

LEI DAS ESTATAIS

DISPOSITIVOS – INTERPRETAÇÃO – APLICAÇÃO

PROCESSO N° : 35624/17
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
INTERESSADO : ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
RELATOR : CONSELHEIRO JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL

ACÓRDÃO N° 1656/23 - TRIBUNAL PLENO

EMENTA: Consulta. Interpretação e aplicação de dispositivos da Lei n° 13.303/16 - “Lei das Estatais”. Conhecimento e resposta aos questionamentos.

1 DO RELATÓRIO

Versa o processo sobre Consulta formulada pelo Conselheiro Artagão de Mattos Leão por meio da qual traz 21 questionamentos para análise e esclarecimento por parte deste Tribunal a respeito da Lei n° 13.303/16, que 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, conhecida como “Lei das Estatais”.

Justifica que “o esclarecimento da correta interpretação dessas normas é crucial para as funções fiscalizatórias das Inspetorias de Controle Externo que têm, dentre as entidades fiscalizadas, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias”.

Presentes os requisitos de admissibilidade contidos no artigo 311 do Regimento Interno do Tribunal, a consulta foi admitida conforme Despacho n° 133/17-GCNB.

Encaminhados os autos à Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca, a unidade informou que não foram encontradas decisões acerca do tema específico submetido à apreciação.

O expediente foi instruído pela então Coordenadoria de Fiscalização Estadual e recebeu parecer do Ministério Público de Contas.

Posteriormente, diante da amplitude e relevância da matéria, foi solicitada manifestação igualmente da Procuradoria Geral do Estado, nos termos do art. 313, § 5º, do Regimento, que apresentou suas observações às peças n°s 25 e 26.

Sopesando a existência de interesse na fiscalização exercida perante as entidades municipais, os autos tramitaram também pela Coordenadoria Geral de Fiscalização e pela Coordenadoria de Gestão Municipal.

Por derradeiro, em atendimento ao contido no art. 313, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal, as Inspetorias de Controle Externo, em trabalho conduzido primorosamente pela 2ª Inspetoria, elaboraram conjuntamente proposta de resposta às questões veiculadas na consulta, compilando as exposições feitas pelas unidades e órgãos da Casa e pela PGE.

Houve pedido por parte do Instituto Paranaense de Direito Administrativo solicitando ingresso no feito na condição de *amicus curiae* a fim de que lhe seja permitido manifestar-se, o qual restou indeferido nos termos do Despacho nº 1247/22-GCDA, na medida em que o debate se encontra suficientemente elucidado.

Anoto que os autos sofreram redistribuição, encontrando-se sob minha relatoria a partir de 25/01/2019.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

A respeito da temática colocada em mesa, de fato a Lei das Estatais inaugurou nova base jurídica nesse segmento da Administração Pública, contemplando por exemplo o regime de licitações e contratos das entidades, constituição e funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, proteção de acionistas, fiscalização pelo Estado e pela Sociedade, atingimento de função social, alcançando até o tópico relacionado a práticas de governança corporativa.

Veio para regulamentar o art. 173, § 1º, da Constituição da República, segundo o qual 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.

Daí a importância do assunto e devida a preocupação em alinhar-se o entendimento a ser seguido nas atividades de fiscalização do Tribunal de Contas.

Destaco o excepcional e percuciente estudo desenvolvido por todas as unidades e órgãos que contribuíram no âmbito desta Corte e pela PGE almejando clarear e solucionar as indagações levantadas.

Passo então aos questionamentos e às considerações pertinentes, propondo seja ratificado por este Colegiado o trabalho colaborativo das Inspetorias a seguir discriminado, por meio do qual foram reunidos os pontos essenciais colocados nas abordagens trazidas, visando apresentar uma resposta consolidada às dúvidas formuladas pela parte consulente.

2.1 DÚVIDA Nº 1 - ALCANCE DA LEI 13.303/16

O art. 1º da Lei 13.303/16 elenca o rol de entidades sujeitas à sua aplicação.

1 Art. 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.

Não obstante o parágrafo 1², do mencionado dispositivo, prevê a não aplicação dos arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 11, 12 e 27 para empresas públicas e às sociedades de economia mistas que tiverem, em conjunto com suas respectivas subsidiárias, no exercício social anterior, receita operacional bruta inferior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais). Em seguida, o dispositivo prevê em seu parágrafo 3º que “Os Poderes Executivos poderão editar atos que estabeleçam regras de governança destinadas às suas respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista que se enquadrem na hipótese do § 1º, observadas as diretrizes gerais desta Lei.”. Por fim, no parágrafo 4º dispõe que “A não edição dos atos de que trata o § 3º no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a partir da publicação desta Lei submete as respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista às regras de governança previstas no Título I desta Lei.”.

Considerando que a Lei 13.303/06 foi publicada no Diário Oficial da União em 1º de julho de 2016, e não houve a edição de nenhum dos atos previstos no § 3º no Estado do Paraná, todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, mesmo as com receita operacional bruta inferior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais), estão sujeitas ao Título I da norma ora questionada?

A Coordenadoria de Fiscalização Estadual, unidade desta Corte de Contas, entende que, com a edição do Decreto nº 5.725, na data de 16 de dezembro de 2016, nos termos do § 3º, do art. 1º, da Lei nº 13.303/16, fica estabelecido um tratamento diferenciado para as empresas estatais de menor porte, no Estado do Paraná, que são as com receita operacional bruta inferior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais), conforme a demonstração dos resultados financeiros do exercício civil imediatamente anterior, incluindo eventuais subsidiárias.

Assim, essas estatais de menor porte seguem regras de governança mais flexíveis, não se aplicando as mesmas os artigos 9º, 10, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 e 26 da Lei nº 13.303/16, sendo que o art. 2º do referido decreto estabelece que o Conselho de Controle das Empresas Estaduais – CCEE, órgão colegiado de caráter consultivo e normativo do Governo do Estado do Paraná, aprovará um modelo de estatuto social, que deverá ser observado por essas estatais.

O Ministério Público de Contas corrobora o entendimento do órgão instrutivo. Com efeito, a promulgação do Decreto nº 5.725/2016 encerra qualquer dúvida a respeito do espectro de incidência da Lei nº 13.303/2016 sobre as empresas estatais de menor porte. Consoante previsão de seu art. 1º, §1º, as empresas de menor porte

2 § 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).

3 § 3º Os Poderes Executivos poderão editar atos que estabeleçam regras de governança destinadas às suas respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista que se enquadrem na hipótese do § 1º, observadas as diretrizes gerais desta Lei.

4 § 4º A não edição dos atos de que trata o § 3º no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a partir da publicação desta Lei submete as respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista às regras de governança previstas no Título I desta Lei

deverão observar obrigatoriamente apenas os artigos 2º a 8º, 11, 12 e 27 do Título I da Lei. Caso o Decreto nº 5.725/2016 não tivesse sido editado, o Título seria aplicável em sua integralidade. Os demais Títulos, de qualquer modo, aplicam-se integralmente às empresas de menor porte.

Quanto ao alcance da Lei nº 13.303/16 (dúvida 01), a Procuradoria Geral do Estado destaca que o Estado do Paraná editou o Decreto 5.725 de 16 de dezembro de 2016 que foi complementado pelo Decreto 9.891 de 21 de fevereiro de 2017 em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 1º da Lei das Estatais, portanto, dentro do prazo de 180 dias previsto no § 4º do mesmo art. 1º. Ademais, a lista de empresas que possuem receita operacional bruta anual é aprovada e publicada anualmente pelo Conselho de Controle de Empresas Estaduais - CCEE, sendo que a lista vigente consta da Deliberação Normativa CCEE nº 01/2017, que está disponível no site eletrônico. Assim, como a receita bruta operacional anual varia de ano a ano a lista acima deverá ser atualizada anualmente pelo Estado do Paraná, cabendo esta tarefa nos termos da Lei Estadual nº 18.875/2016, ao CCEE.

2.2 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 1:

As empresas públicas e sociedades de economia mista que tiverem, em conjunto com suas respectivas subsidiárias, no exercício social anterior, receita operacional bruta inferior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais) não se sujeitam às regras do Título I da Lei nº 13.303/16, exceto o disposto nos arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 11, 12 e 27, visto que no Estado do Paraná, com a edição dos Decretos nº 5.725, de 16 de dezembro de 2016, nº 6.263/17 e nº 6.512/17, nos termos do §3º, do art. 1º, da Lei nº 13.303/16, ficou estabelecido tratamento diferenciado para as referidas entidades de menor porte.

Assim, essas estatais de menor porte seguem regras de governança mais flexíveis, não se aplicando às mesmas os artigos 9º, 10, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 e 26 da Lei nº 13.303/16.

