

Dessa forma, se até mesmo uma empresa completamente privada possui uma função social que a imputa uma série de deveres e obrigações, considerando que a mesma está inserida num contexto social amplo, obviamente as empresas estatais possuirão as mesmas responsabilidades, visto que, sendo controladas pelo próprio Estado, devem inexoravelmente atuar de modo a atender ao interesse público. Esse interesse coletivo buscado pelas estatais se revestirão nos termos da lei das estatais de medidas visando o ampliar o acesso dos consumidores (sociedade) aos produtos e serviços oferecidos por sociedades de economia mista, assim como a busca pela utilização de recursos tecnológicos desenvolvidos no território nacional.⁴⁸

Ainda no capítulo sobre função social das estatais, a lei 13.303/16 cria a obrigação das empresas estatais adotarem práticas de sustentabilidade ambiental e responsabilidade social.⁴⁹ Inserida no contexto de função social das estatais, a adoção de práticas de sustentabilidade ambiental passam ao status de política pública voltada ao meio ambiente, e do governo como agente ativo na promoção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, de modo que afirmou Alves (2016)

O governo tem um papel importante nos mercados, dado seu poder de criação e regulamentação de leis, bem como de fiscalização de atividades. Em alguns casos, pode exigir que as organizações públicas e privadas reformulem algum tipo de estratégia, a fim de se adequar às regras estabelecidas. Ademais, influencia nas políticas econômicas, instituindo impostos e taxas, ou fornecendo subsídios em determinadas ocasiões. (ALVES, 2016, p. 14)

A responsabilidade social por sua vez seria buscada e implementada por algumas medidas, tais como: fiscalização de trabalho infantil de seus parceiros, observar as normas relativas à segurança do trabalho de seus colaboradores, capacitar e promover internamente alguns grupos sociais, como mulheres e negros, dentre outros. (Antunes, 2017). Tão

⁴⁸ Art. 27. § 1º, I e II da lei 13.303/16.

⁴⁹ Art. 27. § 2º da lei 13.303/16.

importante é questão da responsabilidade social das empresas, que a BM&F Bovespa criou o Índice de Sustentabilidade Empresarial⁵⁰ que classifica as empresas consoante esse critério como forma de incentivar práticas de sustentabilidade no ambiente empresarial, visto que tal critério no dias atuais pode impactar na quantidade de investimento que um empresa pode conseguir no mercado de ações.

Fechando a parte relativa à função social da empresa, temos a regra que permite às estatais firmar contratos/convenios de patrocínio.⁵¹ O dispositivo em questão permite que dentro do contexto de função social da empresa estatal, as companhias promovam atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica. Ocorre que o legislador não conferiu à estatal total liberdade para firmar convênios e contratos de patrocínio, considerando que o dispositivo em comento estabeleceu que a entidade tem que comprovar fortalecimento da marca da companhia.

A existência de contratos de patrocínio nas empresas estatais não é novidade, pois já é da praxe das companhias firmar esse tipo de avença, numa perspectiva mesmo de alavancar marcas por meio de parceiras culturais e esportivas. Segundo Costa (2005), o Banco do Brasil, por exemplo, teria incrementado a política de aquisição de novos clientes por meio do patrocínio ao Circuito Nacional de Duplas de Vôlei de Praia, pois o evento foi formatado com uma estrutura de marketing diferenciada, com etapas espalhadas por todo território nacional.

No âmbito dos órgãos de controle, o Tribunal de Contas da União, em 2018 teve a oportunidade de analisar a natureza jurídica dos contratos de patrocínio nas empresas estatais⁵². Na oportunidade, o TCU analisou a possibilidade dos contratos de patrocínio serem prorrogados nos termos do art. 57, II da lei 8.666/93⁵³. O entendimento da corte de controle

⁵⁰O ISE é uma ferramenta para análise comparativa da performance das empresas listadas na B3 sob o aspecto da sustentabilidade corporativa, baseada em eficiência econômica, equilíbrio ambiental, justiça social e governança corporativa. Também amplia o entendimento sobre empresas e grupos comprometidos com a sustentabilidade, diferenciando-os em termos de qualidade, nível de compromisso com o desenvolvimento sustentável, equidade, transparência e prestação de contas, natureza do produto, além do desempenho empresarial nas dimensões econômico-financeira, social, ambiental e de mudanças climáticas. Disponível em http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/produtos/indices/indices-de-sustentabilidade/indice-de-sustentabilidade-empresarial-ise.htm. Acesso em 18 de março. 2019.

⁵¹ Art. 27.[...] § 3º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

⁵²Acórdão 2770/2018 – Plenário.

⁵³Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: [...]II - à prestação de serviços a serem executados de forma

externo foi no sentido de que tais avenças não teriam a natureza jurídica de serviço continuado, logo não poderiam ser prorrogados nos termos do dispositivo em análise.

Duas observações devem ser feitas: primeiro, o fato o TCU ter proferido a referida decisão reafirma a possibilidade jurídica da existência dos contratos de patrocínio, pois o tribunal não analisou a validade dos contratos, mas sim a validade das prorrogações. Segundo ponto que merece destaque foi que a perspectiva de análise do TCU foi a lei 8.666/93, pois estava a analisar contratos firmados anteriormente à nova lei das estatais. Veremos adiante que uma das principais alterações da lei das estatais foram os prazos de execução dos contratos que a partir da nova lei poderão ser de até 60 (sessenta) meses, independente da natureza jurídica. Dessa forma, é possível que em breve os órgãos de controle tenham que avaliar prorrogações contratutais sobre uma nova perspectiva legislativa.

Traçado um panorama sobre o primeiro título da lei das estatais, passaremos a investigar sobre as principais alterações no regime de licitações e contratos nas estatais, que foi normatizado de forma bem detalhista no segundo título denominado: “Disposições Aplicáveis às Empresas Públicas, às Sociedades de Economia Mista e às suas Subsidiárias que Explorem 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.”.

O legislador realmente criou um regime diferenciado para licitações e contratações nas empresas públicas e sociedades de economia mista entre os artigos 28 e 84, motivo pelo qual nos cabe traçar as principais inovações desse dispositivo em relação ao regime da lei 8.666/93 até então aplicável às empresas estatais.

3.2.2 Regras de licitações e contratos na lei 13.303/16 – art. 28º ao 84º

A parte efetivamente mais densa da lei das estatais é o regime de licitações e contratos. O legislador claramente objetivou repaginar completamente a dinâmica dos processos de compras nas estatais recordando que boa parte das condutas obscuras ocorridas no seio de muitas estatais ocorriam nos processos de licitações ou na execução de contratos, o que de fato demonstrava que o sistema até então vigente não era adequado.

continua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

A sistemática burocrática da lei 8666/93 e a incompatibilidade dessa característica com a dinâmica própria das empresas estatais numa perspectiva empresarial, sempre originaram questionamentos sobre os eventuais prejuízos que o próprio procedimento em si poderia trazer às empresas públicas e sociedades de economia mista nacionais (Barcelos e Torres, 2018).

A regulamentação dos processos de contratação pública nas estatais passou então a ser uma exigência específica trazida na emenda constitucional 19/1998, mais precisamente no art. 173, §1º, III da carta magna. Antes, entretanto do advento da nova lei das estatais tivemos duas legislações pós lei 8.666/93, que efetivamente influenciaram o novo regime. A primeira delas foi a lei 10.520/01⁵⁴, que instituiu o pregão, e a segunda foi a lei 12.462/11⁵⁵, que instituiu o regime diferenciado de contratações públicas – RDC. Sobre esse aspecto dissertou Nohara (2017):

Observa-se que houve a adoção de uma tendência, inclusive no trâmite do projeto que intenta criar uma nova Lei Geral de Licitações e Contratos, que é adotar características que foram inovadoras no pregão e no RDC, e, por esse motivo, as licitações da Lei das Estatais praticam: a inversão de fases, a etapa de lances, bem como o sistema de contratação integrada, inspirado no RDC. (NOHARA,2017, p.411)

Não é escopo do presente trabalho dissecar o processo de contratação pública nas estatais, mas nesse momento, tão somente traçar as linhas gerais das principais inovações, para então posteriormente passarmos à análise dos pontos passíveis de regulamentação interna nas estatais de que forma isso pode impactar na prevenção de atos de corrupção. O título em análise é dividido em dois capítulos, um de licitações e outro sobre contratos, de modo que adotaremos essa divisão para discorrer sobre os principais aspectos.

⁵⁴Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

⁵⁵ Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.

3.2.2.1 Das licitações nas empresas estatais

O capítulo que trata das licitações nas estatais é iniciado por um dispositivo geral⁵⁶ acerca da obrigação geral de licitar. O próprio regramento informa que a licitação é sim a regra geral nas estatais, mas ressalva as hipóteses de contratação direta que serão disciplinadas nos dispositivos posteriores. Após trazer para as estatais também a aplicabilidade dos artigos 42 a 49 da lei complementar 123/06⁵⁷, a norma cria no parágrafo terceiro do art. 28 outra regra de exceção ao dever de licitar, completamente exclusiva para a realidade das estatais.

Estabelece a lei que as estatais não precisam observar o dever de licitar quando comercializarem os produtos, serviços e obras que compõem seus objetos sociais, assim como não precisam licitar quando a parceria com a iniciativa privada configurar aquilo que a norma denominou “oportunidade de negócio”. Quanto à primeira exceção, trata-se de regra salutar para viabilizar o próprio negócio desenvolvido pelas estatais, lembrando que nessa posição, a estatal aparece como “vendedora” de produtos ou serviços, e não na condição de adquirente.

Antes mesmo do advento da nova lei, o posicionamento do Tribunal de Contas da União em relação às estatais exploradoras de atividade econômica já era no sentido de não exigir o procedimento licitatório para execução das suas atividades precípuas como é possível observar no acórdão 1.390/2004 do plenário do TCU. (DANTAS & DIAS, 2017).

A segunda hipótese de licitação dispensada direto pela lei é sim uma grande novidade, pois permite a realização de contratos com parceiros privados, desde que a estatal esteja diante de uma oportunidade de negócio, conforme definido pelo art. 28, §4^{o58} da nova lei. O conceito traçado na norma confere amplas possibilidades para a estatal, que deverá caso a caso fazer as devidas análises da viabilidade da parceria de forma bem detalhada para aferir

⁵⁶Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

⁵⁷ Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999.

⁵⁸Art. 28. [...]§ 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

se realmente se trata de uma oportunidade de negócio, conforme anotam Barcelos e Torres (2018):

Assim, por exemplo, se a estatal precisa associar-se a outra empresa, para formar consórcio empresarial e melhor desenvolver sua atividade econômica, em algum projeto específico, a definição da parceria ideal dependerá de características específicas, como a expertise identificada, projetos anteriores, a situação da empresa no mercado, seu reconhecimento ou o domínio de técnicas específicas e necessárias na realização de um consórcio. (BARCELOS;TORRES, 2018, p. 108)

Nos arts. 29 e 30, a lei das estatais elenca os casos de dispensa e inexigibilidade, mantendo a conformação jurídica básica da lei 8.666/93 no sentido de que as hipóteses de dispensa implicariam numa autorização legal para que o gestor público deixe de usar o procedimento licitatório num rol taxativo de situações previstas na lei, enquanto a inexigibilidade decorre de uma impossibilidade de se estabelecer um ambiente concorrencial para o certame, de modo que, em um rol exemplificativo, a norma estabelece algumas situações, sem excluir outras que porventura possam acontecer.

Dois pontos merecem destaque na parte relativa à contratação direta. O primeiro é a possibilidade prevista no art. 29, §3º, no sentido de que é possível que deliberação do Conselho de Administração da Estatal altere os valores de dispensa de licitação pelo valor. Isso implica dizer que, cada estatal tem autonomia para fixar a rubrica que será considerada pequeno valor para fins de contratação direta, conferindo ampla autonomia para a estatal. A segunda alteração foi a supressão da contratação de artista do rol exemplificativo dos casos de inexigibilidade, como tradicionalmente consta no art. 25, III da lei 8666/93.

A lei das estatais optou ainda por não adotar a sistemática de modalidades de licitação atreladas ao valor da contratação, estabelecendo apenas que haverá modos de disputa que poderão ser abertos, fechados ou misto⁵⁹, conferindo às estatais liberdade de estabelecer o seu procedimento interno. No modo aberto, os licitantes tem a possibilidade e oferecer lances sucessivos buscando superar os demais em sessão pública, enquanto no modo fechado, ocorre como tradicionalmente estabelece a lei 8666/93, na qual os licitantes apresentam propostas fechadas (Zymler et al, 2018).

Seja na modalidade de lances abertos, seja na modalidade de lances fechados, a tendência é que, observado o sigilo das propostas, quando houver, que os licitantes se mostrem competitivos em todos os casos, na medida em que o objetivo final de todos é a

⁵⁹Art. 52. Poderão ser adotados os modos de disputa aberto ou fechado, ou, quando o objeto da licitação puder ser parcelado, a combinação de ambos, observado o disposto no inciso III do art. 32 desta Lei.

contratação pública, de forma que a entidade licitante tende a obter bons resultados em ambos os casos (REIS, 2015)

A única modalidade existente no ordenamento jurídico ainda mencionada no texto foi o pregão, a ser adotado para aquisição de bens e serviços de natureza comum⁶⁰. O sucesso do pregão enquanto modalidade de licitação fez com que o legislador mantivesse essa modalidade no rol de possibilidades para as estatais, desde que objetivamente demonstrado tratar-se de bem ou serviço comum, nos termos do art. 1º, parágrafo único da lei 10.520/02⁶¹.

Em relação aos regimes de execução possíveis para as estatais, a nova lei manteve os quatro clássicos da lei 8666/93: empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, tarefa e empreitada integral. Trouxe para as estatais dois novos regimes, que já figuravam na lei do Regime Diferenciado de Contratação – RDC: contratação semi-integrada e contratação integrada, cujos conceitos estão na própria lei⁶². A leitura da norma deixa claro que o objetivo dos novos regimes de execução é tornar mais ágil os procedimentos na medida em que se permite que o próprio contratado elabore o projeto executivo (semi-integrada), ou mesmo elabore tanto o projeto básico como também o executivo (integrada).

Embora a grande maioria da doutrina aponte a lei 12.462/11 como o marco do advento da contratação integrada, desde 1998 com a aprovação do decreto 2.745 que aprovou o regulamento interno simplificado de licitações da Petrobrás, já havia a previsão do regime de execução que impõe ao contratado a responsabilidade de executar tanto o projeto básico como também o executivo, além da execução da obra. (Oliveira, 2019).

Nas regras relativas à aquisição de bens, a grande novidade em relação às regras da lei 8.666/93 foi a inclusão da possibilidade de indicação de marca ou modelo. A regra do

⁶⁰Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: IV - adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado;

⁶¹Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado

⁶²Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:[...] V - contratação semi-integrada: contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, de acordo com o estabelecido nos §§ 1º e 3º deste artigo; VI - contratação integrada: contratação que envolve a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, de acordo com o estabelecido nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo;

art. 15, §7º da lei de 8.666/93⁶³ é bastante inflexível no que se refere à indicação de marca, e muito embora a própria jurisprudência do Tribunal de Contas da União⁶⁴ já tenha flexibilizado há alguns anos essa regra e a lei do RDC também já seja uma precursora na relativização, a nova lei das estatais foi bem clara quanto à possibilidade de indicação de marca⁶⁵.

Obviamente que o estabelecimento de hipóteses legais de estabelecimento de marca não pode representar uma liberdade para o gestor público estabelecer a marca ou modelo de sua preferência pessoal, devendo sempre tomar a decisão de indicação baseado em justificativas de ordem técnica que enquadrem o caso concreto em uma das hipóteses legais (BARCELOS & TORRES, 2018).

Regra que também causou polêmica desde a edição da lei do RDC, é aquela que estabelece chamado “orçamento sigiloso”, e que foi transposta para a lei das estatais⁶⁶. Também conhecido como preço de reserva, a regra que impede aos licitantes o conhecimento prévio do orçamento base da administração da estatal tende a ser uma regra salutar que efetivamente pode impactar nos preços dos licitantes que não basearão suas propostas naquilo que a estatal espera pagar, mas sim nos preços de mercado. Sobre esse ponto leciona Reis (2015):

Por outro lado, em relação à divulgação do preço de reserva, espera-se uma redução nos preços contratados nas licitações que adotam essa estratégia, pois, em geral, uma política de divulgação de informação está associada com um aumento da concorrência e uma redução no valor dos lances ofertados. Em suma, com estratégias agressivas dos fornecedores, tanto em licitações fechadas quanto em abertas, o preço contratado em licitações públicas deve ser explicado pela estratégia de divulgação do preço de reserva. (REIS, 2015, p. 91)

Nas regras procedimentais trazidas no art. 51 da lei 13.303/16, o legislador estabeleceu como regra para as estatais um procedimento já adotado no pregão que se mostrou um sucesso prático, a inversão das fases de habilitação e julgamento. No pregão, os

⁶³Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: [...] § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda: I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;

⁶⁴ A indicação de marca no edital deve estar amparada em razões de ordem técnica, de forma motivada e documentada, que demonstrem ser aquela marca específica a única capaz de satisfazer o interesse público. (Acórdão 113/16 – Plenário)

⁶⁵Art. 47. A empresa pública e a sociedade de economia mista, na licitação para aquisição de bens, poderão: I - indicar marca ou modelo, nas seguintes hipóteses:) em decorrência da necessidade de padronização do objeto; b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor constituir o único capaz de atender o objeto do contrato; c) quando for necessária, para compreensão do objeto, a identificação de determinada marca ou modelo apto a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”;

⁶⁶Art. 34. O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificção na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

participantes na fase inicial do certame tão somente apresentam uma declaração de que possuem as condições de habilitação para o certame de modo que se tenta evitar que licitantes que não possuem tais condições não participem da fase de disputa aberta (EDUARDO, 2006).

