

Compras Públicas

Notícias

Entrevista com o Professor Edgar Guimarães sobre a Lei das Estatais



◀ Entrevista sobre análise econômica das compras públicas com o professor Rafael Vêras

Entrevista sobre o TáxiGOV com a equipe da Central de Compras ▶

Mostrar respostas aninhadas ▼



Entrevista com o Professor Edgar Guimarães sobre a Lei das Estatais

por RONALDO CORREA - sexta, 2 Mar 2018, 10:39

(02/03/2018) Entrevista para a Comunidade de Compras Públicas da

Enap com o Professor Edgar Guimarães sobre a Lei das Estatais.

As perguntas

foram elaboradas pelo Professor Guilherme Carvalho e Sousa.

01 – A Lei de Estatais veio a regulamentar o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, mas cuidou, quase que na totalidade, de contratação pública. Na sua concepção, a lei poderia ter se estendido com mais profundidade sobre outros assuntos além da matéria afeta à licitação e contratos?

Edgar: Acredito que não. É verdade que a Lei 13.303/2016 dispensa 62 artigos à temática das licitações e contratos. Todavia, o diploma traz importantes inovações também no campo da governança corporativa, do controle da atividade empresarial e no plano da moralidade e impessoalidade da gestão. Pode-se, inclusive, visualizar dois grandes eixos normativos na Lei das Estatais, um primeiro voltado para normas de governança corporativa, transparência de gestão e controle (arts. 1º a 27), e um segundo focado em normas sobre licitação e contratos (arts. 28 a 90).

No plano da moralidade e da impessoalidade, a Lei das Estatais instituiu vedações e impedimentos para a escolha de membros para integrar o Conselho de Administração e cargos de diretorias das estatais. Isso incentiva o gestor público a privilegiar a indicação de nomes com experiência e formação técnica em detrimento da nomeação de cunho político-partidário.

Já no tocante ao controle, a lei criou um verdadeiro sistema de controle interno para as estatais, composto por órgãos e unidades dotados de certa autonomia como o Comitê de Auditoria Estatutário, o Conselho Fiscal e Auditoria Interna. Além disso, também abriu espaço para que a própria sociedade fiscalize as ações e decisões adotadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

No campo da governança corporativa, passou-se a exigir dos componentes da estrutura organizacional das estatais a elaboração de inúmeros documentos e relatórios, além da adoção de certas condutas visando ampliar o acesso à informação sobre a atividade exercida pelas empresas. Exemplo claro dessa mudança é a Carta Anual, documento subscrito pelos membros do Conselho de Administração com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa.

Em síntese, parece-me que a Lei das Estatais não se limitou à matéria de licitações de contratos, haja vista a ênfase que foi dada a assuntos como governança corporativa e controle.

02 – Diz-se isso porque a lei, em seus quase cem artigos, dispensa a quase totalidade para abordar licitações e contratos. Tendo em vista que trata do estatuto das empresas estatais, não poderia ter se dedicado mais a outros pontos?

Edgar: Conforme a resposta anterior, entendo que a Lei das Estatais dá a devida ênfase a outros assuntos que vão além da temática das licitações e contratos, como é o caso das inovações trazidas no campo da governança corporativa e no controle interno e externo das estatais.

Tais inovações nesses temas são importantes, pois visam fortalecer a independência funcional das estatais, afastando a possibilidade do Estado acionista exercer o seu poder de controlador e se valer da estrutura das empresas para atender unicamente conveniências políticas momentâneas. Portanto, na minha visão, o novo diploma deu a devida atenção a outros temas que vão além daqueles relacionados às licitações e aos contratos.

03 – A lei trata genericamente sociedades de economia mista e empresas públicas que prestam serviços públicos de igual modo as que exploram atividade econômica. Em sua concepção, trata-se de uma boa medida ou um problema a ser enfrentado?

Edgar: Trata-se, sem sombra de dúvida, de um problema a ser enfrentado. Como se sabe, o regime jurídico incidente sobre as Estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito tem como base o disposto no artigo 173 da Constituição Federal, ao passo que o regime jurídico das estatais que prestam serviço público deriva-se do disposto no artigo 175 do texto constitucional.

Dessa forma, não há como conceber uma equiparação entre os dois regimes jurídicos, haja vista que o próprio constituinte optou por distingui-los com base na atividade finalística.