Ressalta-se que como a receita bruta operacional anual varia de ano a ano, a lista das empresas estatais atingidas pela referida norma deverá ser atualizada anualmente pelo Estado do Paraná, cabendo esta tarefa nos termos da Lei Estadual nº 18.875/2016, ao Conselho de Controle de Empresas Estaduais - CCEE.

2.3 DÚVIDA Nº 2 - APLICAÇÃO DA LEI 13.303/16 E NORMAS DE FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO PARANÁ

O art. 40⁵ da Lei das Estatais estabelece que as empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento

5 Art. 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.

interno de licitações e contratos, contendo glossário de expressões técnicas, cadastro de fornecedores, minutas-padrão de editais e contratos, procedimentos de licitação e contratação direta, tramitação de recursos, formalização de contratos, gestão e fiscalização de contratos, aplicação de penalidades e recebimento do objeto do contrato.

Haja vista que o Tribunal de Contas do Estado do Paraná dispõe do Sistema Estadual de Informações (SEI), disciplinado na Instrução Normativa 93/2013, que tem por objetivo captar, de forma eletrônica, elementos que servirão de base para a geração automatizada de demonstrativos contábeis, orçamentários, financeiros e gerenciais, de natureza legal e regulamentar, das entidades estaduais da Administração Pública do Paraná, pergunta-se:

Considerando-se a necessidade de padronização da captação eletrônica de dados por parte do Tribunal de Contas do Estado do Paraná:

a) a Corte de Contas do Paraná deverá expedir Instrução Normativa específica, contendo elementos mínimos de coleta eletrônica, a ser observada pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, sujeitas à Lei 13.303/2016?

b) o Estado do Paraná, na qualidade de acionista controlador, deverá editar regulamentação única de licitações e contratos, a ser observadas por suas empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, sujeitas à Lei 13.303/2016?

c) cada empresa pública, sociedade de economia mista, suas subsidiárias, sujeitas à Lei 13.303/2016, poderá estabelecer seu regulamento próprio, observando tão somente às exigências da art. 40 da referida norma?

A Coordenadoria de Fiscalização Estadual - COFIE entende que esta nova Lei não criou nenhuma modalidade de licitação, embora tenha permitido, nos termos do art. 40, que cada estatal publique e mantenha atualizado o seu regulamento interno de licitações e contratos, desde que compatível com a Lei, ou seja, o espírito da legislação foi proporcionar maior margem de discricionariedade, liberdade e autonomia, aliás contemplação de antiga aspiração das estatais, pessoas jurídicas de direito privado.

Ainda assim, verifica-se a não ocorrência de impacto estrutural nos leiautes do SEI-CED, haja vista que a novatio legis trata de questões já contempladas, ordinariamente, pelo sistema e de algumas específicas, acessórias, como, por exemplo, glossário de expressões técnicas, cadastro de fornecedores, minutas padrões de editais e contratos que, a princípio, não possuem a necessidade de serem captadas pelo SEI-CED, mas que poderão ser absorvidas, caso haja a demanda por esses dados.

Nesse sentido, a Unidade Técnica entende que não haverá a necessidade de expedir Instrução Normativa específica, contendo elementos mínimos de coleta eletrônica, a ser observada pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, sujeitas à Lei nº 13.303/16, pois os leiautes do SEI-CED já estão amparados por Instrução Normativa e estes já contemplam a captação dos dados elementares para a exercício das atividades desta Casa, sendo que a Lei nº 13.303/16 trouxe a possibilidade de ampliação dos módulos de licitações e contratos, caso as unidades de fiscalização entendam que seja necessário.

Por sua vez, o Estado do Paraná, na qualidade de acionista controlador, não deverá, necessariamente, editar regulamentação única de licitações e contratos, a ser observada por suas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, sujeitas à Lei nº 13.303/16, uma vez que poderia, até mesmo, ser considerada uma atitude contra *legem*, justamente pelo fato da permissão para que seja estabelecido, por cada estatal, o regulamento próprio, interno, de licitações.

Por fim, os regulamentos próprios internos de licitações e contratos, de cada estatal, deverão observar não só às exigências do art. 40 da referida norma, como também poderá observar outros artigos e legislação relacionados, desde que em harmonia e compatibilidade com a nova lei, com o disposto nos normativos do Conselho de Controle das Empresas Estatais - CCEE, bem como com eventual lei das estatais editada pelo Estado do Paraná.

O Ministério Público de Contas entende que o item a não constitui objeto a ser respondido por esta consulta, já que não diz respeito a dúvida na aplicação de dispositivos legais, como exige o art. 38, III, da Lei Orgânica da Corte, mas sim a questões afetas ao controle externo executado pelo Tribunal de Contas. Naturalmente, a mudança legislativa poderá ensejar alterações normativas e operacionais na atividade desenvolvida pela Corte, mas isso não é tema a ser enfrentado no âmbito de processo de Consulta, e sim em expedientes internos da própria Casa.

A resposta da unidade técnica ao item b está correta. Não há dúvida de que o art. 40 da Lei nº 13.303/2016 outorgou autonomia às *empresas públicas* e *sociedades de economia mista* para editarem seus regulamentos internos de licitações e contratos públicos, e não aos entes federados que as controlem. Assim, seria manifestamente ilegal uma regulamentação única sobre licitações e contratos editada pelo Estado.

Quanto ao item c, o art. 40 da Lei nº 13.303/2016 também é claro: os regulamentos internos de licitações e contratos deverão observar os requisitos mínimos previstos no citado dispositivo. Por outro lado, é facultada às empresas estatais a realização de regulamentação mais exaustiva, inspirada em legislação correlata, desde que seja compatível com a Lei nº 13.303/2016.

Acerca da aplicação da Lei 13.303/16 e normas de fiscalização do Tribunal de Contas do Paraná (dúvida 02), a Procuradoria entende que, tendo-se em vista que o

Tribunal de Contas do Estado do Paraná dispõe do Sistema Estadual de Informações (SEI) para captação eletrônica de informações e que, portanto, precisa adotar procedimentos padronizados para todas as empresas estatais, deve-se observar que não seria lícito ao Estado do Paraná impor um regime único de compras, uma vez que se trata de decisão interna de cada Companhia, que deve levar em conta os objetivos e procedimentos de mitigação de riscos delineados nos documentos de *compliance* e governança (Carta Anual de Governança, Política de Divulgação de Informações, Política de Transações com Partes Relacionadas, Código de Conduta e Integridade), bem como os procedimentos mais adequados para a consecução do seu objeto social.

Que a imposição de regime de compras único obrigatório por meio de Decreto poderia inclusive caracterizar abuso do controlador nos termos do artigo 15 da Lei das Estatais. Este raciocínio não se aplicaria à mera edição de regime de compras padrão, de adoção facultativa e que deva ser adaptado as suas especificidades por cada uma das empresas estatais. Entretanto, que intenção da Lei das Estatais e os princípios que a orientam indicam que a conduta mais adequada é permitir que cada empresa crie o seu regime de compras próprio.

A situação é um pouco diversa nas empresas estatais que estão sujeitas às normas estaduais de governança, que preveem tanto uma estrutura mais enxuta de governança e *compliance* quanto a adoção de documentos padronizados neste ponto.

Assim, para estas empresas seria possível a utilização de um regime de compras padrão a ser deliberado no âmbito do CCEE.

Deste modo, cada empresa pública sujeita à aplicação da Lei das Estatais deverá estabelecer seu regulamento próprio de compras, observando o artigo 40 da Lei das Estatais e os documentos de governança (Carta Anual de Governança, Política de Divulgação de Informações, Política de Transações com Partes Relacionadas, Código de Conduta e Integridade), não sendo lícita a imposição de regime de compras único pelo Estado do Paraná.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, através do Acórdão 2.993/2018 do Plenário, já reconheceu os grandes avanços trazidos pela Lei nº 13.303/16, especialmente quanto ao poder regulamentar e o planejamento estratégico que as empresas estatais passaram a ter como poder-dever, mesmo que disponham de uma discricionariedade regrada para editar seus regulamentos e definir seus planos e metas.

Mas o Acórdão supracitado foi muito claro ao determinar que:

9.2 com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, recomendar à [omissis] que, com fulcro no poder regulamentar outorgado pelo art. 40 da Lei 13.303/2016, adote política para disciplinar a contratação

de consultorias, com requisitos e mecanismos definidos para a avaliação e comprovação da necessidade dos serviços, efetividade dos produtos entregues pelas consultorias, existência de sobreposição entre contratos sucessivos e o alinhamento das contratações com o planejamento de longo prazo da empresa. (ACÓRDÃO 2993/2018 – PLENÁRIO, Relator BRUNO DANTAS, Processo 031.814/2016-6, DENÚNCIA (DEN), Data da sessão 12/12/2018, Número da ata 50/2018 – Plenário)

2.4 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 2:

Eis a proposta de resposta em relação à Dúvida nº 02:

a) a Corte de Contas do Paraná deverá expedir Instrução Normativa específica, contendo elementos mínimos de coleta eletrônica, a ser observada pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, sujeitas à Lei 13.303/2016?