Embora a norma permita que a habilitação preceda as fases de lances e julgamento, tal medida deve ser adotada de forma excepcional e constar obviamente no instrumento convocatório. Caso opte por trazer a fase de habilitação para o começo do procedimento, deverá abrir uma nova fase recursal especificamente para receber os recursos contra eventual inabilitação. No modelo padrão tem-se apenas um momento recursal que é após as fases de lance, julgamento, negociação e habilitação.

Os critérios de julgamento das propostas também foram bem alterados com o advento da lei 13.303/16, pois o regramento da lei 8.666/93 somente estabelece 4 (quatro) tipos de licitação: menor preço, melhor combinação técnica e preço, melhor técnica e maior lance ou oferta. O art. 54⁶⁷ da lei das estatais, por sua vez trouxe 8 (oito) critérios de julgamento de propostas, ampliando bastante o leque de opções que as estatais passam a dispor na formatação dos seus processos de compras. Barcelos e Torres (2018) pontuam ainda o permissivo legal de combinação de critérios num mesmo certame:

À semelhança dos modos de disputa, é permitida a combinação de diferentes critérios de julgamento em uma mesma licitação, na hipótese de parcelamento do objeto. Assim, caso uma estatal necessite, por exemplo, trocar o mobiliário de suas repartições, não dependerá da publicação de diversos procedimentos para alienar os bens existentes e adquirir novos. Diante do permissivo legal contido no art. 53, § 1º da lei, é possível a realização de certame único e a adoção dos critérios menor preço e melhor destinação dos bens alienados; ou a combinação entre menor preço e maior oferta. (BARCELOS; TORRES, 2018, p. 335)

Finalizando o capítulo relativo às licitações nas estatais, a lei estabeleceu 4 (quatro) procedimentos auxiliares das licitações: pré-qualificação permanente, cadastramento, sistema de registro de preços e catálogo eletrônico de padronização. Tanto o cadastramento, como também o sistema de registro de preços já são conhecidos no cotidiano das licitações públicas de modo que as novidades efetivas são a pré-qualificação permanente e o catálogo eletrônico de padronização.

⁶⁷Art. 54. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento: I - menor preço; II - maior desconto; III - melhor combinação de técnica e preço; IV - melhor técnica; V - melhor conteúdo artístico; VI - maior oferta de preço; VII - maior retorno econômico; VIII - melhor destinação de bens alienados.

A pré-qualificação permanente⁶⁸ pode ser subdividida em duas espécies: a prevista no inciso I do art. 64 que pré-qualifica fornecedores (subjativa) e a constante no inciso II que pré-qualifica bens (objetiva). Esses procedimentos são fundamentais para conferir celeridade aos procedimentos licitatórios quando da necessidade de contratação, visto que a estatal já tem avaliado com mais tranquilidade aqueles que estão aptos a prestar o serviço, ou os bens que estão aptos a serem adquiridos sem a pressão natural de um processo de licitação com a necessidade já formalizada. (BARCELOS & TORRES, 2018).

Já o catálogo eletrônico de padronização⁶⁹ permitirá à estatal em licitações mais simples, com critério de julgamento pelo menor preço ou maior desconto, possa estar subsidiada por uma série de informações técnicas que serão úteis em contratações rotineiras, facilitando sobremaneira os procedimentos de elaboração de projeto básico, termos de referência e do próprio edital do certame.

Traçados os pontos que reputamos os mais relevantes em termos de licitações na nova lei das estatais, passaremos a analisar conforme já havíamos adiantado aquelas que, ao nosso sentir, são as principais e significativas regras relativas aos contratos decorrentes dos procedimentos que estudamos no presente tópico, sem prejuízo de revisitação dos temas no capítulo relativo aos regulamentos internos, visto que tais normas disciplinarão alguns dos pontos aqui tratados.

3.2.2.2 Dos contratos nas empresas estatais

Assim como fizemos no tópico relativo às licitações nas estatais, traçaremos agora um panorama sobre os principais aspectos relacionados aos contratos firmados pelas estatais. Seja em decorrência de um procedimento concorrencial, seja em decorrência de algum procedimento de contratação direta, via dispensa ou inexigibilidade, o vínculo da estatal com a iniciativa privada se dará na grande maioria das vezes por meio do instrumento contratual, daí a importância do estudo desse campo.

⁶⁸Art. 64. Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar: I - fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; II - bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

⁶⁹Art. 67. O catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras consiste em sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela empresa pública ou sociedade de economia mista que estarão disponíveis para a realização de licitação.

O art. 68⁷⁰ da lei das estatais, que inaugura o capítulo relativo aos contratos, já representa um divisor de águas em relação ao regime anterior cujo dispositivo equivalente seria o art. 54⁷¹ da lei 8.666/93. A leitura dos dois dispositivos já deixa clara a intenção do legislador em retirar cada vez mais as estatais do regime jurídico administrativo, na medida em que estabelece os preceitos de direito privado como aqueles preponderantes na regulação das regras contratuais, enquanto a norma de 1993, prioriza as preceitos de direito público.

Apesar da expressa remição ao direito privado, o art. 68 menciona a observância da lei 13.303/16, que por sua vez possui inúmeras regras originárias do regime jurídico administrativo. Dessa forma, o regime das estatais não passa a ser completamente privado, visto que as empresas públicas e sociedades de economia mista efetivamente têm de observar a principiologia do direito público nas suas condutas, inclusive as contratuais (SOUSA, 2017).

Vale ressaltar que há vozes na doutrina para quem o art. 68 da nova lei das estatais exclui completamente o regime jurídico de direito público e conseqüentemente as aplicabilidade das cláusulas exorbitantes às contratações nas estatais, de modo que o regime privatista seria amplamente aplicável com toda a principiologia e padrões próprios da seara particular (GUIMARÃES & SANTOS, 2017).

Norma que chamou bastante atenção no aspecto contratual foi o art. 71,⁷² que tratou da duração dos contratos, estabelecendo como regra geral os contratos nas estatais de até 5 anos. A norma em comento efetivamente diverge completamente da lei 8.666/93 que no art. 57⁷³ estabelece a duração dos contratos de acordo com a natureza jurídica de cada um deles, somente podendo atingir 60 meses, os contratos de prestação de serviços continuados.

⁷⁰Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado.

⁷¹Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

⁷²Art. 71. A duração dos contratos regidos por esta Lei não excederá a 5 (cinco) anos, contados a partir de sua celebração, exceto: I - para projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista; II - nos casos em que a pactuação por prazo superior a 5 (cinco) anos seja prática rotineira de mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio.

⁷³Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório; II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; III - (Vetado). IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo

Assim, o tempo contratual que era somente aplicável a alguns contratos passou a ser a regra nas estatais, como bem pontuaram Barcelos e Torres (2018, p. 464): *Importante lembrar que este patamar pode ser utilizado em contratos de diversas naturezas, valendo não apenas para contratações de serviços e obras, como também para aquisições*. Dessa forma, o grau de flexibilidade para as empresas estatais aumentou consideravelmente, com regras de prazo de vigência contratual bem menos rígidas.

Regra que também merece destaque é aquela relativa a alteração dos contratos. No regime da lei geral de licitações, os casos de alteração estão dispostos no art. 65⁷⁴. A leitura desse dispositivo mostra a prevalência do regime jurídico-administrativo na medida em que o dispositivo que permite a alteração contratual se divide em duas espécies: alterações unilaterais (inciso I) e alterações por acordo (inciso II). Assim, em algumas hipóteses previstas em lei, o poder público pode promover alterações na avença, independentemente da vontade do particular contratado, desde que o faça no interesse público e realizadas as devidas justificativas (OLIVEIRA, 2019).

Nas empresas estatais, de acordo com a nova norma, para a vigorar nos termos do art. 72⁷⁵, o princípio da consensualidade, segundo o qual as alterações contratuais somente podem ser promovidas por acordo entre as partes. A disposição em comento reforça a ideia de inexistência das cláusulas exorbitantes nos contratos das estatais, na medida em que a nova norma claramente privilegiou o equilíbrio, a consensualidade, a paridade contratual entre os contratantes e contratados (SOUSA, 2017).

de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração.

⁷⁴Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; II - por acordo das partes: a) quando conveniente a substituição da garantia de execução; b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

⁷⁵Art. 72. Os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes, vedando-se ajuste que resulte em violação da obrigação de licitar.

O confronto entre o art. 81, §1º da lei 13.303/16⁷⁶ e o art. 65, §1º da lei 8.666/93⁷⁷ mostra de forma clara como há efetivamente uma quebra de paradigmas na medida em que, para as estatais, a norma que antes dizia: “...fica obrigado a aceitar”, agora diz: “O contratado poderá aceitar...”. Embora a 13.303/16 tenha mantido os mesmos percentuais de alteração quantitativa previstos na lei 8.666.93, a efetividade do desejo de alterar o contrato agora depende de uma manifestação bilateral de vontade.

Finalizando a parte contratual naquelas que reputamos as principais alterações, analisaremos a parte sancionatória, que na lei das estatais foi prevista no art. 83⁷⁸. Manteve a lei uma estrutura parecida com da lei 8.666/93, mas com algumas alterações relevantes. Primeiro o caput do art. 83 da lei restringiu as sanções ao aspecto contratual, sem mencionar de forma clara sua aplicabilidade às condutas realizadas nas licitações. Entendemos, entretanto que eventual questionamento sobre a inaplicabilidade deve ser resolvido pela aplicação da regra de extensão do art. 84, II⁷⁹. Ressalte-se ainda que, conforme mencionamos, a lei das estatais menciona claramente a aplicabilidade da lei do pregão aos certames conduzidos nessa modalidade licitatória, de forma que nesses casos, resta perfeitamente aplicável o regime sancionatório do art. 7º⁸⁰ da lei 10.520/01.

A principal discussão que permeia o campo da aplicação de penalidades entretanto, é aquela sobre o âmbito de abrangência da sanção, visto que a redação do art. 87, III da lei 8.666/93 suscitava dúvidas que gerou discussões como bem apontaram Barcelos e Torres (2018):

⁷⁶Art. 81 [...] § 1º O contratado poderá aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

⁷⁷ Art. 65 [...] § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

⁷⁸Art. 83. Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:I - advertência;II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

⁷⁹Art. 84. As sanções previstas no inciso III do art. 83 poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

⁸⁰Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Uma questão polêmica, realcionada à sanção suspensão temporária, envolve a amplitude de seus efeitos. De um lado, parte da doutrina, o TCU e a AGU, defendem que a restrição gerada pela sanção suspensão temporária afeta apenas as futuras licitações e futuros contratos do órgão ou entidade sancionadora. Em sentido diametralmente oposto, o STJ tem se posicionado pela incidência geral da penalidade de suspensão, o que impediria a participação da empresa suspensa em qualquer outro certame. (BARCELOS; TORRES, 2018, p. 497)

Nas estatais, o problema parece ter sido resolvido com a redação clara do art. 83, III, dispondo sobre a aplicabilidade da suspensão de licitar e impedimento de contratar, tão somente à entidade sancionadora, ou seja, efeitos apenas para a própria empresa pública ou sociedade de economia mista que aplicou a sanção. No acórdão 269/2019⁸¹, o Tribunal de Contas da União já teve a oportunidade de manifestar posição sobre a questão, conferindo ao dispositivo legal, interpretação literal.

Traçados os pontos relevantes da esfera contratual das estatais, passaremos a análise do terceiro e último capítulo da lei das estatais, que embora seja o menor de todos, tem uma importância significativa, pois trata dos mecanismos de fiscalização pelo Estado e pela sociedade civil, de modo que estudada a parte estatutária da norma com todas as suas regras de elegibilidade aos cargos de gestão nas estatais, passando depois para o novo regime de licitações e contratos, nada mais importante num contexto de crise administrativa que tais mecanismos sejam acompanhados dos meios de fiscalização de modo a se compatibilizar com a idéia de governança corporativa, que tem o controle como um dos pilares.

3.2.3 Dos mecanismos de Fiscalização e Controle – art. 85º ao 90º

Dentro da perspectiva de eficiência e qualidade, a lei das estatais finaliza seu texto com um capítulo dedicado ao controle externo. No decorrer no estudo na norma percebe-se facilmente a robustez nas regras relativas aos mecanismos de controle interno das estatais. Quando falamos em controle interno estamos tratando tanto dos sistemas de controle desenvolvidos pela própria estatal como também do órgão de controle interno existente dentro da estrutura do respectivo Poder Executivo, como por exemplo, a Controladoria Geral da União no âmbito federal, que nas palavras de Barros (2016) tem fundamental importância na implantação da lei de acesso a informação para além do âmbito da União:

⁸¹O impedimento de participar de licitações em razão do art. 38, inciso II, da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) se refere tão somente a sanções aplicadas pela própria entidade, e não a sanções aplicadas por outra empresa pública ou sociedade de economia mista. Acórdão 269/2019 – Plenário. Relator Ministro Bruno Dantas.

Corroborando com esse cenário, observamos que a CGU proporcionou e proporciona a estrutura básica para a implementação da LAI, pois desenvolve acompanhamento e avaliação contínuos do acesso à informação através de relatórios de estatísticas e subsidia a implantação da LAI nos governos estaduais e municipais – atribuição essa que não é parte constituinte de suas competências. (BARROS, 2016, p. 100)

Mas para além do controle interno, é fundamental que as novas perspectivas e objetivos das estatais sejam controlados externamente, tanto que o art. 85⁸² menciona ambos. Ainda que o dispositivo não mencione claramente o possível controle a ser realizado pelo poder Legislativo, não restam dúvidas de que a menção ao controle externo e aos aspectos a serem fiscalizados (contábil, financeiro, operacional e patrimonial), nos remete instantaneamente aos tribunais de contas e o traçado constitucional desses organismos que classificam-se como órgãos de controle vinculados às casas legislativas. (ZYMLER et al, 2018)

Tão significativo foi a preocupação do legislador com a efetividade dos sistemas de controle que conferiu a possibilidade inclusive de acesso a documentos e informações classificados como sigilosos⁸³ pela estatal nos termos da lei 12.524/11⁸⁴, porém tornando o agente fiscalizador a partir desse momento, corresponsável pela guarda do sigilo das informações as quais teve acesso em decorrência da fiscalização. Sobre a necessidade de amplitude da informação, Castro (2016) leciona:

Não se pode olvidar que o acesso à informação faticamente verdadeira é um direito humano fundamental, e se manifesta como condição indispensável ao pleno exercício da liberdade num contexto democrático. Esse acesso à informação verdadeira deve estar fundado no princípio da máxima divulgação de dados, sendo que as exceções, as raras exceções possíveis a tal direito, devem ser claras, justificadas e especificamente estabelecidas pela lei ou pela Constituição, mediante um processo em que impera a transparência e o respeito ao princípio republicano. (CASTRO, 2016, p. 134-135)

⁸²Art. 85. Os órgãos de controle externo e interno das 3 (três) esferas de governo fiscalizarão as empresas públicas e as sociedades de economia mista a elas relacionadas, inclusive aquelas domiciliadas no exterior, quanto à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial.

⁸³Conceito legal de informação sigilosa: aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado. Art. 4º, I da lei 12.527/11.

⁸⁴Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

Aspecto que merece destaque ainda, foi a menção expressa da lei a necessidade de informações atualizadas e disponíveis em relação às licitações e contratos nas estatais⁸⁵. No referido dispositivo verificamos a criação de duas obrigações para as estatais: manter os arquivos eletrônicos com os dados sobre contratações públicas, inclusive preços, e disponibilizar as referidas informações aos órgãos de controle competentes (ZYMLER, et al, 2018).

No tocante ao controle popular, dois dispositivos ganham notoriedade, os parágrafos 1º e 2º do art. 87. O primeiro legitima qualquer cidadão a promover a impugnação de edital de licitação nas estatais, enquanto o segundo permite que qualquer pessoa física ou jurídica, represente junto ao respectivo tribunal de contas ou órgão de controle interno acerca de irregularidades na aplicação do disposto na lei 13.303/16, conferindo ampla possibilidade de matérias que podem ser discutidas nessa seara, não se restringindo aos aspectos relacionados com licitações e contratos.