Além disso, a previsão da necessidade de edição de um Estatuto Jurídico próprio para as Estatais está localizado na redação do artigo 173 da Constituição. Portanto, em teoria, o Estatuto deveria ser instituído visando apenas as estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito. A Lei nº 13.303/2016 transcendeu a determinação constitucional ao incluir na incidência do diploma as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos.

Na minha visão, não há inconstitucionalidade nesta inclusão no que tange ao regime de licitações e contratos das estatais. Isso se deve a duas razões. Primeiro, a disposição constitucional cristalizada no artigo 173 da Constituição não exige que o estatuto jurídico das estatais que exploram atividade econômica seja versado em lei específica e exclusiva.

Em segundo, entendo que as normas contidas na Lei 13.303/2016 que versam sobre licitações e contratos administrativos incidem sobre as empresas estatais prestadoras dos serviços públicos foram editadas pela União no exercício da sua competência privativa prevista no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, e não sob o fundamento do disposto no artigo 173 da Constituição Federal, como se dá no caso das estatais exploradoras de atividade econômica.

Contudo, tal raciocínio não se aplica aos demais temas tratados na Lei nº 13.303/2016. Há certas disposições de constitucionalidade duvidosa no que tange à aplicação sobre as empresas prestadoras de serviço público, especialmente sob o prisma do vício de competência legislativa e do princípio federativo. Nesses casos, caberá ao Judiciário se pronunciar sobre a constitucionalidade da incidência destes dispositivos sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público.

04 – Indaga-se sobre essa indistinção pelo fato de a jurisprudência, desde há muito, já tratar da diferenciação entre as estatais que prestam serviços públicos das que exploram atividade econômica. Não teria sido interessante a lei haver procedido às distinções necessárias?

Edgar: Acredito que não haveria a necessidade de se fazer tal distinção, haja vista que o próprio texto constitucional cuida em distinguir empresa pública e sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica em sentido estrito e empresa estatal prestadora de serviço público. É importante destacar que a Lei das Estatais não promove uma

como a empresa estatal prestadora de serviço público. É importante destacar que a Lei das Estatais não promove uma equiparação entre o regime jurídico das exploradoras de atividade econômica e o regime jurídico das prestadoras de serviço público.

O diploma apenas define regras que se aplicam a ambas as espécies de estatais, sem operar, com isso, uma equiparação dos regimes jurídicos. O problema da Lei não está na falta de diferenciação entre as estatais, isso o texto constitucional e a doutrina administrativa fazem. O problema está na aplicação de normas relativas à governança corporativa, controle, transparência de gestão sobre as empresas prestadoras de serviço público, sem que haja na Constituição Federal um dispositivo que conceda à União competência legislativa para tanto.

Por essa razão, como já apontado anteriormente, vejo a incidência de certas disposições da Lei, sobre as estatais que prestam serviço público, de constitucionalidade duvidosa, especialmente sob o prisma do vício da competência legislativa e do princípio federativo.

05 – A Lei 13.303/16 aborda apenas um artigo (o art. 27) sobre a função social da empresa pública e da sociedade de economia mista. Essa função social já não se encontra delimitada na Constituição Federal?

Edgar: Sim, a função social das empresas prevista no artigo 27 da Lei 13.303/2016 não é uma novidade no sistema jurídico, haja vista que a Constituição Federal já consagra, em seu artigo 5º, inciso XXIII, a função social da propriedade matriz constitucional da função social da empresa. De todo modo, isso não retira o mérito da iniciativa legislativa assertiva legal tem por finalidade estabelecer uma diretriz objetiva a ser seguida pelos administradores na definição das condutas de gestão administrativa ou mesmo na elaboração do planejamento estratégico da companhia.

Por força da função social da empresa, as atividades empresariais não podem ser dirigidas apenas para satisfazer interesses econômicos ou particulares dos dirigentes e sócios. Elas devem observar também os valores sociais constitucionalmente consagrados como a existência digna, a valorização do trabalho e a justiça social.

No caso das empresas estatais, esta obrigação de buscar a realização de interesses coletivos é ainda mais intensa e já se mostrava presente antes da promulgação da Lei nº 13.303/2016, em decorrência do princípio da finalidade, mandamento nuclear que incide sobre toda a Administração Pública e obriga que os seus entes atuem de forma a sempre visar a concretização de uma necessidade ou utilidade de interesse público. Não era concebível, mesmo antes do Estatuto das Estatais, que uma empresa pública ou sociedade de economia mista atuasse visando apenas o interesse particular dos seus dirigentes ou que a sua atividade gerasse uma degradação no meio ambiente.