Os leiautes do SEI-CED já contemplam a captação de dados elementares para a exercício das atividades desta Casa e estão amparados por ato próprio (Instrução Normativa nº 113/2015), que dispõe sobre alterações no Sistema Estadual de Informações – SEI, módulo Captação Eletrônica de Dados, além de outras providências. Inclusive, podem ocorrer ajustes e inclusão de novos leiautes, independente de alteração da normativa especificada, conforme disposto em seu próprio artigo 6º. Portanto, com base no exposto, não se vislumbra a necessidade de expedição de nova Instrução Normativa contendo elementos mínimos de coleta eletrônica a ser observada pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, sujeitas à Lei nº 13.303/16.

b) o Estado do Paraná, na qualidade de acionista controlador, deverá editar regulamentação única de licitações e contratos, a ser observadas por suas empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, sujeitas à Lei 13.303/2016?

O Estado do Paraná, na qualidade de acionista controlador, não deverá, necessariamente, editar regulamentação única de licitações e contratos, a ser observada por suas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, sujeitas à Lei nº 13.303/16.

Para a elaboração de seus próprios regulamentos, as empresas estatais podem observar o Modelo de Estatuto Social aprovado pelo Conselho de Controle das Empresas Estaduais – CCEE, órgão colegiado de caráter consultivo e normativo com atribuição de assessorar o Governador do Estado do Paraná no estabelecimento de diretrizes para a orientação de práticas de governança corporativa e controles internos e acompanhar atividades e avaliar o desempenho das estatais. Referido modelo pode ser visualizado e acessado por meio do seguinte endereço eletrônico: http://www.casacivil.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2020-03/estatutopadraoccee.pdf.

Situação diversa é das empresas estatais que estão sujeitas às normas estaduais de governança, que preveem tanto uma estrutura mais enxuta de governança e compliance quanto a adoção de documentos padronizados neste ponto. Para elas é possível a utilização de um regime de compras padrão a ser deliberado no âmbito do Conselho de Controle das Empresas Estatais - CCEE.

c) cada empresa pública, sociedade de economia mista, suas subsidiárias, sujeitas à Lei 13.303/2016, poderá estabelecer seu regulamento próprio, observando tão somente às exigências da art. 40 da referida norma?

Os regulamentos próprios internos de licitações e contratos de cada estatal com regulamentação mais exaustiva deverão observar não só às exigências do art. 40 da referida norma, como também poderão observar outros artigos e legislação relacionados, desde que em harmonia e compatibilidade com a Lei nº 13.303/16, documentos de governança (Carta Anual de Governança, Política de Divulgação de Informações, Política de Transações com Partes Relacionadas, Código de Conduta e Integridade), com o disposto nos normativos do Conselho de Controle das Empresas Estatais - CCEE, bem como com eventual lei das estatais editada pelo Estado do Paraná.

E mais: com fulcro no poder regulamentar outorgado pelo art. 40 da Lei 13.303/2016, que as empresas públicas e sociedades de economia mista adotem políticas para disciplinar a contratação de consultorias, com requisitos e mecanismos definidos para a avaliação e comprovação da necessidade dos serviços, efetividade dos produtos entregues pelas consultorias, existência de sobreposição entre contratos sucessivos e o alinhamento das contratações com o planejamento de longo prazo da empresa.

2.5 DÚVIDA Nº 3 – MOMENTO OPORTUNO PARA A ADEQUAÇÃO DOS MEMBROS DE CONSELHOS, DIRETORES, COMITÊ DE AUDITORIA AOS REQUISITOS DA LEI 13.303/16

A Lei 13.303/16, principalmente no art. 17⁶ e no art. 25⁷, traz uma série de condições e restrições para a indicação de membros de Conselhos, Diretores e Comitê de

6 Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas —all, —bll e —cll do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III:

7 Art. 25. O Comitê de Auditoria Estatutário será integrado por, no mínimo, 3 (três) e, no máximo, 5 (cinco) membros, em sua maioria independentes. § 1º São condições mínimas para integrar o Comitê de Auditoria Estatutário: I - não ser ou ter sido, nos 12 (doze) meses anteriores à nomeação para o Comitê: a) diretor, empregado ou membro do conselho fiscal da empresa pública ou sociedade de economia mista ou de sua controladora, controlada, coligada ou sociedade em controle comum, direta ou indireta; b) responsável técnico, diretor, gerente, supervisor ou qualquer outro integrante com função de gerência de equipe envolvida nos trabalhos de auditoria na empresa pública ou sociedade de economia mista; II - não ser cônjuge ou parente consanguíneo ou afim, até o segundo grau ou por adoção, das pessoas referidas no inciso I; III - não receber qualquer outro tipo de remuneração da empresa pública ou sociedade de economia mista ou de sua controladora, controlada, coligada ou sociedade em controle comum, direta ou indireta, que não seja aquela relativa à função de integrante do Comitê de Auditoria Estatutário; IV - não ser ou ter sido ocupante de cargo público efetivo, ainda que licenciado, ou de cargo em comissão da pessoa jurídica de direito público que exerça o controle acionário da empresa pública ou sociedade de economia mista, nos 12 (doze) meses anteriores à nomeação para o Comitê de Auditoria Estatutário.

Auditoria. Diante disso, os atuais membros de Conselhos, Comitê de Auditoria ou ocupantes dos cargos de Direção que não se adequem aos dispositivos citados deverão ser imediatamente substituídos? Em não sendo essa a opção adequada, a substituição se dará ao final do atual mandato ou no prazo de até dois anos, previsto no art. 91⁸?

A Coordenadoria de Fiscalização Estadual - COFIE entende que, nos termos da inteligência do art. 91 da Lei 13.303/16, do Decreto nº 8.945/16, editado pela União, em seu art. 66 e parágrafos, e Parecer nº. 21/2016 da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, a melhor tradução é que os administradores, membros da Diretoria e do Conselho de Administração e os Conselheiros Fiscais de todas as empresas estatais do Estado do Paraná, incluídas as de menor porte, que tomaram posse, antes da publicação da Lei nº 13.303/16, estão legalmente investidos no cargo e, então, podem permanecer em exercício, exceto se houver decisão em contrário do Conselho de Administração, até o final de seus respectivos mandatos, ou até a data de 30/06/2018, o que ocorrer primeiro.

O Ministério Público do Tribunal de Contas ratificou a resposta conferida pela unidade técnica para o questionamento, destacando-se que a solução sugerida é perfeitamente alinhada à previsão do art. 91 da Lei nº 13.303/16.

Já a Procuradoria Geral do Estado – PGE (peça 25) se posicionou no sentido de que a aplicação da Lei das Estatais para as novas indicações de Conselheiros, Diretores e membros de Comitês é imediata. Quanto aos detentores de mandato em andamento que não se adequem aos requisitos da Lei das Estatais não precisam ser substituídos imediatamente, mas apenas ao fim do mandato salvo se o término do mandato ultrapassar a data de 1º de julho de 2018, quando deve haver o cumprimento integral da Lei das Estatais.

Enfatizou que a adoção das regras de governança deve ser feita imediatamente, ressalvadas as providências que efetivamente dependem de adaptação, mas mesmos nesses casos havendo possibilidade a implantação deve ser feita da forma mais célere possível, como os comitês de auditoria interna e de indicação e avaliação.

A respeito da questão sob consulta, Pelo Acórdão nº 2.310/2018, o Plenário do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO já assentou que:

284. Conforme o art. 91 do normativo, as empresas públicas e as sociedades de economia mista constituídas anteriormente à vigência da Lei deverão promover as adaptações necessárias no prazo de 24 meses. Após análise do relatório preliminar desta fiscalização, a SEST/MPDG esclareceu que o art. 30 do Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016, normativo que regulamentou a Lei nº 13.303/2016, descreve que os requisitos e vedações para administradores e conselheiros são de aplicação imediata e devem

8 Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.

ser observados nas nomeações e eleições realizadas a partir da data de publicação do Decreto.

285. Assim, aqueles que assumiram os cargos anteriormente à vigência da Lei nº 13.303/2016 e do Decreto nº 8.945/2016 podem continuar nos cargos no prazo estabelecido, devendo se submeter aos novos mandamentos em caso de recondução ou assunção a novo cargo. (ACÓRDÃO 2310/2018 – PLENÁRIO, Relator BRUNO DANTAS, Processo 024.768/2017-0, RELATÓRIO DE AUDITORIA (RA), Data da sessão 02/10/2018, Número da ata 38/2018 – Plenário, Recursos Acórdão 2223/2019 – Plenário).

