

CONTRATAÇÃO DIRETA

EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

EMPRESAS SIMILARES

PROCESSO Nº : 525636/18
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : USINA ELÉTRICA A GÁS DE ARAUCÁRIA LTDA
INTERESSADO : JOPSON CUSTODIO
RELATOR : CONSELHEIRO IVENS ZSCHOERPER LINHARES

ACÓRDÃO Nº 1961/19 - TRIBUNAL PLENO

EMENTA: Consulta. Art. 28, §3º, inciso I, da Lei nº 13.303/2016. Inaplicabilidade de licitação. Contratação, prestação ou execução, de forma direta de produtos, serviços ou obras, por empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que relacionadas com o objeto social da prestadora, com preços compatíveis com os de mercado. Conhecimento. Resposta positiva ao questionamento.

1 DO RELATÓRIO

Tratam os autos de consulta formulada por UEG Araucária Ltda., subscrita por seu Diretor Financeiro-Administrativo, Sr. Jopson Custódio, na qual apresenta o seguinte questionamento:

No entendimento desta Egrégia Corte de Contas, a Lei Federal nº 13.303, em seu artigo 28, §3º, I, dispensa as empresas públicas e sociedades de economia mista da observância dos dispositivos referentes ao Capítulo I do Título II daquela lei, quando contratarem outras empresas públicas ou sociedades de economia mista para comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionadas com o objeto social da prestadora?

Ao expediente foi anexado parecer jurídico, juntado às fls. 4-12 da peça nº 2, no sentido de que a Lei nº 13.303/16 criou nova hipótese de contratação direta para empresa pública ou sociedade de economia mista na prestação de serviços especificamente relacionados com seus objetos sociais, o que, entretanto, não importa em dispensa da demonstração de que os preços são coerentes com os praticados no mercado, tampouco em óbice ao controle pelos órgãos de fiscalização competentes, como o Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

Em juízo de admissibilidade, por meio do Despacho nº 1180/18, a consulta foi recebida, porquanto preenchidos os requisitos previstos nos arts. 38 e 39, da Lei Complementar estadual nº 113/2005.

Seguindo o trâmite regimental, seguiram os autos à Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca, que, na Informação nº 84/18, atestou a inexistência de decisões sobre o tema. Outrossim, indicou que tramita nesta Corte o processo de consulta nº 35624/17 com questionamentos semelhantes ao tratado nos presentes autos.

A 2ª Inspeção de Controle Externo, por intermédio da Instrução nº 5/18, preliminarmente, suscitou conexão entre os presentes e o Processo nº 35624/17, protocolado pelo Conselheiro Artagão de Mattos Leão, que trata de um conjunto bastante significativo de pontos a serem elucidados, todos versando sobre a aplicação da Lei nº 13.303/16. Em disso, sugeriu a reunião dos feitos, para evitar possíveis decisões contraditórias.

De forma subsidiária, quando ao mérito, manifestou-se no sentido de que

muito embora a hipótese aventada pela UEG Araucária na presente Consulta permita, eventualmente, a aplicação da dispensa prevista no artigo 28, §3º, inciso I da Lei 13.303.2016, é entendimento desta 2ª Inspeção que a interpretação mais razoável para o caso é a aplicação do art. 29, inciso IX da referida lei, que permite expressamente a dispensa da realização de licitação nas contratações entre empresas públicas ou sociedades de economia mista e suas respectivas subsidiárias, para aquisição ou alienação de bens e prestação ou obtenção de serviços, desde que os preços sejam compatíveis com os praticados no mercado e que o objeto do contrato tenha relação com a atividade da contratada prevista em seu estatuto social.

Por sua vez, o Ministério Público de Contas, no Parecer nº 872/18, entendeu não configurada a conexão dos processos. No mérito, corroborou em parte com a conclusão na unidade instrutiva quanto à introdução, pela Lei nº 13.303/2016, de nova espécie de contratação direta para as aquisições de produtos, serviços ou obras que sejam fornecidos, prestados ou executadas por empresas públicas e sociedades de economia mista, conquanto que o objeto da contratação esteja previsto no objeto social da fornecedora.