O mérito da disposição legal está em especificar de forma mais concreta de que modo as estatais devem agir para atender mandamento constitucional. O diploma legal define algumas metas a serem observadas pelas estatais para que as suas atividades estejam em sintonia com a função social da empresa. É o caso das disposições dos incisos do § 1º do artigo 27, os quais determinam que a atuação das estatais deva ser orientada para permitir a ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa, e para o desenvolvimento ou emprego de tecnologia na produção e oferta de produtos e serviços das estatais.

Portanto, entendo que a função social da empresa já se encontrava delimitada na Constituição Federal, todavia isso não tira o mérito da disposição legal do artigo 27 da Lei nº 13.303/2016 que deu maior concretude ao mandamento constitucional.

06 – No tocante à licitação, a lei inaugura a Seção com o art. 28, que trata da obrigatoriedade de licitar para qualquer empresa pública ou sociedade de economia mista. Trata-se, em sua concepção, de uma evolução, ou se pode entender como um retrocesso, em especial para as exploradoras de atividade econômica? Há uma diminuição da margem de discricionariedade das estatais que lidam com a exploração de atividade econômica?

Edgar: Nem avanço e nem retrocesso, pois a obrigatoriedade de licitar para qualquer empresa pública ou sociedade de economia mista decorre do comando disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Não poderia o diploma infraconstitucional tornar a contratação direta regra geral e a licitação exceção, mesmo no caso das empresas exploradoras de atividade econômica.

Porém, a Lei tomou o cuidado em trazer exceções à regra de licitar para que as empresas que exploram a atividade econômica não fiquem submetidas a regras excessivamente engessadas. As contratações realizadas pelas estatais podem ser divididas em duas espécies: (i) as contratações necessárias de bens, obras ou serviços que se destinam à obtenção, em caráter instrumental, de elementos materiais, técnicos e jurídicos; e (ii) as contratações que são inerentes ou intrínsecas à atividade para a qual foram criadas e constituem a própria razão de existir da empresa estatal.

O legislador levou essa distinção em consideração e dispensou as estatais do dever de realizar um processo licitatório prévio quando a contratação visar a comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços e

obras relacionados com os objetivos sociais da empresa, e nos casos em que a escolha de um potencial parceiro privado esteja associada a suas características particulares, visando a concretização de oportunidades de negócio definidas e específicas.

Assim, compreendo que a Lei 13.303/2016 não deixou margem de discricionariedade para que as empresas estatais definissem as hipóteses em que a contratação se ou não se submeterá ao regime licitatório, até porque a obrigação de licitar advém da própria Constituição Federal. Todavia, o diploma legal caminhou bem ao garantir a possibilidade das empresas realizarem contratações diretas quando o objeto a ser contratado estiver intimamente vinculado com a sua atividade-fim.

07 – A lei trata da contratação direta em hipóteses bem parecidas com as da Lei Geral de Licitações, mas procede a algumas significantes diferenciações, em especial nos valores para a contratação direta por dispensa, que, via de regra, são mais de seis vezes superiores aos contidos na Lei nº. 8.666/93. Em sua opinião, isso é um bom sinal ou há uma abertura excessiva?

Edgar: Sim, é um bom sinal. Os valores para a dispensa previstos na Lei nº 8.666/93 não sofrem atualização há décadas, o que os tornou defasados frente à atualização monetária do real e incompatíveis com os custos envolvidos na realização do certame licitatório.

A dispensa em razão do valor visa evitar que a Administração Pública seja obrigada a realizar um processo licitatório por demais dispendioso para contratar objetos de baixo valor. Contudo, sem a atualização dos valores-referência da Lei nº 8.666/93, os entes da Administração Pública Direta e Indireta se vêm na difícil situação de ter de que instaurar competições para contratar objetos que, muitas vezes, são pouco superiores aos valores-referência, mas menos custosos que a realização de todo o processo licitatório.

Portanto, a atualização dos valores-referência pela Lei das Estatais é medida extremamente salutar, especialmente em virtude desta situação de defasagem dos limites da Lei nº 8.666/93.

08 – Ainda no que pertine à contratação direta, a lei fala em hipóteses em que o valor da contratação pode ser modificado, ficando a cargo de deliberação de cada Conselho de Administração de cada estatal. Não se trata de uma amplitude extremamente larga? Qual sua opinião sobre a poder regulamentar previsto na Lei nº. 13.303/16?