2.6 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 3

A aplicação da Lei das Estatais para as novas indicações de Conselheiros, Diretores e membros de Comitês é imediata, nos termos dos art. 17 e art. 25 a seguir transcritos:

Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III:

I - ter experiência profissional de, no mínimo:

a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou em área conexas àquela para a qual forem indicados em função de direção superior; ou

b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:

1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;

2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;

3. cargo de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

c) 4 (quatro) anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista;

II - ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado;

e

III - não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas nas alíneas do inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.

§ 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;

II - de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

III - de pessoa que exerça cargo em organização sindical;
IV - de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;
V - de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.

§ 3º A vedação prevista no inciso I do § 2º estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas.

Art. 25.

§ 1º São condições mínimas para integrar o Comitê de Auditoria Estatutário:

I - não ser ou ter sido, nos 12 (doze) meses anteriores à nomeação para o Comitê:

a) diretor, empregado ou membro do conselho fiscal da empresa pública ou sociedade de economia mista ou de sua controladora, controlada, coligada ou sociedade em controle comum, direta ou indireta;

b) responsável técnico, diretor, gerente, supervisor ou qualquer outro integrante com função de gerência de equipe envolvida nos trabalhos de auditoria na empresa pública ou sociedade de economia mista;

II - não ser cônjuge ou parente consanguíneo ou afim, até o segundo grau ou por adoção, das pessoas referidas no inciso I;

III - não receber qualquer outro tipo de remuneração da empresa pública ou sociedade de economia mista ou de sua controladora, controlada, coligada ou sociedade em controle comum, direta ou indireta, que não seja aquela relativa à função de integrante do Comitê de Auditoria Estatutário;

IV - não ser ou ter sido ocupante de cargo público efetivo, ainda que licenciado, ou de cargo em comissão da pessoa jurídica de direito público que exerça o controle acionário da empresa pública ou sociedade de economia mista, nos 12 (doze) meses anteriores à nomeação para o Comitê de Auditoria Estatutário.

§ 2º Ao menos 1 (um) dos membros do Comitê de Auditoria Estatutário deve ter reconhecida experiência em assuntos de contabilidade societária.

Quanto aos detentores de mandato que tomaram posse antes da publicação da Lei nº 13.303/16, salvo se houver decisão em contrário do Conselho de Administração, podem permanecer até o final de seus respectivos mandatos, ou até a data de 30/06/2018, o que ocorrer primeiro, devendo se submeterem aos novos mandamentos em caso de recondução ou assunção a novo cargo.

2.7 DÚVIDA Nº 4 - POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE REMUNERAÇÃO EM MAIS DE 2 CONSELHOS PARA MEMBROS INDICADOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 13.303/16

A Lei 13.303/16, em seu art. 20⁹, veda a participação remunerada de membros da administração pública, direta ou indireta, em mais de 2 (dois) conselhos, de administração ou fiscal, de empresa pública, de sociedade de economia mista ou de suas subsidiárias (art. 20). Nos casos cujos membros estavam nas funções

9 Art. 20. É vedada a participação remunerada de membros da administração pública, direta ou indireta, em mais de 2 (dois) conselhos, de administração ou fiscal, de empresa pública, de sociedade de economia mista ou de suas subsidiárias.

antes da vigência da Lei, e a situação é irregular frente às atuais disposições, deve haver a imediata adequação, ou essa se dará ao final do atual mandato, ou, ainda, ocorrerá no prazo de até dois anos, previsto no art. 91? Com fim de auxiliar a resposta a esse questionamento, anexamos à presente Consulta cópia do Parecer nº 21/2016 da Procuradoria Geral do Estado do Paraná que opinou sobre a forma possível de interpretação da lei na dúvida ora abordada.

A COFIE entende que deve ser seguida a mesma interpretação lógica empregada na adequação dos membros de Conselhos, ou seja, os administradores e os conselheiros fiscais de todas as empresas estatais do Estado do Paraná, incluídas as de menor porte, que tomaram posse, antes da publicação da Lei nº 13.303/16, estão legalmente investidos no cargo e, então, podem permanecer em exercício, com suas respectivas remunerações, ainda que membros da administração pública, direta ou indireta e em mais de 2 (dois) conselhos, até o final de seus respectivos mandatos, ou até a data de 30/06/2018, o que ocorrer primeiro.

O Ministério Público de Contas ratifica a resposta conferida pela unidade técnica para o questionamento, destacando-se que a solução sugerida é perfeitamente alinhada à previsão do art. 91 da Lei nº 13.303/16

A Procuradoria Geral do Estado se firmou no raciocínio no referido Parecer nº 21/2016 daquele órgão.

Ainda mencionou que apesar de ser possível a cumulação não remunerada em mais de dois Conselhos, uma vez que o art. 20 da Lei das Estatais proíbe a cumulação remunerada, esta situação deve ser evitada. Isto porque a remuneração adequada do Conselhos Fiscal e de Administração é um mecanismo importante de governança e a existência de Conselheiros Fiscais ou de Administração não remunerados apesar de lícita contraria os princípios de governança corporativa que fundamentam a própria Lei das Estatais.

2.8 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 4:

Os administradores e os conselheiros fiscais de todas as empresas estatais do Estado do Paraná, incluídas as de menor porte, que tomaram posse antes da publicação da Lei nº 13.303/16, estão legalmente investidos no cargo e, então, podem permanecer em exercício, com suas respectivas remunerações, ainda que membros da Administração Pública, direta ou indireta e em mais de 2 (dois) conselhos, até o final de seus respectivos mandatos, ou até a data de 30/06/2018, o que ocorrer primeiro.

Não é recomendada a cumulação não remunerada em mais de dois Conselhos, visto que tal prática contraria os princípios de governança corporativa que fundamentam a própria Lei das Estatais.

Deve ser observada a Política de Indicação de Administradores apresentada pelo Conselho de Controle das Empresas Estatais – CCEE, que estabelece critérios

para escolha dos membros do Conselho de Administração, Diretoria Executiva, Conselho Fiscal e Comitês Estatutários (estes últimos, no caso de empresas com faturamento anual bruto igual ou superior a R\$ 90 milhões), disponibilizada por meio dos seguintes endereços eletrônicos:

▪ Para empresas com faturamento anual bruto inferior a R\$ 90 milhões: http://www.casacivil.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2020-03/indicacaomenor90.pdf

▪ Para empresas com faturamento anual bruto igual ou superior a R\$ 90 milhões: http://www.casacivil.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2020-03/indicacaomaior90.pdf

2.9 DÚVIDA N° 5 - PARTICIPAÇÃO DOS EMPREGADOS NO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO NO CASO DE EMPRESAS QUE NÃO POSSUEM QUADRO PRÓPRIO

A Lei, em seu Art. 19¹⁰, garante a participação de representante dos empregados no Conselho de Administração. No caso das empresas que não possuem quadro próprio, seria admitida a participação de empregados cedidos de outras empresas (por exemplo, controladoras)? Seria admitida a participação de empregados terceirizados no Conselho?

A Coordenadoria entende que quem decide essas regras é o estatuto da Companhia, sendo que, independentemente da empresa possuir ou não quadro próprio de empregados, não há impedimento de ordem legal a que empregado de controladora seja membro do conselho de administração da controlada ou de subsidiária integral, ou vice-versa.

Citando a doutrina, Modesto Carvalhosa, em sua obra¹¹, fala que são estas e a controladora distintas pessoas jurídicas autônomas, não havendo conflito formal de interesses entre a função administrativa em uma Companhia e o exercício de emprego em outra. O Autor ressalta a interpretação errônea que alguns empresários não afeitos à matéria jurídica fazem a respeito do assunto, pois eles concluem que não poderia o conselheiro de controladora ser empregado da controlada ou subsidiária integral, tendo em vista o contido no § 2º4, do art. 2º da CLT.

Por sua vez, no tocante à participação de um empregado terceirizado no conselho de administração de uma estatal, que não possui quadro próprio de empregados, a Cofie entende que, em tese, seria admitida, considerando-se empregado em sentido amplo e se assim permitisse o estatuto da Companhia.

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

11 CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas. Editora Saraiva. 6ª Edição, Volume 3, 2014. pg. 130 e 131.

Nesse sentido, Marlon Tomazette¹² cita que o próprio estatuto das referidas companhias é quem estabelece as regras para a participação do empregado de estatal no conselho de administração, sendo que o representante dos trabalhadores será escolhido dentre os empregados ativos da empresa pública ou sociedade de economia mista. No entanto, na prática, trata-se de uma possibilidade muito remota, uma vez que o terceirizado tem vínculo contratual, efetivo, com uma empresa que nada tem a ver com a estatal e, então, não teria o ânimo e interesse necessário para a representação.