Divergiu, entretanto, quanto à subsunção dessa hipótese tratada à do art. 29, inciso XI, da mesma lei, por ser esta mais restritiva que aquela.

É o relatório.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Conforme consta do relatado, a 2ª Inspeção de Controle Externo, na Instrução nº 5/18, suscitou a conexão dos presentes com a Consulta nº 35624/17, que versa sobre diversos questionamentos acerca da aplicação da Lei nº 13.303/2016, sugerindo a reunião dos processos, a fim de evitar possíveis decisões contraditórias.

Entretanto, nos termos bem delineados pelo *Parquet*, não resta configurada a conexão, pelos seguintes fundamentos, constantes do Parecer nº 872/18 (fl. 2, peça nº 8):

A propósito da questão preliminar proposta pela unidade técnica, o Ministério Público entende não se evidenciar qualquer causa apta a ensejar a modificação da relatoria (conexão ou continência), nem tampouco a reunião processual para a adoção de eventual decisão conjunta. Isso porque, embora a consulta versada nos presentes autos trate do mesmo diploma legislativo abordado na de autos nº 35624/17, a especificidade da dúvida ora posta à apreciação não está contida nos quesitos lavrados naquele expediente, nem sua análise se vincula por uma relação de prejudicialidade à resposta porventura lá ofertada (e vice-versa). A rigor, não se verifica entre ambos os processos qualquer identidade de pedido ou de causa de pedir.

Ademais, ainda que, em tese, se possa incluir o objeto da questão ora suscitada dentro daquele da “Dúvida 7 – Possibilidade de aplicação subsidiária das normas de licitação existentes”, mesmo que abstraindo-se da generalidade dessa proposição, o fato é que não há nas hipóteses de prevenção do art. 346 do Regimento Interno, nenhum caso que vincule ao mesmo relator a distribuição de consultas de objetos semelhantes, como também não se acharia configurada a hipótese de sobrestamento do art. 427, pelo fato de uma parte da resposta de um processo estar incluída no objeto de outra consulta.

Trata-se, em última análise, de respostas a dúvidas suscitadas pelos jurisdicionados que devem ser apresentadas da forma mais eficiente possível, atendendo-se à pretensão do consulente, sem prejuízo de que venham a ser essas mesmas respostas objeto de nova deliberação, caso alterado o entendimento do Tribunal Pleno.

Portanto, superada a preliminar, passa-se ao mérito.

O questionamento formulado pelo consulente trata especificamente da aplicabilidade do art. 28, §3º, inciso I, da Lei nº 13.303/2016 às empresas públicas e sociedades de economia mista para contratarem outras empresas de mesma natureza jurídica a comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionadas com o objeto social da prestadora.

O referido dispositivo legal possui a seguinte redação:

Art. 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.

(...)

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;

Inicialmente, cumpre ressaltar que tanto o parecer jurídico da entidade quanto os opinativos exarados pela Inspeção de Controle Externo e pelo Ministério Público de Contas na instrução processual são uníssomos no sentido de que o art. 28, §3º, inciso I, da Lei nº 13.303/2016 inaugurou nova espécie de contratação direta, que vem sendo denominada pela doutrina como inaplicabilidade de licitação.

Sobre o instituto da inaplicabilidade de licitação leciona MARÇAL JUSTEN FILHO¹ (fl. 25):

A inaplicabilidade da licitação foi introduzida pelo art. 28, § 3.º, da Lei 13.303/2016, sendo dotada de características próprias e diferenciadas. As contratações praticadas pelas empresas estatais não são dotadas de características homogêneas. Algumas delas envolvem atributos muito peculiares, de modo que não se subordinam à determinação da obrigatoriedade da licitação. Portanto e rigorosamente, a norma que dispõe sobre a inaplicabilidade de licitação apresenta também uma natureza declaratória. Até sob esse prisma, existe uma proximidade entre a inaplicabilidade e a inexigibilidade de licitação – razão pela qual, antes da vigência da Lei 13.303/2016, as hipóteses de inaplicabilidade acabavam enquadradas como de inexigibilidade.