Edgar: Creio que a possibilidade do valor-referência da contratação por dispensa de licitação ser modificado por deliberação do Conselho de Administração de cada Estatal é ótima medida. Com essa autorização legislativa cristalizada no § 3º do artigo 29, o Conselho de Administração poderá, de modo justificado, elevar nominalmente os valores/limites de contratação direta para ajustá-los no tempo e ao mercado em que se operam as contratações das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Não se trata de medida de amplitude extremamente larga porque os Conselhos de Administração não deterão carta branca para produzir qualquer tipo de atualização de valores, mas tão somente as que reflitam variações de custo em face de um processo inflacionário. Portanto, para que se proceda a atualização de tais valores, o Conselho de Administração deverá respaldar a sua decisão nas variações inflacionárias verificadas no âmbito nacional, regional ou mesmo local, a depender da área da empresa estatal.

Quanto ao poder regulamentar previsto na Lei nº 13.303/2016, entendo que consiste em uma novidade de extrema importância. O universo das estatais é bastante amplo, diverso e multifacetado. Com o poder regulamentar, cada empresa pública e sociedade de economia mista poderá promover os devidos ajustes para adequar as disposições da Lei à sua realidade fática e jurídica.

Registro, como exemplo, a atribuição de elaboração de um Regulamento de Licitações e Contratos próprio para cada estatal. Por meio destes regulamentos, a Estatal pode moldar as normas de licitações e contratos às suas particularidades e peculiaridades jurídicas e materiais. Portanto, o poder regulamentar conferido pela Lei nº 13.303/2016 é uma importante inovação promovida pela lei.

09 – A lei abandona o termo “contrato administrativo”, tratando tão somente de “contrato”. Em sua opinião, trata-se de uma boa medida?

Edgar: Acredito que sim. Ao utilizar o vocábulo “contrato” em substituição ao termo “contrato administrativo”, o diploma legal quis deixar claro que o regime jurídico aplicável às contratações das empresas públicas e sociedades de economia mista é de direito privado. Os contratos das estatais não estão mais sujeitos à aplicação do regime jurídico de direito público caracterizado pela assimetria entre as partes e pela previsão de cláusulas exorbitantes outorgadas à

Ao afastar as contratações das empresas estatais do regime jurídico de direito público, o legislador optou por fazer com que as relações contratuais travadas entre as estatais e os particulares contratados fossem disciplinas pelas mesmas regras e princípios incidentes sobre os contratos de direito privado, situação que afasta qualquer possibilidade de uma das partes ocupar uma posição superior em relação a outra. Isso é positivo, pois dá maior segurança aos particulares contratados de que as condições fixadas no contrato serão cumpridas pela estatal contratante, o que os incentivam a celebrar contratos com as estatais e atuar como verdadeiros parceiros destas empresas.

Além disso, pelo fato de ser uma relação contratual simétrica, nos casos de controvérsias envolvendo a execução dos contratos, nenhuma das partes poderá se valer de prerrogativas como a suspensão da execução ou a alteração unilateral dos contratos. As controvérsias contratuais deverão ser resolvidas através do consenso com a construção de soluções negociadas.

Diante disso, compreendo que a incidência do regime jurídico de direito privado sobre os contratos envolvendo as empresas estatais é uma boa medida, pois simplificará a relação contratual e, por consequência, fomentará os particulares a atuarem como parceiros das estatais.

10 – A consensualidade prevista na lei e a imposição de que os contratos reger-se-ão por suas cláusulas e normas de Direito Privado afasta a exorbitância destes contratos, considerando a presença, de um lado, da Administração Pública, ainda que Indireta?

Edgar: Sim. Como exposto na resposta anterior, com a Lei nº 13.303/2016, os contratos celebrados pelas empresas estatais passam a ser regidos unicamente pelo direito privado, não comportando a incidência de cláusulas exorbitantes. Portanto, as relações contratuais firmadas pelas empresas estatais, mesmo estas compondo a Administração Pública Indireta, terão como característica a simetria entre as partes e o consensualismo, não sendo mais compatíveis com as cláusulas exorbitantes dos contratos presentes na Lei nº 8.666/93.

11 – As sanções administrativas previstas na lei poderiam ser menos rigorosas, tendo em vista que se trata de um contrato de natureza privada?

Edgar: Penso que as sanções contratuais previstas na Lei nº 13.303/2016 não são excessivamente rigorosas. As estatais, assim como qualquer contratante, devem se precaver de eventual inexecução contratual por parte do contratado, dispondo de meios para penalizá-los pela falha contratual injustificada.