Ao finalizar o capítulo, os artigos 89⁸⁶ e 90⁸⁷ da lei das estatais fecham a norma com expresse resguardo da autonomia das empresas públicas e sociedades de economia mista. O primeiro dispositivo acima mencionado faz referência à relação entre a empresa estatal e o ente federal ao qual ela está vinculada, que exerce a chamada “supervisão ministerial” ou “controle de tutela” por meio de algum órgão específico, geralmente um ministério ou secretaria. Sobre essa atuação o ente criador, Nohara (2017) leciona:

No âmbito federal, o controle de tutela denomina-se supervisão ministerial, pois as autarquias se sujeitam à fiscalização do Ministério a cuja Pasta esteja vinculada à Presidência da República.¹⁷ De acordo com o art. 26 do Decreto-lei nº 200/67, a supervisão ministerial, no que se refere à Administração Indireta, visa assegurar, essencialmente, a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade; a harmonia com a política e a programação do governo no setor de atuação da entidade; a eficiência administrativa; e a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade. (NOHARA, 2017, p. 587)

A autora acima transcrita deixa claro que apesar do ente criador ter a obrigação de manter uma fiscalização sobre as entidades criadas, essa fiscalização não pode interferir na

⁸⁵Art. 86. As informações das empresas públicas e das sociedades de economia mista relativas a licitações e contratos, inclusive aqueles referentes a bases de preços, constarão de bancos de dados eletrônicos atualizados e com acesso em tempo real aos órgãos de controle competentes.

⁸⁶Art. 89. O exercício da supervisão por vinculação da empresa pública ou da sociedade de economia mista, pelo órgão a que se vincula, não pode ensejar a redução ou a supressão da autonomia conferida pela lei específica que autorizou a criação da entidade supervisionada ou da autonomia inerente a sua natureza, nem autoriza a ingerência do supervisor em sua administração e funcionamento, devendo a supervisão ser exercida nos limites da legislação aplicável.

⁸⁷Art. 90. As ações e deliberações do órgão ou ente de controle não podem implicar interferência na gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista a ele submetidas nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas.

autonomia conferida pela lei à empresa pública ou sociedade de economia mista. E é exatamente nessa esteira que se funda o art. 89 da lei das estatais, numa tentativa de não permitir que a missão fiscalizatória que é natural e deve existir implique em violação da autonomia administrativa e gerencial da companhia.

No mesmo sentido foi a inspiração do art. 90, que impede que as deliberações de órgãos de controle possam implicar em violação das competências da empresa estatal ou mesmo na definição das políticas públicas a serem adotadas pela empresa. Mais uma vez a norma objetiva conferir às estatais a maior liberdade gerencial possível para que elas possam cumprir com suas finalidades, seja por interferências do ente criador, seja por deliberações de órgãos de controle.

O tema autonomia tem fundamental importância para nossa pesquisa, considerando que vamos abordar o modo como as empresas públicas e sociedades de economia mista podem regulamentar internamente os seus procedimentos administrativos de licitações e contratos e como isso pode impactar no combate à ocorrência de fraude ou corrupção. Assim, a liberdade regulamentar da companhia dependerá do grau de autonomia que a mesma detém perante o ente criador inicialmente, assim como depende do modo que os órgãos de controle, seja Tribunal de Contas, seja Poder Judiciário irão interpretar essa atuação regulamentar.

Último dispositivo que merece uma menção já nas disposições finais e transitórias, temos o art. 91, que estabeleceu um prazo de 24 (vinte e quatro) meses de adaptação para que as empresas estatais pudessem se adaptar ao novel regramento jurídico, inclusive editando os respectivos regulamentos de contratação. Tal prazo expirou em 30/06/2018, de forma que, pelo menos em tese, todas as estatais brasileiras deveriam estar completamente adaptadas até o referido marco temporal. O referido prazo de adaptação tem por objetivo conferir segurança e estabilidade, de modo que não se aconselha mudanças bruscas de legislação sem um prazo razoável de adaptação (ALENCAR, 2017).

Traçado um panorama geral sobre toda a lei 13.303/16, desde seus primeiros dispositivos até as normas transitórias, passando pelas normas de licitações, contratos e fiscalização e controle, passaremos a tratar especialmente sobre os regulamentos de licitações e contratos nas estatais, normas internas mas que possuem uma função não apenas descritiva de procedimentos e atos, mas também uma função preventiva de desvios, caso sejam normas bem elaboradas.

4 A REGULAMENTAÇÃO DOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA COMO MECANISMO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NAS ESTATAIS

No capítulo anterior vimos toda a estruturação da lei das estatais e suas subdivisões internas. Verificamos que a nova norma criou um sistema de contratação pública mais moderno, inspirado na lei do regime diferenciado de contratação – RDC e que possibilitou às estatais uma modelagem nos seus processos de licitações e contratações bem mais ágil e flexível, numa sistemática bem inovadora em relação ao regime traçado na lei 8.666/93.

Ao mesmo tempo em que criou regras de contratação mais flexíveis, a norma preocupa-se constantemente com a política de integridade nas suas relações com terceiros, sendo as contratações um dos principais canais de comunicação entre empresa estatal e esfera privada, de modo que tal preocupação está inserida num contexto internacional de combate à corrupção bem mais amplo, conforme aponta Carvalho (2018), quando afirma:

O combate à corrupção e a busca por maior integridade na contratação pública recebeu atenção de estudiosos e organismos internacionais nos últimos anos, cabendo destacar a aprovação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que entrou em vigor no ano de 2005, e da Convenção da OCDE sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, firmada pelo Brasil em 1997 e promulgada por decreto presidencial no ano 2000. (CARVALHO, 2018, p.13)

Nesse contexto de combate à corrupção aliado à perspectiva de concessão de mais autonomia às empresas públicas e sociedades de economia mista, a norma trouxe inúmeras regras procedimentais novas, mas uma das principais e mais relevantes novidades, foi a garantia de que cada estatal poderá estabelecer rotinas e regras específicas para sua realidade, tudo isso por meio do regulamento interno de licitação e contratos. O exercício do poder regulamentar, dentro dos limites legais, tende a propiciar às estatais uma personalização procedimental que, se bem estruturada, ajudará também a combater ou minimizar os riscos de atos de corrupção, sejam praticados por agentes da própria empresa, seja por terceiros que com ela se relacione, de modo que nesse capítulo desenvolveremos quais os limites e poderes do exercício desse poder regulamentar.

4.1 DO PODER REGULAMENTAR DAS ESTATAIS NOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

A lei 13.303/16 conferiu às estatais, conforme já mencionamos, poder regulamentar em relação aos seus processos internos de licitações e contratos. O art. 40⁸⁸ da lei, além de estabelecer a necessidade de publicação e manutenção de um regulamento interno de contratação, elencou uma série de matérias que estariam inseridas na regulamentação. Observamos inicialmente, que o rol de matérias elencadas no dispositivo não é exaustivo, considerando a parte final do caput, quando diz “*especialmente quanto a:...*”. Tal expressão deixa claro, ai nosso ver, que se trata de um rol meramente exemplificativo, de modo que todas as matérias relativas às contratações nas estatais podem ser objeto de regulamentação. Ainda sobre o dispositivo em análise e seus objetivos, Barcelos e Torres (2018) explicam:

Ao definir que o regulamento seja compatível com a disciplina legal, a Lei admite que ele, desde que respeitando as bases estabelecidas pela lei e seus princípios básicos, possa adequar-se às necessidades da estatal. Essa liberdade se amplia quando compreendido que o regime licitatório das lei das estatais estabeleceu um modelo (ou modalidade) flexível e não possui formato tão detalhista como a lei 8.666/93. (BARCELOS; TORRES, 2018, p. 268)

Efetivamente, o modelo de contratação pública da lei 13.303/16 traçou apenas linhas gerais e as principais regras a serem observadas, mas sem adentrar profundamente nas minudencias procedimentais, conferindo, dessa forma, amplas possibilidades de procedimentos que podem ser adotados. Essa forma eleita pelo legislador, reconhece a existência de peculiaridades intrínsecas ao seio de cada estatal, que as possibilita estabelecer rotinas personalizadas à realidade de cada companhia. A existência de diversas áreas de atuação, importa em desafios diferenciados que devem ser tratados de forma peculiar (BARCELOS & TORRES, 2018)

Ressaltamos ainda, que o enaltecimento das regras internas de cada estatal situa-se num contexto de busca de segurança jurídica aos atos administrativos praticados, numa

⁸⁸Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a: I - glossário de expressões técnicas; II - cadastro de fornecedores; III - minutas-padrão de editais e contratos; IV - procedimentos de licitação e contratação direta; V - tramitação de recursos; VI - formalização de contratos; VII - gestão e fiscalização de contratos; VIII - aplicação de penalidades; IX - recebimento do objeto do contrato.

sintonia perfeita entre a lei 13.303/16 e a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – decreto-lei 4.657/42. Com efeito, essa última norma foi bastante alterada pela lei 13.655/18, a modernizando significativamente. Dentre as recentes alterações, temos a inserção do art. 30⁸⁹, que elenca os regulamentos internos como mecanismos de aumento da segurança jurídica na Administração Pública.

A inserção desse dispositivo como meio de se obter estabilidade dos atos administrativos foi influenciado pelo novo código de processo civil brasileiro, na medida em que a edição de regulamentos, súmulas ou mesmo manifestações formais em respostas às consultas formuladas cria para própria Administração Pública, um caráter vinculante às suas próprias decisões, sem prejuízo de ulterior modificação dos entendimentos ou do teor dos próprios normativos exarados (TARTUCE, 2019).

Essa ampla possibilidade normativa confere às estatais, a possibilidade de estabelecer regras de conduta àqueles que pretendem participar de processos de contratação com as companhias. Essas regras internas serão fundamentais para a prevenção e/ou combate à ocorrência de fraudes em processos de contratação pública no seio das estatais, se integrando com outras normas afins, tais como a lei 12.846/13 - anticorrupção, lei 8.429/92 - improbidade administrativa e lei 12.529/11 – defesa da concorrência, fazendo parte de um microsistema normativo de combate à corrupção.

4.2 DO COMBATE À CORRUPÇÃO NAS ESTATAIS POR MEIO DAS NORMAS REGULAMENTARES

A aplicabilidade das regras internas pode resultar na própria inabilitação para participar dos certames públicos, ou mesmo sua desclassificação numa fase mais avançada do procedimento, culminando com a possibilidade de rescisão contratual ou mesmo declaração de nulidade do contrato firmado. Cumpre-nos então, investigar quais são essas possibilidades, dividindo as regras em quatro momentos. Primeiro na fase preparatória do certame, depois passaremos para a fase definição das regras de habilitação, adentrando depois na fase de disputa entre os licitantes e por fim enveredamos na execução contratual, de modo que dividiremos o presente tópico nesses quatro momentos

⁸⁹Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

4.2.1 Procedimentos preparatórios do certame licitatório

O procedimento licitatório divide-se em duas grandes fases, a fase interna, cujos atos ocorrem anteriormente à divulgação do certame quando se inicia a fase externa. Podem ser citados como atos que ocorrem na fase interna: a requisição do objeto a ser licitado pelo setor demandante, a estimativa do valor da contratação, a verificação da existência de recursos orçamentários para fazer face à despesa, designação de comissão de licitação, a elaboração das minutas de edital e contrato, a análise jurídica dos documentos, além de outras providências como, por exemplo, a realização de audiências públicas. (OLIVEIRA, 2017)

Na fase preparatória do certame licitatório nas estatais, também conhecida como fase interna da licitação, inúmeras providências que se situam no campo estritamente interno de cada companhia devem ser tomadas com a maior cautela possível como forma principalmente de prevenir futuros problemas nas fases subsequentes. Nesse caso, cumpre a cada companhia normatizar de forma detalhada os seus procedimentos não só no momento em que ingressam no certame, os agentes econômicos externos.

Na regulamentação da fase interna, dentro da perspectiva de prevenção de fraudes, entendemos que três pontos merecem destaque e, se bem estruturados no regulamento, irão contribuir para a formatação de um procedimento de aquisição mais íntegro. O primeiro seria a indicação de marca ou modelo na fase de definição do objeto, o segundo seria a pesquisa de preço de referência e o terceiro seria a participação social na construção do certame por meio de audiências públicas.

4.2.1.1 Indicação de marca ou modelo

Uma das inspirações que o RDC conferiu ao regime licitatório das estatais foi a possibilidade de indicação de marca ou modelo, traçando os requisitos no art. 47⁹⁰ da lei 13.303/16. Apesar da indicação de marca, já há alguns anos ser uma possibilidade calcada na

⁹⁰Art. 47. A empresa pública e a sociedade de economia mista, na licitação para aquisição de bens, poderão: I - indicar marca ou modelo, nas seguintes hipóteses: a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto; b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor constituir o único capaz de atender o objeto do contrato; c) quando for necessária, para compreensão do objeto, a identificação de determinada marca ou modelo apto a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”; [...]

jurisprudência do Tribunal de Contas da União⁹¹, a autorização legal para realizar as referidas indicações conferem bem mais segurança ao gestor da empresa estatal.

Apesar das hipóteses de indicação de marca estarem bem delineadas no art. 47, obviamente o processo tem que vir acompanhado das respectivas justificativas que amparem a escolha da marca ou modelo, a enquadrando em uma das hipóteses legalmente previstas, de modo a prevenir que gostos pessoais sem fundamentação técnica sejam os motivadores da escolha como bem pontuaram Barcelos e Torres (2018):

Outrossim, importante frisar que a indicação não pode ser motivada por meras preferências pessoais do gestor, que subjetivamente prioriza determinada marca. A jurisprudência tem restringido esta hipótese de indicação às situações em que restar comprovado que a escolha é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da Administração. (BARCELOS & TORRES, 2018, p. 298)

Dessa forma, cumpre aos regulamentos internos definir de que forma a indicação de marca ou modelo se fará necessária, sendo necessário um procedimento administrativo minimamente justificado enquadrando a escolha da marca. Nessa perspectiva, uma boa disposição regulamentar foi incluída na regulamentação interna da Companhia de Saneamento do Paraná – SANEPAR, quando dispôs sobre o procedimento de padronização de objetos, que precederá a indicação de marca com base nessa justificativa.

O art. 47, I, a da lei das estatais estabelece que a padronização de objeto pode fundamentar a indicação de marca ou modelo, dessa forma a decisão de padronização é de suma importância para posterior indicação. Nessa perspectiva, a SANEPAR estabeleceu no art. 24⁹² de seu regulamento, um processo administrativo de padronização com formação de uma comissão especial somente para essa finalidade.

Interessante observar, que a companhia tornou técnica e descentralizada a decisão de padronização. Técnica porque exigiu que o processo administrativo contenha pareceres que justifiquem não só a utilidade da padronização, como também a economicidade do

⁹¹SÚMULA N° 270. Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária.

⁹² Art. 24 A padronização referida neste RILC será precedida de processo administrativo iniciado após a constatação da sua necessidade e cabimento, devendo ser constituída uma comissão especial para avaliação e encaminhamento à autoridade competente para decisão. § 1º O processo administrativo de padronização deverá ser instruído com pareceres técnicos que justifiquem a sua utilidade e economicidade. § 2º A padronização será decidida pela autoridade a quem for designada tal competência, ser publicada no sítio eletrônico da SANEPAR com a síntese da justificativa e a descrição sucinta do padrão definido e revista periodicamente. § 3º A decisão sobre padronização poderá ser impugnada, no prazo de 10 (dez) dias úteis da sua publicidade, mediante a apresentação de laudo técnico de instituição oficial ou credenciada por órgãos oficiais que demonstre a existência de outros produtos com as mesmas condições que justificaram a padronização;

procedimento, nos termos do parágrafo primeiro do art. 24. Descentralizada porque apesar de estabelecer a competência de uma determinada autoridade para decidir, essa decisão será precedida de análise por comissão especial nos termos do caput do art. 24.

Finalizando o processo administrativo de padronização e demonstrando a publicidade do procedimento, a norma interna da SANEPAR possibilita a impugnação administrativa em 10 dias da decisão de padronização, de modo que agentes econômicos que representem ou comercializem outras marcas poderão se insurgir em face da decisão da estatal, demonstrando que existem no mercado outros produtos de marcas distintas que se situam no mesmo patamar técnico e econômico da marca padrão.

Observamos que essa forma de proceder da estatal torna o processo de indicação de marca pela padronização transparente na sua existência, e técnico na decisão, se revelando uma excelente prática a ser adotada pelas estatais, criando requisitos procedimentais que inibem qualquer tentativa de padronização e consequente escolha de marca baseada em critérios subjetivos do gestor da empresa pública ou sociedade de economia mista.