Aos olhos do Ministério Público, a resposta sugerida pela COFIE é coerente com o comando do art. 19, que é claro ao garantir a participação dos empregados no Conselho de Administração da entidade, que deve ser regulamentada pela própria empresa. No entanto, em caso de ausência de quadro próprio, e em relação a empregados terceirizados, não parece haver exigência expressa de participação no Conselho. Veja-se que a própria Lei nº 12.353/10¹³ (incidente sobre as empresas estatais da União por previsão do art. 19, §1º, da Lei nº 13.303/16), estabelece em seu art. 5º que as exigências não são aplicáveis às empresas que tenham um número inferior a 200 (duzentos) empregados próprios.

Portanto, em caso de ausência de quadro próprio e em relação aos funcionários terceirizados, parece não haver obrigação legal de garantia de vaga no Conselho de Administração à categoria dos empregados. O que não impede que o estatuto da empresa autorize e regule a participação dos empregados cedidos e terceirizados.

Acerca da participação dos empregados no Conselho de Administração no caso de empresas que não possuem quadro próprio, para a Procuradoria Geral do Estado a questão é de grande complexidade jurídica, uma vez que a existência de quadro próprio é a regra em todas as empresas, sejam estatais ou não, no ordenamento jurídico brasileiro, ressalvado o período inicial da constituição da Companhia. Por outro lado, a representação dos empregados é um mecanismo bastante significativo de governança e deve ser prestigiado. Como o art. 17 tanto no inciso I do caput quanto no § 5º é claro quanto a necessidade de que se obedeça ou os requisitos do inciso I do caput ou se atende os preceitos do § 5º não existindo candidato eleito que atenda os requisitos legais o cargo deverá ficar vago. Afinal, a Lei das Estatais traz requisitos para o representante dos empregados que podem ser cumpridos pelas empresas estatais em situações de normalidade. Deste modo, como as empresas sujeitas aos requisitos da Lei das Estatais que não possuem nenhum empregado em condições de atender os requisitos legais estão em uma situação de anormalidade jurídica a solução mais adequada é deixar o cargo vago até que se candidate um representante dos empregados que atenda a legislação.

12 TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário. Editora Atlas. 7ª Edição, 2016, pg. 567.

13 Esta Lei dispõe sobre a participação de representante dos empregados nos conselhos de administração das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto.

2.10 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 5

a) No caso das empresas que não possuem quadro próprio, seria admitida a participação de empregados cedidos de outras empresas (por exemplo, controladoras)?

Observadas as regras estabelecidas no estatuto da Companhia, não há impedimento de ordem legal a que empregado de controladora seja membro do Conselho de Administração da controlada ou de subsidiária integral, ou vice-versa, considerando o comando do art. 19, que é claro ao garantir a participação dos empregados no Conselho de Administração da entidade, que deve ser regulamentada pela própria empresa.

a) Seria admitida a participação de empregados terceirizados no Conselho?

Em relação aos empregados terceirizados, como as empresas sujeitas aos requisitos da Lei das Estatais que não possuem empregado em condições de atender os requisitos legais estão em uma situação de anormalidade jurídica, a solução mais adequada é deixar o cargo vago até que se candidate um representante dos empregados que atenda a legislação.

2.11 DÚVIDA Nº 6 - FORMA DE COMPROVAÇÃO PRÉVIA, E DE FORMA OBJETIVA, QUE OS CONVÊNIOS OU CONTRATOS DE PATROCÍNIOS “FORTALECEM A MARCA”

A Lei permite às entidades 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 da Lei (art. 27, § 3¹⁴). Como se comprova (objetivamente) o fortalecimento da marca?

A Coordenadoria de Fiscalização se posiciona no sentido de que o modus operandi adotado pela 2ª Inspeção de Controle Externo, para a comprovação objetiva do fortalecimento da marca, é uma boa sugestão. Evidente que podem ser feitas adaptações, tendo em vista a necessidade de observância de que o objeto do referido convênio ou contrato de patrocínio esteja alinhado com a função social da estatal, na realização do interesse coletivo, nos termos do caput do art. 27 da Lei nº 13.303/16.

Nesse sentido, para a comprovação objetiva do fortalecimento da marca, recomendável a observação das normas do regime societário das estatais (Lei nº 13.303/16 e Decreto nº 5.725/16), normas internas das entidades, as melhores práticas

14 Art. 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.

§ 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.

elencadas pelo TCU, nos Acórdãos 2.277/06 e 2.224/05 e o modus operandi adotado pela 2ª ICE do TCE-PR.

O Ministério Público de Contas ratifica a resposta conferida pela unidade técnica para o questionamento, pois amparada em sólida jurisprudência do TCU e em boas práticas administrativas recomendadas pela 2ª Inspeção de Controle Externo.

Para a Procuradoria Geral do Estado, nos termos do art. 27 § 3º da Lei das Estatais, devem ser levados em conta a função social e o interesse coletivo ou o imperativo de segurança nacional que autorizou a sua criação, bem como os documentos de governança e compliance e os procedimentos internos previstos pelas empresas. Assim, marcas que são relevantes para a finalidade de criação da empresa estatal ou que estão ligadas a sua função social enquadram-se neste artigo e podem ser objeto do referido contrato ou convênio de patrocínio.

Deve-se lembrar que nos termos do art. 8º, inciso I¹⁵, da Lei das Estatais, o primeiro documento de transparência obrigatório para as empresas estatais sujeitas a Lei das Estatais é a carta anual de consecução de objetivos de política pública, que deverá explicitar, inclusive por meio de indicadores objetivos, como será alcançada a finalidade de criação da empresa estatal e será cumprida a sua função social.

Portanto, trata-se de critério, que ao menos parcialmente, as normas de governança e compliance da própria Lei das Estatais já trataram de dar algum grau de objetividade. Assim, define-se tanto o âmbito de atividades possíveis quanto os objetivos anuais, podendo-se correlacionar o patrocínio com os critérios objetivos indicados na carta anual. Ainda, deve ser observado o limite máximo de gastos com publicidade previsto no art. 93¹⁶ da Lei das Estatais.

Entretanto, este questionamento se justifica em função das complexidades que a maior liberdade para decisões dos gestores presente na Lei das Estatais traz.

Esse espaço de alguma flexibilidade deve ser entendido como uma faculdade para tomar decisões fundadas em justificativas técnicas adequadas. Como a Lei das Estatais representa um rompimento feito de forma consciente com a disciplina das licitações aplicável a Administração Pública em geral não se deve, ao ver da PGE, reduzir os impactos da norma ao impor-se requisitos e procedimentos da legislação de licitações. Afinal, as licitações foram tratadas de forma exaustiva na Lei das Estatais.

15 Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência:

- elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos;

16 Art. 93. As despesas com publicidade e patrocínio da empresa pública e da sociedade de economia mista não ultrapassarão, em cada exercício, o limite de 0,5% (cinco décimos por cento) da receita operacional bruta do exercício anterior.

Portanto, deve-se fazer um esforço para buscar o maior grau de objetividade possível nas justificativas técnicas, mas a dificuldade eventualmente identificada não deve produzir uma redução no alcance da norma, mas sim corresponder a um maior aprofundamento técnico da justificativa.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO analisa com cautela os contratos de patrocínio, tendo realizado, no ano de 2018, auditoria em instrumentos celebrados por 06 (seis) estatais.

Em que pese tenham sido avençados sob a égide da Lei nº 8.666/93, a Corte de Contas assentou¹⁷ que a Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República (Secom/PR) alterasse seus normativos para apresentar maior detalhamento dos elementos mínimos que devem compor o planejamento de ações de patrocínio, como implementar a obrigatoriedade de transparência das ações de patrocínio, como dispor de informações no site das estatais, incluindo, em especial, a motivação para a seleção do patrocinado, o que denota que a Lei das Estatais está em consonância com jurisprudência do TCU, no que concerne a um maior controle e cautela sobre os contratos de patrocínio celebrados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

2.12 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 6

A Lei permite a celebração de convênios ou contratos 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, as normas do regime societário das estatais (Lei nº 13.303/16 e Decreto nº 5.725/16), normas internas das entidades e também as melhores práticas elencadas pelo Tribunal de Contas da União, nos Acórdãos 2.277/2006-Plenário e 2.224/2005 - Segunda Câmara, a saber:

- 1) Análise prévia das propostas de patrocínio feita com base em critérios objetivos, demonstrando coerência entre o critério de seleção e os objetivos da empresa;
- 2) Demonstração da relação custo-benefício do patrocínio a ser concedido, indicando o retorno mercadológico ou financeiro a ser obtido (TCU);
- 3) Demonstração do interesse da entidade patrocinadora no ramo ou segmento patrocinado (TCU);
- 4) Razão da escolha do patrocinado (art. 26, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 8.666/93; art. 35, §4º, inciso VI, da Lei estadual nº 15.608/2007);
- 5) Justificativa do preço do contrato, contendo, inclusive, o detalhamento dos custos do patrocinado (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93; art. 35, §4º, inciso VIII, da Lei estadual nº 15.608/2007);
- 6) Justificativa da inexigibilidade de licitação (art. 38, inciso VI, da Lei nº 8.666/93; art. 55, inciso I, da Lei estadual nº 15.608/2007);
- 7) Apresentação de documentos de habilitação jurídica para a formalização do contrato (art. 29 da Lei 8.666/93; art. 74 da Lei estadual nº 15.608/2007; art. 28, § 1º, da IN SECOM-PR nº 01/2009);

17 Acórdão n.º 2.770/2018 – Plenário.

8) Apresentação de documentos de regularidade fiscal e trabalhista para a formalização do contrato (art. 28 da Lei 8.666/93; art. 75 da Lei estadual nº 15.608/2007; art. 28, § 1º, da IN SECOM-PR nº 01/2009);

9) Acompanhamento da execução do contrato, com a exigência de apresentação de relatórios analíticos de prestação de contas, pela patrocinada, sem prejuízo de outras medidas de controle que julgar pertinentes (TCU; art. 58, inciso III, e art. 67 da Lei nº 8.666/93; art. 97, inciso III, da Lei estadual nº 15.608/2007).