Mas as duas figuras não se confundem. No caso de inexigibilidade, não se impõe a licitação por ser inviável a competição. Na hipótese de inaplicabilidade, não se cogita de licitação porque não há exigência nesse sentido, em vista de que a situação contratual é dotada de peculiaridades que implicam a ausência de subsunção do caso à hipótese de incidência normativa. Então, até pode existir viabilidade de competição, mas não existe obrigatoriedade de licitação.

Especificamente para a resposta à presente consulta, cumpre verificar se a hipótese de inaplicabilidade da licitação do inciso I acima transcrito refere-se, apenas, à hipótese de venda de produtos ou serviços pelas estatais, ou se contempla, também, os contratos dessas empresas com seus fornecedores.

Nesse ponto, bem sintetizou o douto Ministério Público de Contas o posicionamento da 2ª Inspeção de Controle Externo e da própria consulente, no parecer jurídico apresentado junto com a consulta:

Desponta, nesse sentido, a interpretação – com a qual, igualmente, convergem a consulente e a unidade técnica – de que o dispositivo volta-se a possibilitar não apenas a oferta dos produtos e serviços que constituem a atividade econômica das empresas públicas e sociedades de economia mista, como também a aquisição direta de produtos, serviços ou obras providos por outras empresas que se submetem ao mesmo regime, desde que haja relação com seus respectivos objetos sociais (fl. 3 da peça nº 8, grifos nossos).

1 JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas estatais in Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei nº 13.303/2016. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 25.

Em reforço, a essa tese, de maior abrangência ao dispositivo legal referido, prossegue o douto Procurador-Geral do Ministério Público de Contas:

Com efeito, bem se pontuou que, mesmo sob o regime jurídico da Lei nº 8.666/1993, as operações de venda promovidas por tais empresas, em se tratando de intervenção estatal no domínio econômico – e, portanto, sujeitando-se às regras do mercado – já não se submetiam à prévia licitação (em face da expressa previsão do art. 17, II, “e”). A solução jurídica do novel diploma legal, reiterando a disciplina normativa anterior, somente exige a realização do certame para a alienação de bens e ativos que integram o patrimônio da empresa, de forma que, neste ponto, o regramento aplicável é praticamente idêntico.

Por outro giro, a inovação trazida no dispositivo sobre o qual repousa a consulta tenciona autorizar a aquisição de produtos, serviços ou obras que sejam fornecidos, prestados ou executadas por empresa pública ou sociedade de economia mista – desde que o objeto da contratação esteja previsto no objeto social da fornecedora (fl. 3, grifamos)

Nesse sentido, deduz-se que a inovação legislativa se destina a possibilitar não apenas a oferta dos produtos e serviços que constituem a atividade econômica das empresas públicas e sociedades de economia mista, como também a aquisição direta de produtos, serviços ou obras providos por outras empresas que se submetem ao mesmo regime, desde que haja relação com seus respectivos objetos sociais.

A outra questão a ser analisada diz respeito à necessidade de compatibilidade de preços com aqueles praticados no mercado.

A propósito, entendo que, muito embora o dispositivo citado (inciso I do §3º do art. 28) não faça referência expressa a essa condição, podendo-se até mesmo deduzir que a hipótese de inaplicabilidade de licitação por ele tratada estabelece um procedimento mais conciso e célere, seria precipitada a conclusão de que a adequação dos preços possa ser dispensada.

Destarte, deve prevalecer o posicionamento defendido pela 2ª Inspeção de Controle Externo, e constante do parecer do Departamento Jurídico da UEGA, anexo à inicial, valendo transcrever manifestação da mesma Inspeção ao discorrer sobre a obrigatória observância do princípio constitucional da economicidade, em contratações dessa natureza:

(...) importante frisar que mesmo nas hipóteses em que se admita a não observância das regras licitatórias, o regime jurídico administrativo incide parcialmente, impondo que sejam adotadas medidas para resguardar a lisura da contratação, meios de controle para evitar desvios e desperdícios, respeitando-se regras que atentem para os princípios da isonomia, da publicidade e da economicidade (fl. 4 da peça nº 7).