4.2.1.2 Definição dos preços de referência

A lei 13.303/16, quando no art. 31 informa que as licitações e contratos nas estatais têm por objetivo assegurar seleção mais vantajosa, logo traz especial atenção com a questão relativa aos valores da licitação para que se evite o que a lei definiu como sobrepreço ou superfaturamento. O parágrafo primeiro do art. 31⁹³ conceitua esses dois institutos, deixando claro que o sobrepreço será aferido antes da contratação, enquanto o superfaturamento poderá ocorrer no curso da contratação, motivo pelo qual nesse momento nos concentraremos no sobrepreço.

A questão então seria a busca por referenciais realistas para que os valores orçados e contratados reflitam uma realidade factual de mercado, impedindo que a estatal

⁹³Art. 31 [...] § 1º Para os fins do disposto no caput, considera-se que há: I - sobrepreço quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado, podendo referir-se ao valor unitário de um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, ou ao valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por preço global ou por empreitada; II - superfaturamento quando houver dano ao patrimônio da empresa pública ou da sociedade de economia mista caracterizado, por exemplo: a) pela medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas; b) pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança; c) por alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;

trabalhe com valores irreais, acima do que o mercado pratica. Nesse ponto, a lei 13.303/16 foi parcialmente descritiva, estabelecendo regras para alguns tipos de licitação específicas, a exemplo do parágrafo segundo⁹⁴ do art. 31, que dispôs sobre os parâmetros de obtenção de orçamento de referência para obras e serviços de engenharia, assim como o parágrafo segundo⁹⁵ do art. 42, que tratou do orçamento nas contratações integradas.

A norma, entretanto não foi minuciosa no estabelecimento dos critérios de aferição do preço de referência para contratos de aquisição, sendo uma praxe muito corriqueira em diversos órgãos a busca de preços com base em pesquisas realizadas diretamente com agentes econômicos. Tal prática, entretanto não tem sido há algum tempo vista com bons olhos pelos órgãos de controle, pois não refletiriam a realidade de mercado, já que alguns fornecedores informariam valores ao Poder Público díspares da realidade, como é possível verificar na jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

A pesquisa de preços para elaboração do orçamento estimativo da licitação não deve se restringir a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, devendo ser utilizadas outras fontes como parâmetro, a exemplo de contratações públicas similares, sistemas referenciais de preços disponíveis, pesquisas na internet em sites especializados e contratos anteriores do próprio órgão. (Acórdão 713/2019-Plenário – Relator Ministro Bruno Dantas. Sessão de 27/03/2019)

No âmbito do Poder Executivo Federal essa orientação do Tribunal de Contas da União já vem sendo seguida há alguns anos, havendo norma interna específica para tratar da pesquisa de preço, consoante podemos verificar no art. 2º⁹⁶ da Instrução Normativa 03 de 20 de abril de 2017, do extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão⁹⁷,

⁹⁴Art. 31. [...]§ 2º O orçamento de referência do custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou no Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários, devendo ser observadas as peculiaridades geográficas

⁹⁵Art. 42. § 2º No caso dos orçamentos das contratações integradas: I - sempre que o anteprojeto da licitação, por seus elementos mínimos, assim o permitir, as estimativas de preço devem se basear em orçamento tão detalhado quanto possível, devendo a utilização de estimativas paramétricas e a avaliação aproximada baseada em outras obras similares ser realizadas somente nas frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto da licitação, exigindo-se das contratadas, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento em seus demonstrativos de formação de preços;

⁹⁶Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros: I - Painel de Preços, disponível no endereço eletrônico <http://paineldeprescos.planejamento.gov.br>; II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços; III - pesquisa publicada em mídia especializada, sites eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou IV - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias.

⁹⁷ A medida provisória 870 de 01º de janeiro de 2019, extinguiu o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e incorporou as suas atribuições ao novo Ministério da Economia.

restando clara, que a pesquisa direto com fornecedores ficou elencada como última opção a ser adotada pelo gestor público.

Dessa forma, é possível que os regulamentos de compras das estatais descrevam de forma minuciosa como deverá ser realizada a pesquisa de preços para formação de orçamento de referência, adotando medidas para evitar a ocorrência de sobrepreço nas contratações das estatais, inviabilizando eventual enriquecimento ilícito de agentes econômicos privados que com ela contratem. Podemos citar como boas regulamentações nessa seara, a adota pela Eletrobrás no art. 28⁹⁸, e pela Companhia de Água e Esgoto do Estado do Ceará-CAGECE, que dispôs sobre a matéria no art. 53⁹⁹ da sua norma regulamentar.

4.2.1.3 Realização de Audiências e Consultas Públicas prévias.

Realizar discussões com a sociedade sobre diversos temas de interesse coletivo tem sido uma excelente forma de aprimorar os procedimentos de tomada de decisão no âmbito da gestão pública, ao mesmo tempo que prover a decisão administrativa de um grau de legitimidade qualificado, na medida em que além de fatores jurídicos e econômicos, os fatores sociais passam a ser considerados quando a escolha de determinado caminho pelo gestor público. As audiências públicas inserem-se nesse contexto de participação da comunidade, e terá nas palavras de Oliveira (2017), as seguintes funções:

⁹⁸Artigo 28 Critérios gerais para orçamento 1 – O valor orçado pela empresa deve ser obtido em razão de pesquisa de mercado, que deve ser baseada em um ou na combinação dos seguintes parâmetros: a) contratos similares e anteriores firmados por empresas da Eletrobras, devidamente atualizados monetariamente; b) contratos similares e anteriores firmados por outras empresas públicas ou sociedades de economia mista ou órgãos e entidades da Administração Pública, cujas informações podem ser obtidas em portais de compras governamentais ou equivalentes, dentre os quais o endereço eletrônico <http://paineldeprescos.planejamento.gov.br>, ou por meio de empresas especializadas que ofereçam recursos de busca e sistematização com emprego de tecnologia da informação; c) pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos ou outros veículos de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; d) pesquisa direta com os agentes econômicos, por meio de *request for proposal*(RFP), conforme o Artigo 17 deste Regulamento.

⁹⁹Art. 53. A estimativa de preços será baseada em um ou na combinação dos seguintes parâmetros: I. portais de compras governamentais; II. tabelas oficiais; III. contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços; IV. pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso e que não sejam em sítios de leilão ou de intermediação de vendas; V. composição de custos específica; VI. pesquisa com agentes econômicos, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias.

Mesmo que possa, em poucos casos e com precisão legal, ter a sua razão de existir fincada na informação/publicidade, não há dúvidas que seu caráter consultivo, sugestivo e de problematização do tema na seara da comunidade é o mais explorado. Sua principal função é promover o debate e buscar uma decisão mais legítima para determinado processo. (OLIVEIRA, 2017, p. 163)

No âmbito das contratações públicas, participação popular na fase preparatória de procedimentos licitatórios tem previsão legal desde a edição da lei 8.666/93 que no art. 39¹⁰⁰ estabeleceu a necessidade de audiência pública para licitações de valores consideravelmente altos, considerando que o valor é um indicativo de contratação que pode causar impactos não apenas financeiros, mas também sociais, econômicos, ambientais, motivo pelo qual Pestana (2013) afirma:

Trata-se da oportunidade de a sociedade civil, os fornecedores, potenciais delegatários, enfim, de todos aqueles que, de alguma maneira, tenham interesse na prestação do serviço em questão, externar seus posicionamentos com vistas a aprimorar ou, mesmo, impedir, a realização do certame, como até então cogitado. (PESTANA, 2013, p. 193)

No âmbito da lei 13.303/16, o legislador não trouxe diretamente no texto uma norma que obrigasse a empresa pública ou sociedade de economia mista a promover audiências públicas em casos pré-determinados. Andou bem o legislador nesse ponto, pois a não previsão a priori aliada a possibilidade de normatização interna dos processos de compras por cada estatal, possibilita elas mesmas definirem os casos e condições em que se fará necessária ou recomendável a realização das consultas populares.

A Eletrobrás, em seu regulamento interno de licitações, previu dois instrumentos de participação popular: a consulta pública¹⁰¹ e a audiência pública¹⁰², ambas definidas na seção 2 do artigo 17, que define ambos os instrumentos, e que tem por título “Diálogo com Agentes Econômicos”, pois além da consulta e audiência, prevê uma série de instrumentos de participação: procedimento de manifestação de interesse, tomada de subsídio, reunião participativa, *road show*, *requestinformation* e *request for proposal*.

¹⁰⁰Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

¹⁰¹ Art. 17 [...] g) *Consulta pública* para consolidar a versão final de edital e documentos que lhe são anexos, possibilitando aos interessados o encaminhamento por escrito de contribuições e questionamentos, que devem ser respondidos motivadamente pela empresa;

¹⁰²Art. 17 [...] h) *Audiência pública* para consolidar a versão final de edital e documentos que lhe são anexos, possibilitando aos interessados a participação oral em sessão presencial, a fim de encaminhar contribuições ou realizar questionamentos, que não precisam ser respondidos pela empresa.

Embora os instrumentos citados tenham em sua maioria o objetivo de dialogar com agentes econômicos, a consulta e audiência pública terão um escopo de abrangência mais amplo, pois a discussão poderá incluir agentes sociais como um todo para além daqueles que objetivam interesses econômicos e nesse ponto inserem-se os atores do controle social, que nas palavras de Rizzo Junior (2009):

Falar sobre controle social é o mesmo que falar de democracia e de Estado Democrático de Direito, por isso abordamos a questão longamente no segundo capítulo. Agora é o momento de tratar de um assunto que constitui o pressuposto da existência de um Estado Democrático real, não de fachada: a *informação*. É a qualidade da informação, sem censura, sem maquiagem, que promove a crença de que o mandante pode influir no rumo dos planos, projetos e execução de programas públicos. Essa certeza de diálogo produtivo e influente dá credibilidade ao governo e à execução de planos que, muitas vezes, prolongam-se por mais de uma geração. (RIZZO JUNIOR, 2009, p. 142)

Dessa forma, o fomento a um mecanismo de controle social no âmbito das contratações públicas das estatais, pode ser inserido nos regulamentos internos, e se revela um importante instrumento de aprimoramento da gestão e viabilizará o efetivo controle dos atos praticados, contribuindo para prevenção de desvios, pois a discussão da contratação como um todo poderá resultar em readequação de regras editalícias, que poderiam contribuir para a ocorrência de fraude/corrupção.

4.2.2 Habilitação dos licitantes

A lei 13.303/16 alterou significativamente as regras relativas à habilitação dos licitantes em relação ao regime da lei 8.666/93. O art. 58¹⁰³ da lei das estatais simplificou as exigências em relação ao art. 27¹⁰⁴ da lei geral de licitações e contratos e a numa primeira análise comparativa dos dois dispositivos, chama a atenção a substituição do termo “habilitação jurídica” prevista na lei 8.666/93, pela expressão “exigência da apresentação de

¹⁰³Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros: I - exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contratação de obrigações por parte do licitante; II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório; III - capacidade econômica e financeira; IV - recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço.

¹⁰⁴Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: I - habilitação jurídica; II - qualificação técnica; III - qualificação econômico-financeira; IV - regularidade fiscal e trabalhista; V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

documentos aptos a comprovar a possibilidade de aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante”.

Tradicionalmente a doutrina descreve como habilitação jurídica, a capacidade genérica de contrair direitos e obrigações, de modo que o licitante deveria apresentar simplesmente nesse momento a documentação relativa à existência da pessoa física ou jurídica, sua regularidade perante os órgãos de registro dos atos constitutivos, tais como: cartório de registro de pessoas jurídicas, junta comercial, ou outros órgãos especiais a depender da atividade desenvolvida (OLIVEIRA, 2019).

Nesse sentido, parece que a lei das estatais parece que apenas teria repetido com outras palavras aquilo que a lei 8.666/93 chama de habilitação jurídica, de modo que o legislador pretende apenas e tão somente permitir a participação nos certames licitatórios nas estatais, empresas legalmente constituídas e que possam, nos termos da lei, adquirir direitos e contrair obrigações (ZYMLER, et al., 2018).

Em relação à qualificação técnica, a lei das estatais estabeleceu que ela deve se ater às parcelas técnica e economicamente relevantes a serem estabelecidas de forma clara no instrumento de convocação. A regra claramente objetiva criar limitações ou requisitos mais elásticos quando efetivamente isso se fizer necessário, de modo que se objetiva mesmo a ampliação da competitividade, de modo que Zymler et al., (2018) afirmaram que eventual regra de habilitação:

Será ilícita quando for exacerbada e restringir indevidamente a competitividade ou quando for demasiadamente permissiva. Na primeira situação de ilicitude, porque se afastou também licitantes em condições de atender ao interesse da administração. Assim, o princípio da economicidade resta potencialmente violado, pois, em havendo menos licitantes, diminui-se a competitividade entre eles e, conseqüentemente, a possibilidade de a estatal receber melhores propostas. (ZYMLER, et al., 2018, p. 236).

Exige ainda a lei que os licitantes tenham capacidade econômica e financeira para cumprir o objeto contratual. A forma de demonstração desse requisito de habilitação ficará ao cargo dos regulamentos internos e instrumentos convocatórios, na medida em que a lei das estatais não minudenciou o meio através dos quais as estatais fariam essa avaliação. Pode-se exigir, por exemplo: balanços patrimoniais e demonstrativos contábeis de exercícios anteriores; certidões negativas de falência; capital mínimo, patrimônio mínimo, dentre outros (OLIVEIRA, 2019).

O quarto e último parâmetro trazido na norma foi o recolhimento de quantia antecipada quando se utilizar o critério de julgamento a maior oferta de preço. Trata-se de

regra presente em certames de baixo risco para a estatal, tanto que o próprio parágrafo primeiro do art. 58¹⁰⁵, dispensa nesses casos a habilitação técnica e econômico-financeira, por se tratar de certame onde não há dispêndio de recursos públicos, mas tão somente recebimento de valores por parte da estatal.

Pela leitura das regras de habilitação trazidas pela lei 13.303/16 percebemos que houve efetivamente, uma flexibilização na normatização dos critérios de habilitação, o que pode parecer a um primeiro olhar que o objetivo do legislador foi tão simplesmente estabelecer requisitos menos rígidos. Ocorre que flexibilizar significa, no caso das estatais, conferir maiores possibilidades no estabelecimento dos critérios, de modo que o regulamento interno terá papel relevante na definição em qual grau cada um dos requisitos será exigido. Partindo dessa premissa, cumprirá a cada estatal, dentro da sua esfera de autonomia, estabelecer alguns parâmetros de acordo com o grau de risco de cada contratação, e algumas dessas escolhas poderão ter correlação direta com o combate à corrupção nos contratos firmados pelas estatais.

Nessa definição, as estatais devem atentar que o próprio estabelecimento de critérios mais ou menos rígidos, em tese, já podem impactar no favorecimento da fraude por meio de restrições a competitividade. É fato que, quanto mais critérios de habilitação se tem, menor será a competitividade pela restrição que se cria no mercado, podendo ser reduzida a economicidade. Dessa forma, a equação mais restrição, menos economicidade deve ser avaliada de acordo com cada caso concreto, podendo o regulamento estabelecer parâmetros de escolha a serem feitas pelo gestor da companhia.

No que tange a um mercado mais restritivo, o receio é a facilitação da formação de cartéis que representa uma prática inaceitável, sendo caracterizado por um acordo entre pessoas que deveriam concorrer, mas que optam por orquestrar uma troca de informações acerca de pontos relevantes à contratação dos mesmos, tais como: preço, qualidade, quantidade e divisão de mercado. Dessa forma, o aumento da competitividade em licitações naturalmente já funciona como um limitador da prática de cartéis, na medida em que quanto maior o número de competidores, mais difícil será a formação do cartel. (CARVALHO, 2018).

¹⁰⁵§ 1º Quando o critério de julgamento utilizado for a maior oferta de preço, os requisitos de qualificação técnica e de capacidade econômica e financeira poderão ser dispensados.

A própria lei anticorrupção elencou os ajustes e combinações no rol de condutas passíveis de punição pela norma, conforme podemos depreender da leitura do art. 5º, IV, a¹⁰⁶ da lei 12.846/13. Assim, o próprio estabelecimento de normas regulamentares deve ser bem avaliado por cada estatal de modo que, a despeito de se tentar criar um ambiente menos propício às fraudes, pode-se inadvertidamente se está criando um contexto mais favorável à prática desses ilícitos.

4.2.2.1 Exigência de um programa efetivo de integridade

Dentre as práticas que vem sendo discutidas no contexto das contratações públicas ganha destaque aquela relativa a exigência da existência de um programa efetivo integridade ou de *compliance* no seio da pessoa jurídica que pretende contratar com a estatal. Compliance/Integridade aqui deve ser compreendido como um conjunto de mecanismos de gestão que propiciam o desenvolvimento de uma cultura ética dentro das corporações (LIMA, 2018).

Trata-se, dessa forma, de procedimentos internos de cada instituição visando o fiel e simples cumprimento da lei, de modo que cada setor ou atividade da empresa deverá seguir os padrões legais de conduta estabelecidos para aquela atividade, cientificando a todos das possíveis implicações e responsabilidades do não cumprimento interno das políticas de integridade (WITTMANN, 2016).