Ainda, em cumprimento ao inc. I do art. 8º da Lei 13.303/16, as empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão, ao observar os requisitos de transparência, elaborar carta anual de consecução de objetivos de política pública, que deverá explicitar, inclusive por meio de indicadores objetivos, como será alcançada a finalidade de criação da empresa estatal e como será cumprida a sua função social.

Por fim, deve ser observado o limite máximo de gastos com publicidade previsto no art. 93 da Lei das Estatais (0,5% da receita operacional bruta do exercício).

2.13 DÚVIDA Nº 7 - POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS NORMAS DE LICITAÇÃO EXISTENTES (LEI Nº 8.666/03, LEI Nº 10.520/02 E LEI ESTADUAL Nº 15.608/07)

Após a adoção da Lei nº 13.303/16, as licitações seguirão os procedimentos nela previstos nos arts. 28¹⁸ e seguintes. Afora os aspectos mencionados expressamente na Lei, como desempate e normas de caráter penal, a Lei nº 8.666/93, Lei 10.520/02 e a Lei Estadual nº 15.608/07 poderão ser aplicadas subsidiariamente, considerando que não há vedação expressa para tal aplicação?

Uma questão que merece relevo trata da aplicação subsidiária ou não da Lei nº 8.666/93 às licitações das empresas estatais. A discussão é importante visto que a Lei das Estatais é uma legislação recente, com grande impacto econômico e gerencial, sendo muito previsível, na gênese de sua aplicação, dificuldades práticas, o que pode demandar integração de fontes.

A unidade de fiscalização da Corte de Contas entende que a Lei nº 13.303/16 possui um regramento próprio para as estatais, o qual inova e incorpora uma série de medidas que já estavam contempladas em outras normas. No inciso IV do art. 32, determina a adoção preferencial do pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, ou seja, a aplicação subsidiária da Lei nº. 10.520/02. Também defende que nada impede a aplicação subsidiária, pelas estatais, de outras normas do ordenamento jurídico brasileiro, desde que não haja conflito com a Lei nº 13.303/16, cujas determinações prevalecerão, pelo princípio da especialidade.

18 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.

Correta a resposta sugerida pela COFIE, segundo posicionamento do parquet especializado. Lembrou ainda que a Lei nº 13.303/16 não fixou modalidades de licitação estáticas, o que está em sintonia com o ideário geral da legislação, comprometido em conferir mais dinamicidade às empresas estatais. Cada empresa deverá publicar e manter atualizado seu regulamento interno de licitações e contratos (art. 40 da Lei nº 13.303/16).

Referente à possibilidade de aplicação subsidiária das normas da Lei Federal de Licitações (Lei Federal nº 8666/1993), Lei Estadual de Licitações (Lei Estadual nº 15608/07) e Lei do Pregão (Lei Federal nº 520/02) (dúvida 07), a

Procuradoria do Estado relata que a pergunta é sem dúvida extremamente relevante e deve ser esclarecida de forma a orientar a aplicação adequada da Lei das Estatais na disciplina dos procedimentos licitatórios.

Esclarece a PGE que a Lei das Estatais regulou um procedimento licitatório próprio em que não cabe a aplicação subsidiária da Lei de Licitações e Contratos Administrativos Federal (Lei 8666/1993) ou Estadual (Lei 15608/2007), ressalvada alguma situação excepcionalíssima. As situações que não têm regulamentação expressa na Lei das Estatais devem ser entendidas como um espaço para que cada empresa regule autonomamente seu procedimento interno de forma a concretizar os documentos de governança e compliance e desenhar procedimentos eficientes e próprios ao seu mercado e a sua realidade. Assim, a ausência de menção a requisito presente na Lei de Licitações Federal (Lei 8.666/1993) ou Estadual (Lei Estadual nº 15.608/2007) deve ser entendida como a possibilidade de que cada empresa defina o procedimento mais adequado através do seu regulamento interno.

Por outro lado, a questão da Lei 10.520/02, que trata do pregão, é diversa no sentido do procedimento de pregão e da própria Lei terem recebido menção expressa no art. 32, IV da Lei das Estatais. Desta forma, o uso dos procedimentos do pregão, em especial os previstos no art. 4º, devem ser seguidos pelas empresas estatais, ressalvada a existência de algum dispositivo que se mostre contrário à disposição expressa ou mesmo ao espírito da Lei das Estatais.

A respeito da possibilidade de aplicação subsidiária das normas de licitação existentes, O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO SÃO PAULO, ao tratar de exame prévio de edital de licitação, do tipo menor preço, elaborado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ, cujo objeto foi a prestação de serviços técnicos especializados de arquitetura e engenharia para elaboração do projeto básico da linha entre estações, decidiu que se mostra inadequada a adoção do menor preço para serviços de natureza eminentemente intelectual, ainda que sob a égide da Lei Federal nº 13.303/2016, aplicando-se subsidiariamente, para definição de tal conceito, a norma geral da Lei federal nº 8.666/93. (Processo: TC-012599.989.20-9; Sala das Sessões, 26 de agosto de 2020, Representante: Sindicato Nacional das Empresas de

Arquitetura e Engenharia Consultiva; Representada: Companhia do Metropolitan de São Paulo – Metrô; Relator: Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo).

Já a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, de forma divergente entende, nos termos do Parecer nº 17.551/19¹⁹, que:

SUBSECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO CENTRAL DE LICITAÇÕES (CELIC). COMPANHIA DE GÁS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (SULGÁS). LICITAÇÃO. ALIENAÇÃO DE BENS INSERVÍVEIS. PROCESSO LICITATÓRIO. EMPRESAS ESTATAIS. LEI 13.303/2016.

1. A Lei nº 13.303/16 não concede margem ao gestor para que utilize as modalidades de licitação oriundas da Lei nº 8.666/93, uma vez que as contratações deverão ser realizadas pela modalidade pregão quando houver necessidade de aquisição de bens e serviços comuns e, nas demais hipóteses, deverá ser utilizado “procedimento de licitação” nos termos da própria lei (art. 28) e dos regulamentos internos.

2. Embora a Lei das Estatais tenha sofrido importante influência da Lei de Licitações, não se pode cogitar da aplicação subsidiária, como regra.

3. A Central de Licitações – CELIC – não poderá realizar processo licitatório para empresas públicas e sociedades de economia mista com base nos procedimentos da Lei nº 8.666/93.

4. A realização de licitações das empresas públicas e das sociedades de economia mista pela CELIC, com os procedimentos das Lei nº 13.303/16 e dos regimentos internos, é matéria atinente à conveniência e à oportunidade, não havendo, na legislação estadual, obrigação ou vedação de tal encargo.

Ressalta-se o entendimento de Marçal Justen Filho a respeito da questão da aplicabilidade subsidiária da Lei nº 8.666/93:

Não é cabível estabelecer um postulado geral de que a Lei 8.666 aplica-se subsidiariamente em face da disciplina da Lei 13.303/2016. Existem diferenças muito relevantes entre as finalidades de ambos os diplomas e em vista da característica das contratações promovidas nas diversas *órbitas*. Justamente por isso, a Lei 13.303/2016 deixou de disciplinar certas situações para remeter a solução para o caso concreto, instituindo uma margem de autonomia para o gestor da empresa estatal.

Isso não implica negar a possibilidade de que, como exceção e em situações específicas, a Lei 8.666 seja aplicada para suprir uma omissão, nos casos em que existir identidade de pressupostos, de finalidade e de conteúdo das situações disciplinadas. Um exemplo encontra-se abaixo exposto e se refere ao previsto no §1º do art. 13 da Lei 8.666, que se aplica no *âmbito* das contratações diretas das empresas estatais. (...)