Nesse ponto, ousou divergir do douto Ministério Público de Contas, ao sustentar que, por estar essa condição, de compatibilidade dos preços aos de mercado,

prevista, apenas, no art. 29, XI da mesma lei², que trata de hipótese mais restritiva, envolvendo, apenas, as transações entre as estatais e suas subsidiárias, não valeria para a nova regra do art. 28, §3º, I, de alcance mais amplo.

Conforme mencionado, a pesquisa de mercado tem por finalidade atender ao princípio da economicidade, de status constitucional, que deve, portanto, ser observado em todas as transações envolvendo despesa pública, não havendo motivo, dentro desse contexto, para excluir sua obrigatoriedade em transações envolvendo empresas estatais.

Nesse sentido, vale acrescentar que, a par do objetivo da Lei nº 13.303/2016, de facilitar a atuação das empresas estatais no ambiente competitivo de mercado, dando-lhes maiores oportunidades de comercialização de seus produtos e serviços, a fim de alavancar seu faturamento e contribuir com a redução das despesas com sua manutenção, diminuindo a dependência ao ente público que seja seu sócio, buscou-se, também, a maior eficiência na gestão e nos processos produtivos, com ênfase na transparência e práticas de gestão de riscos e controle interno (arts. 6º e 9º).

Face ao exposto, VOTO no sentido de que este Tribunal Pleno conheça da presente consulta, para no mérito, respondê-la no sentido de que, com base o art. 28, §3º, I, da Lei nº 13.303/16, autoriza a contratação direta de empresas públicas e sociedades de economia mista para aquisição de produtos, prestação de serviços ou execução de obras relacionadas ao objeto social da contratada, desde que observada a economicidade da transação, comprovada pela compatibilidade dos preços com os de mercado.

3 DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro IVENS ZSCHOERPER LINHARES, por voto médio, em:

Conhecer a presente Consulta, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade, para, no mérito, respondê-la no sentido de que, com base o art. 28, §3º, I, da Lei nº 13.303/16, autoriza a contratação direta de empresas públicas e sociedades de economia mista para aquisição de produtos, prestação de serviços ou execução de obras relacionadas ao objeto social da contratada, desde que observada a economicidade da transação, comprovada pela compatibilidade dos preços com os de mercado.

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

(...)

XI - nas contratações entre empresas públicas ou sociedades de economia mista e suas respectivas subsidiárias, para aquisição ou alienação de bens e prestação ou obtenção de serviços, desde que os preços sejam compatíveis com os praticados no mercado e que o objeto do contrato tenha relação com a atividade da contratada prevista em seu estatuto social;

Acompanharam o voto do relator, Conselheiro IVENS ZSCHOERPER LINHARES, conforme os termos acima, os Conselheiros FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, IVAN LELIS BONILHA e JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL.

Na primeira votação, restou vencida a proposta do Conselheiro FABIO DE SOUZA CAMARGO, pela impossibilidade da contratação, por entender que a hipótese do art. 28, §3º, I, da Lei nº 1.303/16 só diz respeito à venda e comercialização de produtos por estatais, não abrangendo as compras de fornecedores, no que foi acompanhado pelo voto do Auditor TIAGO ALVAREZ PEDROSO.

Na segunda votação, foi vencida a proposta do Auditor TIAGO ALVAREZ PEDROSO, também pela impossibilidade de contratação na forma questionada, mas, por entender que a hipótese envolve contratação direta de fornecedores, desde que referente a produtos diretamente relacionados ao objeto social de empresas públicas ou sociedades de economia mista, mas não, necessariamente, entre empresas dessa natureza, no que foi acompanhado pelo voto do Conselheiro FABIO DE SOUZA CAMARGO.

Presente o Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas GABRIEL GUY LÉGER.

Sala das Sessões, 10 de julho de 2019 - Sessão nº 23.

IVENS ZSCHOERPER LINHARES
Conselheiro Relator

NESTOR BAPTISTA
Presidente