Recordemos ainda, que no âmbito da lei anticorrupção (art. 7º, VII)¹⁰⁷, existência dos chamados programas de integridade devem ser considerados quando da aplicação de sanções em decorrência de atos de corrupção. Programas cujo conceito está delineado no decreto 8.420/2015¹⁰⁸, cuja existência pode resultar em diminuição nos valores das multas aplicadas em decorrência de atos passíveis de punição (MENDES & CARVALHO, 2017).

¹⁰⁶Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: [...] IV - no tocante a licitações e contratos:a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; [...]

¹⁰⁷Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

¹⁰⁸Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de

Trazer essa exigência aos licitantes/contratados tem sido uma prática que vem se difundindo no âmbito dos estados da federação. O Distrito Federal, por exemplo, trouxe a disposição na lei distrital 6.112/18¹⁰⁹, estabelecendo a obrigatoriedade a depender do valor da contratação, nos termos do art. 1º¹¹⁰ do referido normativo. No estado do Rio de Janeiro, a disposição veio na lei estadual 7.753/17¹¹¹, cujo art. 1º¹¹² trouxe disposição muito parecida com a lei do DF, alterando, entretanto os valores de referência. No Rio Grande do Sul, o legislador local optou por incluir a exigência dos programas de integridade na regulamentação da lei federal anticorrupção trazendo a obrigatoriedade no art. 37¹¹³ da lei estadual 15.228/18¹¹⁴. Sobre a possibilidade de instituições governamentais utilizarem programas de integridade tanto internamente como também como exigência em contratações dissertou Witmann (2016):

Os programas de integridade não são exclusivos da iniciativa privada e suas corporações. Pode alcançar desde empresas, organizações não governamentais, assim como entidades públicas como um todo. Não importa a organização, a preservação da integridade é questão estratégica e tende a estar presente e disseminada na sociedade. Em breve o reconhecimento da importância de tais programas chegará a sensibilizar o Estado para que suas contratações impliquem na obrigação dos contratados no estabelecimento de programas de integridade efetivos. (WITMANN, 2016, p.242)

detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

¹⁰⁹Dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Distrito Federal, em todas esferas de Poder, e dá outras providências.

¹¹⁰ Art. 1º Fica estabelecida a obrigatoriedade de implementação do Programa de Integridade em todas as pessoas jurídicas que celebrem contrato, consórcio, convênio, concessão, parceria público-privada e qualquer outro instrumento ou forma de avença similar, inclusive decorrente de contratação direta ou emergencial, pregão eletrônico e dispensa ou inexigibilidade de licitação, com a administração pública direta ou indireta do Distrito Federal em todas as esferas de poder, com valor global igual ou superior a R\$5.000.000,00. (Artigo com a redação da Lei nº 6.308, de 13/6/2019.).

¹¹¹Dispõe sobre a instituição do Programa De Integridade nas Empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado do Rio De Janeiro e dá outras providencias.

¹¹² Art. 1º - Fica estabelecida a exigência do Programa de Integridade às empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privado com a administração pública direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro, cujos limites em valor sejam superiores ao da modalidade de licitação por concorrência, sendo R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias.

¹¹³ Art. 37. Fica estabelecida a exigência do Programa de Integridade às empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privada com a Administração Pública Estadual, cujos limites em valor sejam superiores a R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais) para obras e serviços de engenharia, e acima de R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais) para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico.

¹¹⁴ Dispõe sobre a aplicação, no âmbito da Administração Pública Estadual, da Lei Federal n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

O Estado do Ceará, por sua vez, instituiu a política de integridade através da lei estadual 16.717/18, excetuando as empresas públicas e sociedades de economia mista da sua aplicação¹¹⁵. Obviamente que a exclusão das empresas estatais não significa que elas não possam fazer exigências de integridade, mas a norma apenas preservou a autonomia das estatais cearenses para estabelecer as exigências de acordo com os parâmetros estabelecidos por cada uma delas.

Todos os normativos mencionados estabeleceram que o momento da comprovação da existência do programa de integridade é na contratação. O estado do Rio de Janeiro trouxe essa disposição no art.10¹¹⁶, a lei distrital no art. 12¹¹⁷ e a norma gaúcha no art. 39¹¹⁸. Essa posição alinha-se com o entendimento do Tribunal de Contas da União, no sentido na impossibilidade de se estabelecer ônus aos licitantes que, durante o certame licitatório, somente possuem a expectativa de serem contratados como foi possível verificar no enunciado do acórdão 2212/2017¹¹⁹.

Considerando que a lei das estatais, conforme já mencionamos, relativizou as regras de habilitação possibilitando o aumento da competitividade, também não seria adequado, nesse momento, impor aos licitantes que já tivessem um programa de integridade eficaz em pleno funcionamento. Os regulamentos, entretanto já poderiam dispor sobre a obrigatoriedade da existência dos programas de integridade quando da contratação, e na fase de habilitação já exigir declaração formal do licitante se comprometendo, em sendo vencedor do certame, a apresentar um programa de integridade estruturado. Dessa forma, o regulamento interno da companhia não imporá um ônus antecipado, mas já vincularia um licitante

¹¹⁵Art. 1º Fica instituído o Programa de Integridade do Poder Executivo do Estado do Ceará, que consiste na integração de mecanismos organizacionais, com foco na gestão de riscos e nos controles internos, objetivando fortalecer e direcionar as instituições públicas para o alcance dos seus objetivos estratégicos e a entrega dos resultados esperados pela população, de forma regular, eficiente, transparente e proba. Parágrafo único. Esta Lei se aplica aos órgãos e entidades do Poder Executivo do Estado do Ceará, exceto as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que tem seus mecanismos organizacionais regidos pela Lei Federal nº 13.303, 30 de junho de 2016 e regulamentação específica.

¹¹⁶ Art. 10 A empresa que possuir o Programa de Integridade implantado deverá apresentar no momento da contratação declaração informando a sua existência nos termos do art. 4º da presente Lei.

¹¹⁷Art. 12. A empresa que possua o Programa de Integridade implantado deve apresentar, no momento da contratação, declaração informando a sua existência nos termos do art. 7º desta Lei.

¹¹⁸ Art. 39. A implantação do Programa de Integridade, no âmbito da pessoa jurídica, correrá às suas expensas e dar-se-á no prazo de 180 (cento e oitenta) dias corridos, a partir da data de celebração do contrato.

¹¹⁹Em certame licitatório para a contratação de serviço de gerenciamento, controle e fornecimento de combustíveis, é irregular a exigência de comprovação de rede credenciada na fase de habilitação, porquanto acarreta ônus desnecessário ao licitante e, em consequência, restringe indevidamente a competitividade da licitação.

mediante declaração, cujo descumprimento posterior poderia levar a responsabilização da pessoa jurídica contratada.

Devemos ressaltar ainda, que a pessoa jurídica interessada tem o ônus de demonstrar que não apenas possui um programa de integridade formal, mas que esse é efetivo e seus instrumentos têm aplicabilidade prática. Essa exigência visa impedir que os licitantes criem um programa formalmente perfeito, mas sem efetividade, com fito exclusivo de participar das licitações/contratações, onde são exigidos. Em razão disso que o decreto 8420/2015 estabeleceu no art. 42,¹²⁰ que os programas de integridade serão avaliados tanto na sua existência como também na sua aplicação.

4.2.2.2 Análise de risco de integridade

No âmbito da busca pela cultura da integridade no ambiente corporativo, um mecanismo preventivo chamado *duediligence*, ou diligência devida em tradução literal, tem ganhado destaque como uma medida salutar para prevenir problemas futuros decorrentes de relacionamentos com parceiros comerciais. A diligência prévia nesse caso tem por objetivo conhecer aqueles com os quais se relaciona para entender as práticas e estruturas do futuro parceiro, a fim de avaliar quais os potenciais riscos que essa relação pode ocasionar (LIMA, 2018).

Após o advento da lei anticorrupção esse tipo de diligência tornou-se fundamental para prevenção de responsabilidade, na medida em que se estabeleceu a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por atos de corrupção, ou seja, sem aferição dos elementos subjetivos dolo ou culpa, de modo que controlar de forma mais precisa, os relacionamentos comerciais tornou-se uma obrigação cuja inobservância pode gerar sérios riscos às empresas (MENDES & CARVALHO, 2017).

Partindo dessas premissas, cumpri-nos analisar a possibilidade dos regulamentos de licitações e contratos preverem essas análises de risco e a partir delas decidir se aceita ou não relacionar-se com determinadas pessoas jurídicas que pretendem participar dos seus certames licitatórios. Podemos desde já mencionar dois regulamentos que trouxeram expressamente disposições nesse sentido, o regulamento de licitações e contratos da Petrobrás

¹²⁰Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: [...]

aprovado por seu Conselho de Administração em 26/06/2018, e o regulamento da Eletrobrás aprovado pelo Conselho de Administração em 29/09/2017.

A Petrobrás inseriu o *duediligence* dentro do seu Programa de Prevenção à Corrupção, definido no art. 4º¹²¹ do regulamento. No parágrafo segundo do mesmo dispositivo, a companhia trouxe a previsão das diligências a partir das quais será atribuído àqueles que queiram iniciar ou manter relacionamento com a empresa o grau de risco de integridade baixo, médio ou alto. Na sequência, a norma já veda a participação nos processos de contratação daqueles aos quais seja atribuído risco elevado¹²².

Através de consulta ao sítio eletrônico da Petrobrás pode-se verificar o conteúdo do que eles denominam DDI (*Due Diligence de Integridade*).¹²³ Trata-se de um procedimento interno da companhia que atribui aos diligenciados um GRI (*Grau de Risco de Integridade*), representado por bandeiras que podem ser: verde (risco baixo), amarela (risco médio) ou vermelha (risco alto). A atribuição dos graus é feita com base em resposta a um questionário¹²⁴ que possui perguntas sobre: pessoas jurídicas das quais a empresa diligenciada é controladora, coligada ou consorciada, países nos quais a diligenciada tem operações comerciais, relacionamento da Alta Administração com agentes políticos, processos e investigações em face da empresa ou seus administradores, programa de integridade, canais de denúncia, treinamentos, dentre outros.

No âmbito da Eletrobrás, há disposição semelhante¹²⁵ àquela prevista na Petrobrás, condicionando a homologação do certame licitatório à análise de integridade a ser promovida pela Diretoria de Compliance, nas contratações de grande vulto, alta complexidade ou elevados riscos. Embora inicialmente a norma interna estabeleça a homologação do

¹²¹Art. 4º O Programa PETROBRAS de Prevenção à Corrupção (PPPC), programa de integridade corporativa, estabelece mecanismos de prevenção, detecção e correção de atos não condizentes com as condutas estabelecidas e requeridas pela Companhia. As diretrizes do PPPC devem ser conhecidas e pautar a atuação das Partes Interessadas em iniciar e manter relacionamento com a PETROBRAS.

¹²²Art. 4º [...]§ 3º As Partes Interessadas às quais seja atribuído grau de risco de integridade alto não poderão participar de procedimentos de contratação com a PETROBRAS, salvo exceções previstas em normas internas da Companhia.

¹²³ Disponível em: <https://canalfornecedor.petrobras.com.br/pt/compliance/duediligence-de-integridade/>

¹²⁴ Disponível em: https://canalfornecedor.petrobras.com.br/media/filer_public/e8/1e/e81e60a3-d47a-434a-9f4c-5df216bc3134/questionario_de_ddi__link_canal_fornecedor.pdf

¹²⁵Art. 71 [...] 5 – Em licitações de grande vulto, de alta complexidade técnica ou de riscos elevados, cuja definição é de competência da Diretoria Executiva, a homologação deve ser antecedida de análise de integridade promovida pela Diretoria de *Compliance* ou equivalente ou Diretoria a que se subordinam as instâncias de controle e auditoria da empresa.

certame como o momento para análise da integridade, os dispositivos seguintes¹²⁶ possibilitam a análise antes da própria licitação.

A norma regulamentar da Eletrobrás conferiu à companhia bastante flexibilidade no momento de aferição e respectivas consequências, pois a depender do momento que a análise ocorra, o alto risco de integridade pode gerar a não homologação do certame, anulação parcial, desclassificação, inabilitação e se for o caso, instauração de procedimento disciplinar, nos termos do art. 71, 7, d¹²⁷ do regulamento interno de licitações e contratos da companhia.

Seja a utilização para fins de inabilitação, seja para fins de rescisão contratual, o certo é que a pesquisa de integridade deve ter respaldo no próprio regulamento interno de cada estatal e se basear em critérios objetivos de aferição do grau de integridade. Não seria admissível pelo ordenamento, um resultado baseado exclusivamente, na concepção subjetiva de algum membro ou setor da estatal.

Recentemente ganhou notoriedade uma decisão da Petrobrás que numa licitação para contratação de alimentação e serviços de hotelaria para plataformas marítimas, inabilitou a empresa Convida Refeições pertencente ao grupo De Nadai, envolvido na máfia das merendas do estado de São Paulo. Dentre outros aspectos, a estatal entendeu que a licitante não teria um programa de integridade efetivo, e a classificou como de risco elevado, a impedindo de participar do certame. Após disputa judicial, a empresa foi autorizada a participar da licitação e venceu a disputa firmando um contrato de cerca de 324 milhões de reais com a Petrobrás, fato muito noticiado¹²⁸. Em nota¹²⁹ divulgada em seu site, o Grupo De Nadai, dentre outros aspectos, ponderou:

O GRUPO DE NADAI, constituído pelas empresas CONVIDA REFEIÇÕES, CONVIDA ALIMENTAÇÃO e DE NADAI ALIMENTAÇÃO, reitera seu compromisso com práticas éticas e, para tanto, mantém um rigoroso Programa de Compliance, aplicável a 100% de suas operações, que tem como objetivo garantir o cumprimento das leis e regulamentos referentes às suas atividades, prevenir a

¹²⁶ Art. 71 [...] 6 – A *análise de integridade* referida no item 5 deste Artigo deve ser realizada antes do processo licitatório ou de contratação direta ser encaminhado para a homologação por parte da autoridade competente, gestor ou agente responsável.

¹²⁷ Art. 71 [...]7 – A *análise de integridade* referida no item 5 deste Artigo deve: d) recomendar à autoridade competente a homologação ou não homologação da licitação e a tomada de outras providências consideradas adequadas, como anulação parcial da licitação, desclassificação ou inabilitação de licitante e instauração de processos administrativos disciplinares.

¹²⁸ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/10/empresa-de-citado-na-mafia-das-merendas-obtem-liminar-na-petrobras.shtml>> Acesso em: 10 abr. 2019

¹²⁹ Disponível em: <<https://www.denadai.com.br/esclarecimentos/>> Acesso em: 10 abr. 2019.

ocorrência de fraudes, punir ou corrigir quaisquer ocorrências em desacordo com as normas e políticas internas.

E continua:

Neste contexto, foi impetrado mandado de segurança perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro – RJ e, em 05 de abril de 2018, foi obtida liminar, a qual restou ratificada por sentença que julgou procedente a pretensão e autorizou a participação da CONVIDA REFEIÇÕES LTDA. no processo licitatório. Tal decisão liminar foi submetida ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, não tendo sido revertida. Ainda, há parecer da Procuradoria da República - Ministério Público Federal, em Segunda Instância, manifestando-se pela manutenção da sentença, o que indica a regularidade e licitude do pleito da CONVIDA.

Ao que consta das notícias veiculadas, o Poder Judiciário teria entendido pela impossibilidade de exclusão da licitante por ausência de previsão legal da hipótese de inabilitação utilizada pela Petrobrás. Naturalmente, muitas discussões acerca dos poderes conferidos às estatais passarão pelo exame da legalidade delas, e isso sem dúvida será um complicador, considerando que o próprio legislador optou por conferir às próprias estatais, autonomia para, dentro de balizas legais, estabelecer regramentos internos.

Devemos considerar que regras estabelecidas pelas próprias companhias são oriundas de autorização legal, logo, a análise da legalidade dos atos, em se tratando de estatais, deve ser não apenas da previsão da conduta na lei 13.303/16, mas também na previsão da autorização legal para regular internamente a matéria. Vimos que a opção clara do legislador foi de conferir maior autonomia às estatais, de modo que se o exercício dessa autonomia for interpretado de forma indiscriminada como ilegalidade, a intenção da norma pode restar completamente prejudicada.

Dessa forma, uma interpretação sistemática da lei 13.303/16, considerando toda a preocupação do normativo em estabelecer inúmeras restrições ao possível aparelhamento político-partidário para estatal, conjuntamente com as regras de licitação cuja regulamentação específica será de cada estatal, nos permite concluir que é legal o estabelecimento, por meio de regras regulamentares, de restrições à participação em certames licitatórios nas estatais, desde que calcados em elementos de natureza objetiva e que possibilite à pessoa física ou jurídica impossibilitada de licitar com a estatal uma oportunidade recursal.