O fato de os contratos firmados pelas empresas estatais se submeterem ao regime jurídico de direito privado não afasta a necessidade da previsão de multas contratuais em face da falha na execução do objeto contratual pelo particular contratado. E o próprio diploma legal traz uma gradação entre as penalizações (advertência, multa e suspensão temporária de participação em licitação), cabendo às estatais penalizarem o contratado de acordo com a gravidade da sua falta.

Ademais, fazendo o devido cotejo entre as sanções previstas na Lei nº 13.303/2016 com as sanções administrativas dispostas na Lei nº 8.666/93, verifica-se que estas são mais gravosas que aquelas. Por essa razão, compreendo que as sanções administrativas da Lei das Estatais não excessivas ou por demais rigorosas.

12 – Os mecanismos de controle previstos na Lei nº. 13.303/16, sobretudo o controle social, contemplam um moderno padrão de controle, na busca de resultados mais efetivos?

Edgar: Creio que sim. As disposições da Lei nº 13.303/2016 relativas ao controle da atividade das estatais impõem que os órgãos diretivos disponibilizem às entidades de controle externo e à sociedade o acesso a várias informações e documentos sobre as atividades das empresas. Com isso, não só os órgãos de controle, mas também a própria sociedade pode fiscalizar as estatais de modo a verificar se as suas atividades estão em sintonia com a lei e com as diretrizes da própria empresa.

A divulgação de informações referentes a demonstrações contábeis, atos, expedientes e reuniões dos Conselhos de Administração, bem como de despesas contratuais e de certames licitatórios permitirá que os cidadãos avaliem o andamento das atividades das estatais, identificando se estas estão observando os ditames legais e as suas respectivas finalidades.

Nesse contexto, a sociedade funciona como verdadeira parceira dos órgãos de controle, atuando como fiscal da Lei e denunciando a estes órgãos eventuais irregularidades cometidas no âmbito das estatais. Essas medidas de transparência e acesso à informação tendem a trazer melhores resultados, pois dificultará que atos ilegais praticados no

transparência e acesso à informação tendem a trazer melhores resultados, pois aumentam a chance de que atos ilegais praticados no âmbito das estatais passem despercebidos aos olhos dos órgãos de controle.

Assim, entendo que a Lei nº 13.303/2016 prevê mecanismos de controle eficientes que tem tudo para tornar as empresas estatais mais imunes a desvios e à influência de interesses particulares obscuros.

Edgar Guimarães é advogado; Pós-Doutor em Direito pela Università del Salento (Itália). Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP; Professor de Licitação nos cursos de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, da Universidade Positivo, da UNIBRASIL e da PUC/PR; Consultor Jurídico (aposentado) do Tribunal de Contas do Estado do Paraná; Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo; Membro dos Institutos Brasileiro de Direito Administrativo, do Instituto dos Advogados do Paraná e do Conselho Científico do Instituto Romeu Felipe Bacellar. Árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da FIEP/PR. Autor dos livros Controle das Licitações Públicas, Contratação Direta: comentários às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação; Responsabilidade da Administração Pública pelo desfazimento da licitação. Coautor dos livros Cenários do Direito Administrativo; Concurso Público e Constituição; Pregão Presencial e Eletrônico; Licitações e o estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/06; Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos; Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de Licitações e Contratos Administrativos. Lei das Estatais – comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016.

(Currículo na Plataforma Lattes)



Guilherme Carvalho e Sousa é Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Uniceub. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera. Ex-Procurador do Estado do Amapá - Classe Especial, com atuação na área consultiva e nos tribunais superiores em Brasília (DF). Professor do curso de Direito e pós-graduação em Direito em Brasília. Palestrante e professor de pós-graduação em várias faculdades. Advogado militante, com atuação prioritária nos tribunais superiores e na área de licitações e contratos. Bacharel em Administração de Empresas. Sócio fundador do Escritório Guilherme Carvalho & Advogados Associados, Autor do livro "A Responsabilidade do Estado e o Princípio da Confiança Legítima: a experiência para o direito brasileiro"

◀ Entrevista sobre análise econômica das compras públicas com o professor Rafael Vêras

Entrevista sobre o TáxiGOV com a equipe da Central de Compras ▶

[Voltar para o início da comunidade ➡](#)

Escola Nacional de Administração Pública - ENAP



Brasil - Governo Federal