Em outros casos, há identidade entre as regras das Leis 8.666 e 13.303/2016, o que pode autorizar a aplicação da Lei das Estatais segundo o entendimento já consagrado relativamente à Lei de Licitações. Assim se passa nos casos de dispensa de licitação referidos no art. 29 da Lei 13.303/2016.”²⁰

2.14 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 7:

A Lei nº 13.303/16 representa um marco ao dar mais dinamicidade e um regramento próprio para as estatais.

A respeito da aplicação subsidiária das normas de licitação existentes, entende-

¹⁹ In <http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa17551.pdf>

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Lei 13.303/2016 – Lei das Estatais – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 288.

se que não há impedimento quanto à aplicação em situações excepcionais, como no caso de uma omissão, desde que não haja conflito com a Lei nº 13.303/16, cujas determinações prevalecerão, pelo princípio da especialidade.

Com o advento da Lei das Estatais, estas não utilizam mais as modalidades de licitação contidas na Lei nº 8.666/93, como a concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. A Lei nº 13.303/16 definiu, em seu artigo 32, IV, a adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão para a contratação de serviços comuns, instituída pela Lei nº 10.520/02.

Já para a aquisição de bens não considerados comuns, deverão ser observados os Procedimentos de Licitação contidos no artigo 51 e seguintes da referida Lei, sendo definido se haverá inversão de fases, o modo de disputa e o critério de julgamento.

Contudo, as situações que não têm regulamentação consignada na Lei das Estatais devem ser entendidas como um espaço para que cada empresa regule, através de seu procedimento interno de licitações e contratos, desenhando procedimentos eficientes e próprios ao seu mercado e a sua realidade.

2.15 DÚVIDA Nº 8 - POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DOS VALORES DE DISPENSA DE LICITAÇÃO PREVISTA NO §3º DA LEI 13.303/16

O art. 29, Incisos I e II²¹ da Lei 13.303/16, estabelece a dispensa de realização de licitação nos casos de contratações com valores inferiores aos ali dispostos. Não obstante, a redação do §3²², também do Art. 29, possibilita alteração dos valores mencionados para refletir a variação de custos, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade. Diante disso, essas alterações poderão estabelecer patamares superiores aos definidos nos Incisos I e II já no momento da contratação ou somente poderão ocorrer para aplicação da correção inflacionária ou variação de custos? Quais os parâmetros que deverão ser observados para essas alterações?

Ainda, considerando a fiscalização realizada pelo Tribunal de Contas do Paraná, pautada no art. 74 da Constituição do Estado do Paraná, que se utiliza de sistemas informatizados que necessitam de parâmetros para seu funcionamento, será o caso de estabelecimento de valores únicos pelo Estado do Paraná através de regulamentação própria? Em não havendo adoção de parâmetros únicos pelo Estado do Paraná, o Tribunal de Contas poderá deixar de aplicar o mencionado §3º do art. 29 da Lei 13.303/16 que admite valores diferenciados para cada sociedade, com

21 Art. 29. I - para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; II - para outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez;

22 Art. 29. § 3º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput podem ser alterados, para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade.

fundamento no art. 41²³ da Lei Complementar 113/05 e na Súmula 374 do Supremo Tribunal Federal?

A Coordenadoria de Fiscalização Estadual – COFIE entende que a redação do § 3º do art. 29 indica que, por deliberação do conselho de administração da estatal, os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput, para a dispensa de licitação, podem sim ser alterados, mas apenas com o objetivo de atualização constante desses valores, refletindo a variação de custos, admitindo-se, inclusive, valores diferenciados para cada sociedade. Para a unidade administrativa, a interpretação lógica é que essas alterações somente poderão ocorrer para aplicação da correção inflacionária ou variação de custos, uma vez que a intenção do legislador foi no sentido de que essa lei seja sempre dinâmica e atual, evitando uma desvalorização ou defasagem acentuada desses patamares, como se observa na Lei nº 8.666/93, cuja última alteração significativa ocorreu no ano de 1998.

O Ministério Público de Contas corrobora o posicionamento acima, ao considerar que a redação do dispositivo (art. 29, § 3º, da Lei nº 13.303/16) é clara ao condicionar a mudança dos valores de dispensa à variação de custos. Assim, não há ampla margem discricionária para definição de novos patamares para dispensa, mas apenas para ajustar o parâmetro legal (art. 29, I e II, da Lei nº 13.303/16) às variações de custos verificadas no período, notadamente as perdas inflacionárias.

Todavia, recomenda que o conselho de administração deverá justificar de maneira robusta as causas da modificação, os índices adotados e os novos valores fixados. A motivação da decisão se mostra ainda mais pertinente, já que a Lei não fixa os critérios que deverão ser observados por cada entidade. Cada empresa, portanto, deverá justificar a pertinência dos critérios adotados para a mudança, que não poderá ser realizado no momento da contratação, mas previamente, em sessão do Conselho de Administração.

Quanto às demais dúvidas suscitadas no item, defende que não se vislumbra pertinência com o escopo legal da Consulta, já que se referem a questões administrativas que deverão ser enfrentadas pela direção da Corte para viabilizar o controle das entidades sujeitas ao regime da Lei das Estatais.

A Procuradoria Geral do Estado defende que a faculdade de alteração prevista no § 3º do artigo 29 deve ser exercida pelo Conselho de Administração de cada empresa estatal e, após a deliberação, o valor atualizado deverá ser inserido nos regimes internos.

Ainda, seria lícito atualizar cada um dos incisos do art. 29 da Lei das Estatais por índices diversos, por exemplo os serviços pelo IPCA e obras pelo CUB- PR. Deste modo, é competência exclusiva do Conselho de Administração, na visão da PGE optar:

23 Art. 41. A decisão do Tribunal Pleno, em processo de consulta, tomada pelo quórum qualificado a que se refere o art. 115 desta lei, tem força normativa, constitui prejulgamento de tese e vincula o exame de feitos sobre o mesmo tema, a partir de sua publicação.

- i) pela não atualização dos valores;
- ii) pela atualização monetária por um índice de inflação como por exemplo o IPCA;
- iii) por um índice de variação de custos do setor ou da atividade exercida pela Companhia. A Fundação Getúlio Vargas, por exemplo, elabora índices de ampla utilização como o IGP-M e oferece índices setoriais customizados para diversos setores da atividade econômica.

Assim, um índice setorial aplicável a uma empresa de energia como a COPEL não precisa ter identidade com índices do setor portuário ou do setor de saneamento, o que fará com que cada empresa tenha um valor diferente para dispensa de licitação. Neste contexto, não seria lícito ao Estado do Paraná, sob pena de eventual caracterização de abuso do controlador nos termos do art. 15 da Lei das Estatais, impor índice único de correção de uso obrigatório pelas empresas estatais estaduais.

2.16 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 8

Os valores estabelecidos para a dispensa de licitação, previstos nos incisos I e II do art. 29 da Lei das Estatais, podem ser alterados, por deliberação do Conselho de Administração da estatal, apenas com o objetivo de aplicação da correção inflacionária ou variação de custos, admitindo-se, inclusive, valores diferenciados para cada sociedade.

Cada empresa deverá justificar a pertinência dos critérios adotados para a mudança, que não poderá ser realizado no momento da contratação, mas previamente, em sessão do Conselho de Administração, por ato devidamente justificado, de maneira robusta as causas da modificação, os índices adotados e os novos valores fixados.

Por fim, destaca-se que também é competência exclusiva do Conselho de Administração optar pela não atualização dos valores.

Em relação ao estabelecimento de valores únicos pelo Estado do Paraná, não seria lícita a imposição de limitações não previstas na própria Lei. A Lei das Estatais tratou da variação dos custos autorizando a adoção de soluções personalizadas, de acordo com as circunstâncias do mercado e das características das contratações de cada setor de atividades exploradas pelo ente submetido à sua aplicação. Portanto, a adoção de parâmetro único pelo Estado vai contra o que pretende a Lei.

Por fim, ressalta-se que a faculdade dada aos entes estatais encontra limites, pois não se admite a alteração do valor legal de referência baseado em um juízo meramente de conveniência e/ou oportunidade, devendo ser demonstrado que os custos envolvidos na contratação que se pretende realizar sofreram efetivas variações de custos a ser comprovada e documentada, mediante estudos técnicos, objetivamente aferíveis.

2.17 DÚVIDA Nº 9 - COMPROVAÇÃO DE EXCLUSIVIDADE NAS CONTRATAÇÕES DIRETAS

Para as contratações diretas verificadas nos art. 30, I²⁴, da Lei 13.303/16, como deve ser comprovada a exclusividade uma vez que o dispositivo não reproduz a exigência da lei geral de licitações? Seriam os mesmos parâmetros definidos pela jurisprudência em relação à Lei 8.666/93? O dispositivo não previu a “vedação de marcas” com isso passa a ser permitida a escolha de marcas?