4.2.3 Momento da disputa entre os licitantes

Analisada a fase de habilitação dos licitantes, passaremos a investigar o tratamento dado pela norma à fase de disputa entre os licitantes. Vimos que a lei das estatais inovou nessa parte procedimental, eliminando as modalidades clássicas de licitação (concorrência, tomada de preços e convite). Manteve o pregão como modalidade licitatória a ser utilizada para contratação de bens ou serviços comuns, e estabeleceu os modos de disputa aberto, fechado ou misto. Criou ainda, um dispositivo estabelecendo uma série de critérios de julgamento, ampliando bastante o rol de possibilidades de se julgar um certame nas estatais, e é sobre esses dois aspectos que nos concentraremos a partir de agora.

4.2.3.1 Regulamentação dos meios de disputa nas estatais

Partindo da premissa de criação de três modos de disputa (aberto, fechado e misto), o recurso dos lances abertos entre os licitantes pode ser utilizado não apenas para o pregão, mas em qualquer procedimento de disputa, cumprindo à estatal definir qual o melhor modelo a ser utilizado. Nessa seara, a lei das estatais não minudenciou de que forma as empresas públicas e sociedades de economia mista farão a escolha por uma das formas de disputa, cabendo aos regulamentos internos definir de que forma se dará essa decisão ainda na fase interna do certame (BARCELOS & TORRES, 2018).

Cada forma de disputa tem, naturalmente, suas vantagens e desvantagens, de modo que cumpre a cada estatal definir em regulamento de que forma irá utilizar cada uma delas, levando em consideração, dentre outros fatores, o grau de risco de corrupção que cada certame pode gerar. Os lances abertos, por exemplo, tendem a obter preços mais vantajosos para a estatal, colocando os licitantes em disputa direta, medida que, em tese, restringe o campo de conluio.

Lances fechados, por sua vez, são mais adequados para avaliações de ordem técnica, visto que os fatores considerados na pontuação técnica não são adequados para uma disputa em lances abertos, visto que possuem uma complexidade incompatível com o formato de disputa às claras, assim, o primeiro fator que irá influenciar no modo de disputa será o

critério de julgamento a ser utilizado no certame, dentre os previstos no art. 54¹³⁰ da lei 13.303/16. Cada estatal poderá, por exemplo, estabelecer no regulamento hipóteses nas quais a utilização do modo de lances abertos deverá ser obrigatoriamente utilizado, considerando fatores como: valor da licitação, número de licitantes no mercado, objeto da licitação, dentre outros.

É possível ainda, que na regulamentação dos meios de disputa fiquem estabelecidas regras de publicidade da tramitação do procedimento, seja ele aberto, fechado ou misto. Tal medida se insere na concretização do princípio da publicidade insculpido no art. 37¹³¹, caput da Constituição de 1988, que nas palavras de Nohara (2017):

A publicidade é princípio básico da Administração Pública, positivado no caput do art. 37 da Constituição Federal, que permite credibilidade pela transparência. É pela publicidade que os cidadãos têm conhecimento das ações dos administradores no trato da coisa pública. Ela também garante a defesa de direitos quando estes são violados pelo Poder Público, viabilizando a proteção da moralidade e a estabilidade das relações jurídico-administrativas. (NOHARA, 2017, p. 84)

Nessa perspectiva, a gravação ou mesmo divulgação em tempo real dos atos praticados no procedimento de contratação pública nas estatais, poderá servir tanto para a dimensão do controle social, como também para controle de eventuais ilegalidades praticadas em face de um dos licitantes, tornando públicas condutas que em outra situação ficariam completamente impossíveis de se comprovar a sua ocorrência. Recordemos ainda, que a publicidade também foi elencada no art. 31¹³² da lei 13.303/16 como um dos princípios a serem observados pelas estatais.

¹³⁰Art. 54. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento: I - menor preço; II - maior desconto; III - melhor combinação de técnica e preço; IV - melhor técnica; V - melhor conteúdo artístico; VI - maior oferta de preço; VII - maior retorno econômico; VIII - melhor destinação de bens alienados.

¹³¹Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

¹³² 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.

O art. 48¹³³ da lei 13.303/16 estabelece uma regra de publicidade às aquisições públicas nas estatais, mas que compreende informações tão somente em relação à execução contratual, de modo que uma norma regulamentar que dispusesse sobre a divulgação da fase de disputa não implicaria em contradição com a regra estabelecida ou uma ampliação indevida, visto que ela estabelece o mínimo de publicidade que se deve garantir aos contratos, de forma que qualquer disposição ampliativa da publicidade seria obviamente muito bem-vinda.

No espírito da regulamentação que propomos, o Projeto de Lei 1292/2015 que revoga a lei 8.666/93, a lei do pregão e do Regime Diferenciado de Contratação, estabelece em seu bojo, que as licitações ocorrerão prioritariamente de forma eletrônica mas que havendo inviabilidade técnica ou desvantagem para a Administração, haverá uma sessão presencial e com gravação em áudio e vídeo, nos termos do art. 17, parágrafos 2º e 5º¹³⁴, viabilizando completamente o controle externo e interno, naqueles certames cuja não utilização de ferramentas eletrônicas poderia macular sua lisura.

Nas mesmas perspectivas e objetivos, o estado do Mato Grosso editou a lei estadual 10.851/19¹³⁵. A norma de dois artigos prevê basicamente não só a gravação em áudio e vídeo como faz o projeto de lei federal, mas ainda determina a transmissão em tempo real através do Portal da Transparência do Estado do Mato Grosso, sendo nesse ponto bem mais atual e efetivo que o PL 1292/95, pois viabiliza o efetivo acompanhamento do procedimento. O art. 2º¹³⁶ da lei estabelece quais procedimentos serão objeto de gravação e transmissão, dentre eles: abertura de envelopes de habilitação, conformidade das propostas, julgamento e classificação.

¹³³Art. 48. Será dada publicidade, com periodicidade mínima semestral, em sítio eletrônico oficial na internet de acesso irrestrito, à relação das aquisições de bens efetivadas pelas empresas públicas e pelas sociedades de economia mista, compreendidas as seguintes informações: I - identificação do bem comprado, de seu preço unitário e da quantidade adquirida; II - nome do fornecedor; III - valor total de cada aquisição.

¹³⁴Art. 17.O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: [...]§ 2º As licitações serão realizadas sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial na hipótese de comprovada inviabilidade técnica ou desvantagem para a Administração, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo. [...] § 5º Na hipótese excepcional de licitação sob a forma presencial a que refere o § 2º, a sessão pública de apresentação de propostas deverá ser gravada em áudio e vídeo, juntando-se a gravação aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento.

¹³⁵Dispõe sobre a gravação em áudio e vídeo do processo licitatório e sua transmissão ao vivo, por meio da internet, no Portal da Transparência do Estado de Mato Grosso.

¹³⁶Art. 2º Para efeito do disposto no art. 1º desta Lei, a gravação abrangerá os procedimentos de abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, de verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e de julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital.

Dessa forma, um dispositivo regulamentar que estabelecesse a obrigação da estatal de gravar e transmitir em tempo real seus procedimentos licitatórios seria uma excelente iniciativa de combate às fraudes, visto que se cria no âmbito do processo de contratação um mecanismo de controle bem forte, pelo menos inibindo a ação de pessoas ou grupos que objetivam cometer ilícitos no seio dos prédios das estatais, onde se desenvolvem e se praticam os atos materiais propriamente ditos.

4.2.3.2 A regulamentação dos critérios de julgamento

Uma das principais inovações, com nítida influência da lei do RDC, foi o dispositivo legal¹³⁷ da lei 13.303/16, que estabeleceu os critérios de julgamento das licitações nas estatais. Primeiro a norma ampliou de quatro para oito os possíveis critérios de julgamento. Manteve os critérios da lei 8.666/93 (menor preço, melhor técnica, combinação técnica e preço e maior oferta), acrescentou o maior desconto, o melhor conteúdo artístico, o maior retorno econômico e a melhor destinação dos bens alienados.

Apesar da doutrina tradicionalmente não aprofundar o estudo acerca dos critérios de julgamento das licitações públicas, o exame de tal matéria deve ser cauteloso, visto que a partir da necessidade da administração em si, é que o gestor público deve então buscar o melhor meio de avaliar qual a proposta mais vantajosa para o Poder Público, de modo que a escolha do tipo adequado é fundamental para que o certame atinja seu escopo. (PESTANA, 2014).

Ressaltemos ainda, que absolutamente todos os critérios mencionados na lei das estatais devem ser objetivados, não podendo o gestor da empresa pública ou sociedade de economia mista se valer da escolha do critério para satisfazer alguma espécie de interesse subjetivo que não se confunde com o interesse da estatal, em razão disso, feliz a doutrina de Barcelos e Torres (2018), quando analisando o art. 54, parágrafo segundo¹³⁸, afirmam:

Independentemente do critério de julgamento adotado, será sempre necessário que o procedimento se pautem em parâmetros objetivos que possibilitem, sob uma mesma

¹³⁷Art. 54. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento: I - menor preço; II - maior desconto; III - melhor combinação de técnica e preço; IV - melhor técnica; V - melhor conteúdo artístico; VI - maior oferta de preço; VII - maior retorno econômico; VIII - melhor destinação de bens alienados.

¹³⁸ Art. 54. [...] § 2º Na hipótese de adoção dos critérios referidos nos incisos III, IV, V e VII do caput deste artigo, o julgamento das propostas será efetivado mediante o emprego de parâmetros específicos, definidos no instrumento convocatório, destinados a limitar a subjetividade do julgamento.

régua, a efetiva comparação entre as propostas apresentadas. Dessa forma, o raciocínio se aplica tanto aos critérios cuja essência oferece padrões objetivos – v.g. menor preço, maior desconto e maior oferta de preços –, como àqueles que envolvem fatores técnicos ou intelectuais: melhor combinação técnica e preço, melhor técnica, melhor conteúdo artístico e melhor destinação dos bens alienados. Para estes, a lei 13.303/16 determina o emprego de parâmetros específicos destinados a limitar a subjetividade. (BARCELOS ; TORRES, 2018, p. 336)

A leitura do parágrafo segundo do art. 54 revela inicialmente, um lapso do legislador que não fez referência ao inciso VIII do caput do dispositivo, o que não exclui a necessidade de objetivar os critérios de escolha no tipo “melhor destinação de bens alienados”, devendo, ao nosso sentir, esse critério e o critério “melhor conteúdo artístico” serem normatizados com maior especificidade ante a elevada carga de subjetividade que ambos carregam, possibilitando assim, a suas utilizações de maneira indevida.

Sobre o critério do melhor conteúdo artístico, sugere-se que os regulamentos estabeleçam a criação de comissões técnicas cujos membros gozarão de isenção para apreciar e julgar os licitantes. Nessa perspectiva, o regulamento da Eletrobrás¹³⁹ estabeleceu que o julgamento será por equipe técnica formada por 3 membros, e que esses membros poderão ser contratados por inexigibilidade de licitação, já que nem sempre a própria estatal terá em seus quadros pessoal qualificado para esse mister.

Além das disposições acima mencionadas, o regulamento interno da companhia, reconhecendo o grau de subjetividade do critério de escolha do conteúdo artístico, disciplinou que o termo de referência já trará os critérios objetivos baseados em indicações dos especialistas na área¹⁴⁰, dessa forma, os profissionais contratados pela estatal terão por atribuição não apenas o julgamento do certame, mas também orientarão a unidade técnica acerca dos melhores critérios a serem considerados na definição do que seria o melhor conteúdo artístico.

Quanto ao critério da melhor destinação de bens alienados, trata-se de um critério absolutamente novo, sem precedentes em legislação anterior e que merece especial atenção frente aos desafios que “o novo” carrega consigo. Acerca dessa novidade e seus objetivos, são absolutamente importantes as considerações de Barcelos e Torres (2018) quando disseram:

¹³⁹ Art. 54 [...] 2 – O julgamento deve ser realizado por comissão formada por três especialistas, denominada comissão de especialistas, que devem ser designados pelo gestor da unidade técnica. 3 – Os especialistas podem ser contratados com base na alínea “b” do inciso II do Artigo 30 da Lei n. 13.303/2016.

¹⁴⁰ Art. 54 [...] 4 – O termo de referência deve prescrever critérios artísticos para a avaliação das propostas e definir valor de prêmio para o vencedor da licitação, de acordo com o indicado pela comissão de especialistas e aprovado pelo gestor da unidade técnica. 5 – Em que pese a alta subjetividade na avaliação de conteúdo artístico, o termo de referência deve veicular critérios artísticos com parâmetros ou balizas ao máximo objetivas.

Como único critério de julgamento genuinamente novo elencado no rol do art. 54 da lei 13.303/16, a melhor destinação de bens alienados representa importante inovação que possibilita a concretização do princípio do desenvolvimento nacional sustentável, em seu viés social. A previsão revela, pois, expressa manifestação do legislador no sentido de que a proposta mais vantajosa nem sempre há que se vincular a valores estritamente econômicos. (BARCELOS ; TORRES, 2018, p. 349)

A atenção deve ser diferenciada, na medida em que se trata de certame para destinar gratuitamente bens pertencentes à estatal. Caso a alienação seja onerosa, será o utilizado o critério objetivo da maior oferta. O desafio então, é encontrar uma forma de julgar a destinação dos bens de forma objetiva e garantir que os mesmos permaneçam numa destinação adequada.

Cada bem a ser gratuitamente alienado pela estatal possui características peculiares que farão com que o conceito de melhor destinação seja variável de acordo com cada caso concreto. Apesar disso, cumpre ao regulamento interno de licitações estabelecer premissas mínimas para definição dos critérios a serem observados, como fez a Eletrobrás ao estabelecer em seu regulamento¹⁴¹ que serão avaliadas as repercussões sociais e ambientais da proposta.

4.2.4 Execução contratual

O momento da execução de contrato com a empresa estatal sem dúvidas é um dos mais relevantes para prevenção de atos de corrupção considerando que a partir desse momento que se estreita a relação de um único contratado com a respectiva empresa estatal e seus empregados/colaboradores. Se até o momento da formalização contratual, a preocupação da estatal é estabelecer um ambiente de disputa hígido, após a contratação, o desafio é manter uma relação contratual livre de qualquer ato que possa prejudicar a companhia seja de forma dolosa, seja por culpa nas suas diversas modalidades.

Já vimos linhas acima, que o capítulo da lei 13.303/16 relativo às licitações e contratos estabeleceu nos seus primeiros dispositivos os conceitos de sobrepreço e superfaturamento, sendo esse último caracterizado por condutas exemplificativas descritas no art. 31, §1º, II, todas relacionadas com a execução contratual, tais como: medições incorretas

¹⁴¹ Art. 57 [...] 4 – O termo de referência deve prescrever critérios para a avaliação da repercussão social e/ou ambiental da destinação proposta para o bem. 5 – Em que pese a alta subjetividade na avaliação de repercussão social e/ou ambiental, o termo de referência deve veicular critérios com parâmetros ou balizas ao máximo objetivas.

de obras ou serviços executados; falhas na execução do contrato que resultem em baixa qualidade do produto contratado; alterações contratuais indevidas, dentre outros casos.

4.2.4.1 Equipe de fiscalização

Diferentemente da lei 8.666/93, que no art. 67¹⁴² estabeleceu a necessidade de designação de representante da administração para acompanhar a execução contratual, a lei 13.303/16, não trouxe dispositivo semelhante, o que poderia levar o interpreta à conclusão de que essa omissão seria a demonstração de que a designação de fiscal ou equipe de fiscalização não seria necessária. Tal conclusão seria razoável não fossem os inúmeros outros dispositivos legais que bem analisados deixam clara a necessidade de permanente fiscalização dos contratos nas estatais.

Temos, por exemplo, o art. 76,¹⁴³ que cria uma série de obrigações legais ao contratado decorrentes de vícios na execução da avença, bem como o art. 77,¹⁴⁴ que atribui ao contratado à responsabilidade pelos encargos trabalhistas, fiscais e tributários decorrentes do contrato. Ambos dispositivos mencionados têm inspiração na lei 8.666/93 e só tem sentido e aplicabilidade se conjugados com a ideia de acompanhamento por parte da própria estatal da execução dos seus contratos por profissionais especialmente designados.

Nessa toada, e considerando a omissão legal específica, cumprirá aos regulamentos internos disciplinarem as regras de designação de equipes para o acompanhamento da execução contratual. A Companhia de Gás do Ceará – CEGÁS trouxe em seu regulamento interno,¹⁴⁵ regra no art.73,¹⁴⁶ que estabelece o direito da companhia a

¹⁴²Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

¹⁴³Art. 76. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados, e responderá por danos causados diretamente a terceiros ou à empresa pública ou sociedade de economia mista, independentemente da comprovação de sua culpa ou dolo na execução do contrato.

¹⁴⁴Art. 77. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

¹⁴⁵ Disponível em: http://www.cegas.com.br/wpcontent/uploads/2018/10/ri_de_licitacoes_e_contratos_cegas.pdf. Acesso em 02 de maio de 2019.

¹⁴⁶ Art. 73. Os contratos entre a CEGÁS e suas contratadas reger-se-ão pelas normas contidas na Lei 13.303/2016, por este Regulamento, pelas suas cláusulas e pelas normas de direito privado. § 1º Na formalização dos contratos a CEGÁS deverá preservar os seguintes direitos: II – fiscalizar-lhes a execução;

fiscalizar seus próprios contratos. Já o art. 100¹⁴⁷ do mesmo normativo completa perfeitamente a norma, estabelecendo a necessidade de designação especial do agente público que acompanhará a execução do contrato, permitindo inclusive a contratação de terceiros para auxiliá-lo. Estabelece ainda, obrigação desse mesmo agente público para que anote em registro próprio todas as ocorrências relativas ao contrato, além de prever que a norma interna disciplinará ainda, de forma mais específica, as atribuições de fiscais e gestores.

No mesmo sentido, caminhou o regulamento interno de licitações da Petrobrás, que após estabelecer no art. 198¹⁴⁸ os objetivos gerais da gestão e fiscalização contratual, disciplinou, mais especificamente no art. 199,¹⁴⁹ o que seriam as atividades esperadas no procedimento de gestão e fiscalização contratual, já dispondo no próprio regulamento as condutas materiais que devem ser adotadas por aqueles que venham a exercer esse encargo nas contratações da maior estatal brasileira.

Outra medida salutar que pode ser incorporada aos regulamentos internos das estatais é o estabelecimento das competências dos fiscais e gestores de contratos administrativos responsáveis pela fiscalização, visto que esses são os primeiros agentes atuantes na prevenção de fraudes ou erros. Ainda que de forma tímida, a Companhia de

¹⁴⁷ Art. 100. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por agente público da CEGÁS especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo ou subsidiá-lo de informações pertinentes a esta atribuição. § 1º A identificação do fiscal do contrato, com a indicação da função exercida deverá constar do instrumento contratual. § 2º O fiscal do contrato anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, relatando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados. § 3º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do fiscal do contrato deverão ser solicitadas ao gestor do contrato, mediante a apresentação de um relatório com os documentos necessários à comprovação da irregularidade, em tempo hábil para a adoção das medidas cabíveis. § 4º A contratação de terceiros prevista no caput deste artigo não exime a responsabilidade da CEGÁS pela fiscalização do contrato. § 5º A CEGÁS deverá elaborar manual interno ou documento equivalente onde constarão as atribuições do(s) fiscal(is) e do(s) gestor(es) do contrato.

¹⁴⁸ Art. 198. A Gestão e a Fiscalização do Contrato terão por objetivo verificar o cumprimento das obrigações da empresa contratada, visando assegurar que as atividades sejam executadas atendendo ao estipulado no Contrato.

¹⁴⁹ Art. 199. Cabe à atividade de Gestão e Fiscalização: I - Transmitir, quando for o caso, as instruções e determinações da PETROBRAS à empresa contratada, na forma do contrato. II - Sustar ou recusar qualquer atividade ou parcela executada em desacordo com o Contrato ou capaz de comprometer a segurança de pessoas e bens da PETROBRAS ou de terceiros. III - Acompanhar o cumprimento das obrigações contratuais, podendo solicitar informações e esclarecimentos a respeito das atividades, equipamentos e materiais a eles relacionados. IV - Avaliar o desempenho da empresa contratada com base em critérios como prazo, qualidade, gestão e Segurança, Meio Ambiente e Saúde (SMS) que podem considerar, por exemplo, materiais, equipamentos, máquinas, veículos, ferramentas e instalações, sua qualidade e eficácia, e recursos humanos empregados na execução das atividades. Os resultados dessas avaliações serão comunicados ao longo da execução contratual ou quando solicitados pela empresa contratada nos termos do Contrato. V - Registrar as reclamações, impugnações, irregularidades, falhas e outros registros quanto a fatos que sejam considerados relevantes pela Fiscalização, na execução das atividades contratadas.

Abastecimento do Paraná - SANEPAR adotou no art. 205¹⁵⁰ do seu regulamento norma nesse sentido.

Cumpramos ressaltar ainda que, além da previsão do poder fiscalizatório, necessidade de designação de equipes e atribuições delas nos regulamentos internos de licitações e contratos, as estatais devem estar atentas à qualificação dos profissionais que exercerão as funções de fiscalização, sob pena de torná-las meramente formais, sem a efetividade prática que se espera no controle dos atos praticados no seio da execução contratual. O Tribunal de Contas da União reiteradamente emana acórdãos contendo a previsão de capacitação das equipes de fiscalização, podendo o fiscal técnico designado inclusive levar ao superior hierárquico sua eventual falta de expertise, a fim de que sejam adotadas as medidas cabíveis, conforme podemos aferir da decisão exarada no acórdão 10868/2018¹⁵¹.

4.2.4.2 Justificativa técnica das alterações contratuais

No capítulo anterior, vimos que um dos pontos de maior quebra de paradigma da lei 13.303/16 em relação à lei 8.666/93 foi a parte relativa aos contratos nas estatais, principalmente no que refere ao regime jurídico que passou a ser de direito privado, resultando, dentre outros aspectos, na prevalência do princípio da consensualidade nas alterações contratuais, trazendo o agente econômico privado que contrata com as estatais para um patamar de igualdade contratual, diversamente do regime jurídico que previa a existência das cláusulas exorbitantes.

Essa aproximação contratual entre estatal e agente econômico privado dentro de um regime mais privatista não retira das empresas públicas e sociedades de economia mista o dever de fundamentar suas decisões, dentre elas aquelas referentes às alterações contratuais,

¹⁵⁰Art. 205 É competência do Gestor ou fiscal da SANEPAR, dentre outras: I - provocar a instauração de processo administrativo com o objetivo de apurar responsabilidade ou prejuízo resultante de erro ou vício na execução do contrato ou de promover alteração contratual, especialmente no caso de solução adotada em projeto inadequado, desatualizado tecnologicamente ou inapropriado ao local específico; II - identificar a necessidade de modificar ou adequar a forma de execução do objeto contratado; e III - atestar a plena execução do objeto contratado.

¹⁵¹O fiscal de contrato designado, caso entenda não possuir conhecimento técnico para exercer suas competências, deve alegar o fato ao seu superior em tempo hábil, para adoção das medidas pertinentes, sob risco de vir a responder por eventual prejuízo causado ao erário (art. 67, § 2º, da Lei 8.666/1993) . Acórdão 10868/2018-Segunda Câmara | Relator: ANA ARRAES

visto que o art. 81¹⁵² da lei 13.303/16 elenca os casos e condições em que, mediante acordo entre as partes, a avença poderá sofrer alterações. Dessa forma, cumprirá sempre à estatal enquadrar uma pretensa alteração em uma das hipóteses legais, mediante justificativa técnica carreada no processo de modificação contratual.

Partindo dessa premissa básica de fundamentação dos atos, cumpre aos regulamentos internos traçar um fluxograma mínimo de tramitação dos processos, de modo que andou bem o regulamento da Eletrobrás ao estabelecer na sua norma interna a necessidade de instrução das alterações contratuais não apenas com a memória de cálculo necessária, mas também com as justificativas técnicas demonstrando pressupostos e condições, estabelecendo ainda, uma regra salutar que submete as justificativas ao crivo da autoridade do setor de gestão de contratos, bem como à área jurídica da empresa, assim como à financeira quando for o caso.

A descentralização ou compartilhamento de responsabilidades torna o ambiente muito menos propício à ocorrência de fraudes no âmbito das alterações contratuais, visto que o processo tramitará por diversos setores, que reiteradamente realizarão o controle dos atos praticados pelos demais dentro de cada esfera de competência, como podemos aferir da leitura do art. 94¹⁵³ do regulamento da Eletrobrás.

¹⁵²Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos: I - quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; II - quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; III - quando conveniente a substituição da garantia de execução; IV - quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; V - quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; VI - para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

¹⁵³Artigo 94- Formalização das alterações contratuais 1 – As alterações incidentes sobre o objeto devem ser: a) instruídas com memória de cálculo e justificativas que devem avaliar os seus pressupostos e condições e, quando for o caso, calcular os limites; b) as justificativas devem ser ratificadas pela autoridade da unidade de gestão de contratos; c) submetidas à área jurídica e, quando for o caso, à área financeira; d) formalizadas por termo aditivo firmado pela mesma autoridade que firmou o contrato, salvo regra de alçada de cada empresa; e e) o extrato do termo aditivo deve ser publicado no sítio eletrônico da empresa.

4.2.4.3 Aplicação de sanções nos contratos

Durante a execução contratual, condutas dolosas ou culposas dos agentes econômicos que contratam com as estatais podem ser passíveis de punição, seja por inexecução parcial ou total, nos termos do art. 83¹⁵⁴ da lei 13.303/16. Apesar de ter estabelecido as sanções que podem ser aplicadas, a lei das estatais não estabeleceu as condutas específicas passíveis de repreensão, nem as gradações das sanções de acordo com a possíveis critério, como: gravidade, reiteração, prejuízo, dentre outros. Essa omissão gerou críticas da doutrina consoante podemos aferir nas lições de Barcelos e Torres (2018) criticando a inspiração na lei 8666/93, que já havia sido inspirada no decreto-lei 2.300/86:

Ora, impressiona como o legislador, em 2016, omitiu-se em regular de forma mais adequada o regime sancionatório, acomodando-se à repetição de um texto inspirado em uma legislação defasada, pertencente a regime constitucional anterior e totalmente desconectada das atuais necessidades do ambiente licitatório. (BARCELOS; TORRES, 2018, p. 494)

Assim, cumprirá aos regulamentos internos definirem de forma mais precisa as peculiaridades dos processos de aplicação de penalidades, desde a descrição de um fluxograma de aplicação de penalidades além da identificação da infração até a especificação e mensuração da penalidade a ser aplicada. Recordemos que qualquer sistema punitivo, seja ele penal, cível ou administrativo, terá como uma das funções o caráter preventivo de condutas indesejadas pelo simples possibilidade, em tese, de aplicação de sanções.

A Companhia de Saneamento do Paraná – SANEPAR, por exemplo, elencou em seu regulamento um rol exemplificativo de condutas passíveis de punição no art. 215¹⁵⁵ do

¹⁵⁴Art. 83. Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

¹⁵⁵Art. 215 São consideradas condutas reprováveis e passíveis de sanções, dentre outras: Página 118 I - não atender, sem justificativa, à convocação para assinatura do contrato ou retirada do instrumento equivalente; II - apresentar documento falso em qualquer processo administrativo instaurado pela SANEPAR; III - frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o processo de contratação; IV - afastar ou procurar afastar participante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; V - agir de má-fé na relação contratual, comprovada em processo específico; VI - incorrer em inexecução contratual. VII - ter frustrado ou fraudado, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; ter impedido, perturbado ou fraudado a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; ter afastado ou procurado afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; ter fraudado licitação pública ou contrato dela

regulamento interno, facilitando bastante o procedimento de identificação de conduta inadequada. O estabelecimento de rol meramente exemplificativo é medida extremamente salutar, visto que inúmeras outras condutas reprováveis podem ocorrer no curso de um processo de licitação ou contratação.

O mesmo regulamento acima mencionado, estabeleceu ainda, um conjunto de condutas¹⁵⁶ que serão reputadas das mais graves pela estatal paranaense, resultando em imediata rescisão contratual. A norma dividiu os casos em cinco espécies de práticas: corrupta, fraudulenta, colusiva, coercitiva e obstrutiva, sendo cada uma delas preenchidas por uma descrição de condutas a serem apuradas em processo administrativo próprio para tal fim. Tão graves são os atos descritos no normativo que, além da rescisão contratual, se prevê no parágrafo segundo, a responsabilização pela lei anticorrupção, deixando claro que a estatal deverá, nesses casos, instaurar Processo Administrativo de Responsabilização previsto no art. 8º¹⁵⁷ da lei 12.846/13.

Merece destaque também, o regulamento de compras da Companhia de Água e Esgoto do Estado do Ceará – CAGECE que disciplinou de forma adequada o procedimento de aplicação de penalidades desde a abertura fundamentada na forma do art. 141¹⁵⁸ da norma

decorrente; ter criado, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; ter obtido vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ter manipulado ou fraudado o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; ter dificultado atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou ter intervindo em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização.

¹⁵⁶ Art. 215 [...] § 1º As práticas passíveis de rescisão podem ser definidas, dentre outras, como: a) corrupta: oferecer, dar, receber ou solicitar, direta ou indiretamente, qualquer vantagem com o objetivo de influenciar a ação do empregado da Companhia no processo licitatório ou na execução do contrato; b) fraudulenta: falsificar ou omitir fatos, com o objetivo de influenciar o processo licitatório ou de execução do contrato; c) colusiva: esquematizar ou estabelecer um acordo entre dois ou mais licitantes, com ou sem conhecimento de representantes da Companhia, visando estabelecer preço sem níveis artificiais e não competitivos; d) coercitiva: causar dano ou ameaçar, direta ou indiretamente, as pessoas físicas ou jurídicas, visando influenciar sua participação em processo licitatório ou afetar a execução do contrato; e) obstrutiva: destruir, falsificar, alterar ou ocultar provas ou fazer declarações falsas, com objetivo de impedir materialmente a apuração de práticas ilícitas. § 2º As práticas acima exemplificadas, além de acarretarem responsabilização administrativa e judicial da pessoa jurídica, implicarão na responsabilidade individual dos dirigentes das empresas contratadas e dos administradores/gestores, enquanto autores, coautores ou partícipes do ato ilícito, nos termos da Lei nº 12.846/2013.

¹⁵⁷ Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

¹⁵⁸ Art. 141. Nas hipóteses de aplicação de sanções a licitante ou contratada, a unidade de contratações ou a unidade gestora do contrato deverão instruir o processo com o relato minucioso da situação ocorrida e demais documentos comprobatórios e encaminhá-los de acordo com o fluxo previsto para este procedimento. Parágrafo único. Nos casos em que, depois de notificada, a contratada apresentar motivos que a isentem da aplicação de sanção, a unidade de contratações ou gestora do contrato procederão ao arquivamento do processo.

interna. Na sequência, a companhia cearense dispôs sobre condutas e respectivas sanções, já deixando claro no regulamento as devidas reprimendas para cada conduta indevida na forma do art. 146¹⁵⁹.

Resta claro, pelo exposto, que há efetivamente inúmeros mecanismos de normatização interna dos processos de licitação e contratação nas estatais que podem e devem ser adotados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista como forma de, através da regulamentação, criar um ambiente que, mesmo não eliminando, pode minimizar bastantes as tentativas de práticas de atos de fraude/corrupção nas estatais, contribuindo para que elas cumpram fielmente as finalidades para as quais foram criadas.

¹⁵⁹Art. 146. Quando da instauração de procedimento administrativo para a aplicação das respectivas sanções, serão observados os seguintes parâmetros para a definição das penas conforme condutas a seguir relacionadas: I - não assinar o contrato/ata de registro de preços ou não aceitar/retirar o instrumento equivalente, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta: - impedimento do direito de licitar e contratar com a Cagece pelo período de 4 (quatro) meses; II - deixar de entregar documentação exigida para o certame: impedimento do direito de licitar e contratar com a Cagece pelo período de 2 (dois) meses; III - fizer declaração falsa ou apresentar documentação falsa: impedimento do direito de licitar e contratar com a Cagece pelo período de 24 (vinte e quatro) meses; IV - ensejar o retardamento da execução do objeto: impedimento do direito de licitar e contratar com a Cagece pelo período de 4 (quatro) meses; V - não manter a proposta: impedimento do direito de licitar e contratar com a Cagece pelo período de 4 (quatro) meses; VI - falhar na execução do contrato: impedimento do direito de licitar e contratar com a Cagece pelo período de 12 (doze) meses; VII - fraudar na execução do contrato: impedimento do direito de licitar e contratar com a Cagece pelo período de 24 (vinte e quatro) meses; VIII - comportar-se com má fé: impedimento do direito de licitar e contratar com a Cagece pelo período de 24 (vinte e quatro) meses; e IX - cometer fraude fiscal: impedimento do direito de licitar e contratar com a Cagece pelo período de 24 (vinte e quatro) meses;

5 CONCLUSÃO

Foi visto no decorrer de nossa pesquisa, que a presença das empresas estatais no ordenamento jurídico nacional data do sec. XVII, sendo o Banco do Brasil a primeira instituição com essa conformação. No decorrer da nossa república a criação de empresas das quais o Estado participa passou a ser uma constante, resultando na criação de diversas empresas estatais nas mais variadas áreas de atuação, desde a origem com instituições bancárias, passando pelas áreas do petróleo, gás, energia nuclear, fornecimento de água e esgoto, dentre outras.

A partir de 1988, com o advento da Constituição Federal, o delineamento constitucional trouxe regras específicas acerca da criação das empresas públicas e sociedades de economia mista, sendo que a partir da emenda constitucional 20 de 1998, a carta magna passou a ser mais precisa ainda em relação ao que se desejava com as estatais, de modo que elas foram frontalmente afetadas pela reforma administrativa que tinha como objetivos, dentre outros, fomentar uma administração pública mais eficiente, com um grau de qualidade superior àquilo que se verificava até então.

Ocorre que a emenda constitucional 20/98 estabeleceu a necessidade de uma lei infraconstitucional que regulamentaria o seu texto dispondo, dentre outros aspectos, acerca dos procedimentos licitatórios nas estatais. Depois de quase 20 anos sem essa norma constitucional regulamentadora, é sancionada a lei 13.303/16 com o objetivo de regulamentar o art. 173, § 1º da Magna Carta, ficando conhecida como a Lei das Estatais.

A tramitação da lei 13.303/16 se deu num contexto histórico bem peculiar, pois em 2014 foi deflagrada a operação da polícia federal batizada de “lava-jato”, que teve como objeto de investigação fraudes em contratos da Petrobrás, maior estatal brasileira. Assim, a lei das estatais ficou inserida num contexto normativo mais amplo que envolveu outras normas jurídicas, dentre as quais, a lei anticorrupção, lei de acesso à informação, dentre outras.

A lei foi dividida em três partes: regras estatutárias, regras de licitações e contratos e regras sobre os mecanismos de fiscalização e controle. Percebemos claramente que a norma foi bastante rígida nos aspectos estatutários, criando objetivas e técnicas para a escolha daqueles que ocuparão os cargos estratégicos nas estatais, notadamente nas diretorias e conselhos de administração e fiscal. Além disso, criou uma série de obrigações de transparência dos atos praticados no seio das estatais.

A parte das contratações públicas, foco do nosso trabalho, ocupa a maior número de dispositivos da lei 13.303/16, e estabeleceu um regime completamente inovador em relação à legislação anterior aplicável às estatais. Esse novo regime de licitações e contratos teve nítida inspiração na lei 12.462/11, que criou o Regime Diferenciado de Contratação, objetivando conferir mais dinamismo às contratações que seriam realizadas para a Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016, sendo posteriormente ampliada para outros objetos.

As novas regras de licitações nas estatais conferiram mais flexibilidade aos procedimentos licitatórios, conferindo às estatais, mais autonomia, num claro objetivo de que fossem colocadas num ambiente concorrencial de forma mais competitiva. Para isso, o legislador deixou que muitas matérias fossem tratadas por cada estatal nos seus regulamentos internos de licitações e contratos. Os referidos regulamentos deveriam ser editados no prazo de 2 anos a partir da vigência da lei em 2016 e seriam normas internas de observância obrigatória pensados para a realidade de cada companhia.

Vimos que o campo de regulamentação nas estatais foi bem amplo, possibilitando que as empresas públicas e sociedades de economia mista criassem, dentro dos limites legais, inúmeras regras personalizadas às suas realidades, de modo que cada companhia fosse dotada de um normativo especialmente criado de forma pensada, adequada aos objetivos na empresa, sua estrutura, porte, setores, como uma forma de otimizar os processos de contratação.

Passamos então a investigar de que forma as estatais poderiam regulamentar seus processos internos estabelecendo regras que permitam ainda a prevenção, detecção, controle e resposta dos atos de corrupção. Dividimos as regras de licitações e contratos em quatro partes: procedimentos preparatórios do certame, habilitação de licitantes, momento da disputa entre os licitantes e regras relativas à execução dos contratos firmados com a estatal.

Verificamos que há inúmeras formas de regulamentação dos pontos acima relacionados que podem contribuir significativamente para o aperfeiçoamento dos processos de contratação, desde a sua concepção até a execução do contrato. Na fase preparatória do certame, será importante a regulamentação da indicação de marca ou modelo, a fim de que não haja um direcionamento indevido da contratação que deve ser calcada em critérios técnicos. Na definição dos preços de referência, pode o regulamento estabelecer uma rotina de pesquisa de mercado para evitar a ocorrência de sobreço, e finalmente é possível que o regulamento preveja hipóteses de realização de audiências públicas em situações especiais de impacto social ou ambiental, por exemplo. Dessa forma, a participação popular fomenta o controle social, criando um ambiente mais transparente e menos sujeito a fraudes.

Na parte relativa à habilitação dos licitantes, duas medidas podem ser objeto de regulamentação interna na estatal e podem ser salutares no combate à corrupção. A primeira é a exigência que o licitante possua um programa efetivo de integridade, demonstrando que a empresa dispõe de mecanismos internos de governança e mantém uma política de cultura ética. A segunda é a análise de risco de integridade, que tem correlação com a primeira, mas trata-se de um mecanismo de análise prévia de risco que envolve inúmeros aspectos da “vida” da pessoa jurídica, seus sócios e diretores, de modo que os agentes econômicos privados serão classificados quanto ao risco que eles representam para a estatal e a partir dessa classificação, a empresa pública e sociedades de economia mista possam tomar a melhor decisão.

Em um terceiro momento, estudamos as regras relativas à disputa efetiva entre os licitantes concluindo que há mecanismos que merecem uma regulamentação específica. A primeira é a regulamentação dos meios de disputa, considerando que a lei 13.303/16 extinguiu as modalidades clássicas da lei 8.666/93 e criou um sistema de meios de disputa desvinculado dos valores das contratações como era feito no regime anterior. Outro ponto que merece destaque é a regulamentação dos critérios de julgamento que foram ampliados pela lei das estatais, trazendo novos tipos, dentre eles: o maior retorno econômico, o melhor conteúdo artístico e a melhor destinação dos bens alienados.

Na fase de execução contratual vimos que três pontos merecem especial atenção por parte das estatais. A designação por fatores técnicos e formação das equipes de fiscalização dos contratos foi elencada como o primeiro ponto de regulamentação relativo à estrutura do setor que, em regra, é o primeiro que tem informações acerca de vícios na execução do contrato. Ponto que merece destaque ainda é a parte relativa às alterações contratuais, a fim de que se baseiem em critérios eminentemente técnicos com as devidas justificativas para sua realização. E por fim, analisamos a parte relativa à aplicação de sanções, concluindo que uma boa regulamentação irá otimizar os processos sancionadores, desde a identificação do problema até a efetiva aplicação da penalidade, criando um ambiente de efetivo controle dos contratos.

Dessa forma, vimos que inúmeros pontos dos regulamentos internos de licitações e contratos das empresas públicas e sociedades de economia mista podem ser objeto de um cuidado especial por parte das estatais, pois mesmo que o legislador tenha dado claros indicativos de que era necessário um ambiente negocial mais flexível, essa flexibilidade não pode ser confundida com liberdade irrestrita ou ausência de cuidados adicionais, visto que

também foi intenção do legislador criar um ambiente de cultura ética nas estatais, e evidentemente isso envolve os processos de contratação.

Os órgãos de controle externo, por sua vez, devem atentar que as estatais vivem um novo momento no cenário jurídico, e lhes foi dada pelo legislador, a liberdade de estabelecer regras de conduta interna. Isso propiciará que cada estatal possua um microsistema jurídico único e que deve ser observado tanto pela própria companhia, como também por agentes econômicos privados e órgãos de controle. Inevitavelmente muitos dispositivos regulamentares serão objeto de discussões, inclusive judiciais, mas devemos nos atentar que tolher a liberdade das empresas públicas e sociedades de economia mista de forma exacerbada poderá resultar em quebra da lógica que o próprios legisladores, legítimos representantes do povo, tentaram implementar com a lei 13.303/16, buscando empresa estatais eficientes, éticas, íntegras e com mecanismos eficazes em prol dessas qualidades.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ricardo Ribeiro. **Administração verde: o caminho sem volta da sustentabilidade ambiental nas organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.

APPOLINÁRIO, Fábio. **Dicionário de Metodologia Científica**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ANTUNES, Gustavo Amorim. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. Belo Horizonte: Forum, 2017.

ARAGÃO, Alexandre do Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da lei 13.303/2016**. Salvador: Juspodivm, 2018.

BARROS, Dirlene Santos. **A lei brasileira de acesso à informação: uma análise da sua construção, do contexto nacional ao contexto político oligárquico do estado do Maranhão (2009-2014)**. 2017. 236 f. Tese (Doutorado em Ciência da Informação) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

BEDONE, Igor Volpato. **Empresas Estatais e seu regime jurídico**. Salvador: Juspodivm, 2019.

_____. **Releitura da dicotomia serviço público vs. atividade econômica como critério definidor do regime jurídico das empresas estatais à luz da Lei n.º 13.303/2016**. 2017. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

BOCHENEK, Antônio César. **Competência Cível da justiça federal e dos juizados especiais cíveis**. São Paulo: RT, 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Obras públicas: recomendações básicas para contratação e fiscalização de obras públicas**. Brasília: TCU, 2002.

_____. Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos: orientações básicas**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, 2006.

_____. Portal de pesquisa textual. **Decisões e Acórdãos do TCU**. Brasília: TCU, 2016. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 27 dez 2016.

_____. **Constituição Política Do Império Do Brasil**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I em 25.03.1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 01 jan. 2019.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> . Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 04 maio 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm> . Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 17 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm>. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 30 jun. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BULOS. Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO, Vladimir de Souza. **Competência da Justiça Federal**. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CASTRO, Carlos Roberto Ibanez. **O direito fundamental à verdade: divulgação e acesso à informação**. 2016. 191 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILLOTTO, Mirela Miró. **Compliance nas contratações públicas: exigências e critérios normativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CAVALCANTI, Francisco. **Considerações sobre a Concessão de Serviços de Natureza Econômica: o regime da lei 9798/95**. 49. ed. São Paulo:[s.n], 1996.

CEARÁ. Lei Estadual 16.717/18. Institui o Programa de Integridade do Poder Executivo do Estado do Ceará. **Diário Oficial do Estado**, Fortaleza, 2018. Disponível em: <https://www2.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2018/16717.htm>

_____. Decreto estadual 32.112/2016. Dispõe sobre regras de governança para empresas públicas e sociedades de economia mista estaduais, na forma do § 3º, do art. 1º, da Lei

Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, Fortaleza, 2016.

_____. Decreto estadual 32.243/2017. Dispõe sobre a aplicação, no âmbito estadual, da Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016, para as empresas públicas e sociedades de economia mista do Estado do Ceará de maior receita operacional. **Diário Oficial do Estado**, Fortaleza, 2017.

_____. Decreto estadual 32.715/2018. Regulamenta, no âmbito da administração Pública estadual, a fase externa dos Procedimentos de licitação de que trata o Título II, capítulo I, seção vi da lei federal Nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe Sobre o estatuto jurídico da empresa Pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias. **Diário Oficial do Estado**, Fortaleza, 2018.

CEGAS. Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Companhia de Gás do Ceará. Disponível em: <<http://www.cegas.com.br/regulamento-interno-de-licitacoes-e-contratos-da-cegas/>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

COSTA, Frederico Lustosa da; MIANO, Vítor Yoshihara. Estatização e Desestatização no Brasil: o Papel das empresas estatais nos ciclos da intervenção governamental no domínio econômico. **Revista de Gestão Pública**, v. 2, n. 1, p. 145-181, jun. 2013.

COSTA, Marília Maciel. **Vôlei de praia:** configurações sociais de um esporte-espetáculo de alto rendimento no Brasil. 2005. 169 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade de Brasília, Brasília, 2005.

DE CARVALHO, Victor Aguiar. **Cartéis em Licitações:** concorrência, incentivos e prevenção aos conluos nas contratações públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DISTRITO FEDERAL. Lei Distrital. 6.112/18. Dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Distrito Federal, em todas as esferas de Poder, e dá outras providências. **Diário Oficial Distrital**, Brasília, 2018.

EDUARDO, José de Alencar. **Estudo sobre aspectos gerenciais do pregão:** uma análise gerencial de sua utilização pela Administração Pública do Estado de Pernambuco. 2006. Tese (Doutorado em Gestão Pública) - Programa de Pós-Graduação em Gestão e Pública p/ o Desenvolvimento do Nordeste, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

ELETROBRÁS. **Regulamento de Licitações e Contratos Eletrobrás.** Disponível em: <https://eletrobras.com/pt/GestaoeGovernancaCorporativa/Estatutos_politicas_manuais/Regulamento_de_Licitacoes_e_Contratos.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2019.

FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de compras e contratações:** trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira. 2010. 223f. Tese (Doutorado em Administração) - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

_____. **Sistema de registro de preços e pregão**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4.ed.São Paulo: Atlas, 2008.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais: comentários ao regime licitatório e contratual da lei 13.303/16**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA, Danielle Pinheiro Diógenes. **Compliance: prevenção de responsabilidades nos negócios e contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MARRARA, Thiago. **Corrupção em licitações: chegou a hora de aderir ao tratado da OMC sobre contratações públicas?** [S.l.;s.n], 2015. Disponível em: <http://www.academia.edu/21311104/Corrupção_em_licitações_chegou_a_hora_de_aderir_a_o_tratado_da_OMC_sobre_contratações_públicas>. Acesso em: 13 fev. 2019.

_____. **Em 20 anos, a Lei de Licitações não foi capaz de coibir desvios**. [S.l]: ConJur, 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/10879492/Em_20_anos_Lei_de_Licitacoes_não_foi_capaz_de_coibir_desvios>. Acesso em: 13 fev. 2019.

_____. Anais do III Seminário de Pesquisa de Direito Administrativo. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 1, n. 1, p. 144-259, 20 jan. 2014.

MATIAS, João Luís Nogueira. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada**. 2009. 195 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. **Entre o Público e o privado: as organizações sociais no direito administrativo brasileiro e a participação na administração pública**. 2004. 199 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

MENDES, Francisco Schertel; DE CARVALHO, Vinicius Marques. **Compliance: concorrência e combate à corrupção**. São Paulo: Trevisan, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma Administrativa e Burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017

_____. **Mudanças promovidas pela nova Lei das Estatais: pontos fortes e fracos.** [S.l; s.n], 2016. Disponível em: <<https://direitoadm.com.br/mudancas-promovidas-pela-nova-lei-das-estatais/>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto. **Estatuto Jurídico das Estatais: análise da lei 13.303/16.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NUNES, Paulo Roberto de Carvalho. **Práticas de governança, fatores institucionais e empresariais e o desempenho na prestação de serviços públicos no setor de saneamento básico.** 2016. 268 f. Tese (Doutorado em Administração de Empresas) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2016.

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. **Estatais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OLIVEIRA, Jadson Correia de. **O constitucionalismo dialógico e as audiências públicas: uma análise sistêmica do monismo plural brasileiro.** 2017. 228 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos: teoria e prática.** 8.ed. São Paulo: Método, 2019.

PETROBRAS. **Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobrás.** Disponível em: <https://canalprovedor.petrobras.com.br/media/filer_public/fc/62/fc62e81b-7a2a-44da-9dba-bd5463d2d7db/cartilha-rlcp_rev01.pdf>. Acesso em 11 fev. 2019.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; HEINEN, Juliano; DOTTI, Marinês Restelatto; MAFFINI, Rafael. **Comentários à lei das Empresas Estatais.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PESTANA, Márcio. **Direito Administrativo Brasileiro.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Licitações públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002.** São Paulo: Atlas, 2013.

REIS, Paulo Ricardo da Costa. **Desempenho nos contratos de compras públicas: evidências empíricas das mudanças institucionais no Brasil.** 2015. 136 f. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

RIO DE JANEIRO. Lei Estadual 7.753/2017. Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <encurtador.com.br/bvykz>. Acesso em: 04 fev. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Lei Estadual 15.228/2018. Dispõe sobre a aplicação, no âmbito da Administração Pública Estadual, da Lei Federal n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, Porto Alegre, 2018. Disponível em:

<<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/LEI%2015.228.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2018.

RIZZO JUNIOR, Ovídio. **Controle Social Efetivo de Políticas Públicas**. 2009. 195f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SCHRAMM, Fernanda Santos. **Compliance nas contratações públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SANEPAR. **Regulamento Interno de licitações, contratos e convênios**. Disponível em: <https://site.sanepar.com.br/sites/site.sanepar.com.br/files/regulamento_interno_de_licitacoes_contratos_e_convencios_da_sanepar_-_rilc.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2019.

SANTOS, M. Regime jurídico dos bens das empresas prestadoras de serviço público. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 2, p. 578-592, 3 jul. 2015.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico Atual**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WITTMANN, Cristian Ricardo. **Programas de Integridade (Compliance Programs) e o Direito na Sociedade Global: a concepção de um campo autônomo de regulação das nanotecnologias em usos militares**. 2016. 200f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2016.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2.ed. Porto Alegre: Book-man, 2001.

ZYMLER, Benjamin et al. **Novo Regime Jurídico de Licitações e Contratos das Empresas Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.