Para a contratação direta verificada no art. 30, II, embora inexistente disposição expressa, exige-se também que o objeto seja singular, tal como entende a jurisprudência para os mesmos casos admitidos pela Lei 8.666/93?

Ainda nos casos de contratação direta, a Lei nº 13.303/16 não previu a hipótese de “contratação do setor artístico”, como ocorre no Art. 25 da Lei nº 8.666/93. Diante disso, é possível ser realizado esse tipo de contratação?

A pergunta se ocupa da comprovação de exclusividade do fornecedor, vedação de marca, objeto singular e contratação do setor artístico.

A Coordenadoria defende que o motivo para o dispositivo da Lei nº 13.303/16 não ter reproduzido a exigência da lei geral de licitações, ao não prever a vedação de marcas, nem exigir que o objeto seja singular é em decorrência do fato de as estatais, principalmente as econômicas, poderem competir em igualdade de condições com as empresas privadas, ou seja, uma maior preocupação substancial do que formal.

Todavia, os mesmos parâmetros objetivos, definidos pela jurisprudência, em relação à Lei nº 8.666/93, por se tratar de uma lei geral, podem sim ser utilizados para a comprovação da exclusividade. Ademais, ainda que não prevista a hipótese de “contratação do setor artístico” no rol do inciso II, do art. 30, da Lei nº 13.303/16, é possível sim a realização desse tipo de contratação direta, por inexigibilidade, utilizando como fundamento o caput do artigo 30, desde que fique caracterizada a inviabilidade de competição.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas argumentou no sentido de ser correta a orientação da unidade técnica. A despeito de a Lei nº 13.303/16 não possuir previsão relativa à vedação de escolha de marca, nota-se que o pressuposto para a inexigibilidade de licitação é a inviabilidade de licitação. Assim, permanece,

24 Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de: I - aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo; II - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

ainda que tácita, a impossibilidade de escolha discricionária de fornecedor por mera preferência de marca. Como uma das hipóteses de inviabilidade de competição é exatamente a exclusividade de fornecedor, é possível a utilização dos padrões adotados pela jurisprudência para a certificação da exclusividade.

Ainda, ressalta que a própria Lei nº 13.303/16 delimita rigorosamente as hipóteses em que a indicação de marca ou modelo pode ser realizada. São elas (art. 47, I):

- 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.

Reitere-se, portanto, que não se trata de competência discricionária, mas restrita às hipóteses previstas no art. 47, I, da Lei nº 13.303/16. A legislação também prevê que, mesmo no caso de indicação de marca ou modelo, poderá ser solicitada amostra do bem, bem como certificação de qualidade (art. 47, II, III e parágrafo único, da Lei nº 13.303/16).

Com relação à contratação direta prevista no art. 30, II, da Lei nº 13.303/16, não há exigência de que o objeto seja singular, motivo pelo qual não se admite a transposição automática do requisito previsto na Lei nº 8.666/93.

Por fim, a contratação de serviços do setor artístico submete-se à regra geral de observância do procedimento licitatório, inclusive prevendo o art. 54, V, da Lei nº 13.303/16, o melhor conteúdo artístico como critério de julgamento do certame.

No entanto, como não há vedação expressa à contratação de serviços do setor artístico, é possível a contratação deste segmento por inexigibilidade, desde que inviável a competição. Pontue-se que há vedação explícita à contratação direta apenas em relação a serviços de publicidade e divulgação.

Já a Procuradoria do Estado argumenta, a respeito da questão da comprovação de exclusividade nas contratações diretas, que se deve considerar a premissa de que a Lei das Estatais tratou do assunto de forma expressa, não cabendo a utilização da disciplina da Lei de Licitações, que foi expressamente rejeitada pelo legislador.

Entretanto, como a Lei das Estatais exigiu que seja comprovado que o “trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato – o que é equivalente na visão da doutrina à expressão “singular” utilizada pela legislação de licitações para a Administração Pública em geral podem ser utilizados os mesmos critérios prevalentes quando da aplicação da Lei de Licitações Federal (Lei 8666/1993) ou Estadual (Lei Estadual nº 15608/2007).

Quanto à ausência de proibição expressa de escolha de marcas, deve-se entender que a Lei das Estatais optou pelo critério anterior como suficiente para autorizar a contratação direta por inexigibilidade de licitação.

Por fim, a contratação do setor artístico prevista no art. 25 da Lei Federal de Licitações e não mencionada expressamente na Lei das Estatais seria possível se for configurada a inviabilidade de competição, uma vez que os itens enumerados posteriormente devem ser entendidos como meramente exemplificativos, como se depreende da expressão – em especial – presente no caput do artigo 30 da Lei das Estatais.

2.18 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 9:

A sugestão é que o Tribunal de Contas do Estado do Paraná responda, em tese, nos seguintes termos:

a) A comprovação de exclusividade do fornecedor pode ser feita se utilizando dos mesmos parâmetros objetivos definidos pela jurisprudência, em relação à Lei nº 8.666/93, por se tratar de uma lei geral.

b) Quanto à escolha de marca, a despeito de a Lei nº 13.303/16 não possuir previsão relativa à sua vedação, o pressuposto para a inexigibilidade de licitação é a inviabilidade de licitação, de modo que permanece, ainda que tácita, a impossibilidade de escolha discricionária de fornecedor por mera preferência de marca. Entretanto, como uma das hipóteses de inviabilidade de competição é exatamente a exclusividade de fornecedor, é possível a utilização dos padrões adotados pela jurisprudência para a certificação da exclusividade.

Destaca-se que a própria Lei nº 13.303/16 delimita rigorosamente as hipóteses em que a indicação de marca ou modelo pode ser realizada. São elas (art. 47, I):

- 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.

A legislação também prevê que, mesmo no caso de indicação de marca ou modelo, poderá ser solicitada amostra do bem, bem como certificação de qualidade (art. 47, II, III e parágrafo único, da Lei nº. 13.303/16).

a) Com relação à contratação direta prevista no art. 30, II, da Lei nº 13.303/16, não há exigência de que o objeto seja singular, motivo pelo qual não se admite a transposição automática do requisito previsto na Lei nº 8.666/93.

Entretanto, como a Lei das Estatais exigiu que seja comprovado que o “trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do

contrato” o que é equivalente na visão da doutrina a expressão – singular – utilizada pela legislação de licitações para a Administração Pública em geral podem ser utilizados os mesmos critérios prevalentes quando da aplicação da Lei de Licitações Federal (Lei 8666/1993) ou Estadual (Lei nº 15608/2007).

A singularidade tratada pela inexigibilidade da Lei nº 13.303/2016 não se fundamenta, exclusivamente, na busca pela unicidade de agentes aptos a prestação dos serviços ou bens, hipótese contida no inc. I do art. 30. Ou seja, mesmo existindo pluralidades de agentes aptos a prestar o serviço, o objeto pode apresentar singularidade que tornam impossível a Administração definir critérios objetivos apropriados para selecionar o profissional ou a empresa com capacidade e especialidade suficientes à execução dos serviços. Nestas situações, a Administração necessitará demonstrar a impossibilidade de definição dos critérios objetivos e que o trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

a) A contratação de serviços do setor artístico submete-se à regra geral de observância do procedimento licitatório, inclusive prevendo o art. 54, V, da Lei nº 13.303/16, o melhor conteúdo artístico como critério de julgamento do certame. Todavia, é possível por inexigibilidade de licitação, ainda que não prevista no rol do inciso II, do art. 30, da Lei nº 13.303/16, utilizando como fundamento o caput do artigo 30, desde que fique caracterizada a inviabilidade de competição.

2.19 DÚVIDA Nº 10 - ELEMENTOS DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL NA CONTRATAÇÃO DIRETA

Observada a resposta da Dúvida de nº 07, pergunta-se: os elementos de instrução dos processos de contratações previstos no art. 30, §3²⁵ da Lei 13.303/16, devem ser cumulados com os previstos no art. 35, §4^o da Lei 15.608/07, posto que esse último dispositivo possui um rol maior de elementos necessários?

A COFIE entende que essa suposta cumulação seria uma lógica inversa ao objetivo da lei das estatais, uma vez que a mesma procura simplificar e tornar o processo o menos formal possível, na busca pela agilidade exigida pelo mercado competitivo. Assim, os elementos de instrução processual, no processo de contratação direta, se restringem ao disposto no art. 30, §3^o, da Lei nº 13.303/16.

O Ministério Público entende que não há qualquer fundamento legal a autorizar a exigência acumulada dos requisitos da Lei nº 13.303/16 (art. 30, §3^o) com os requisitos da Lei Estadual nº 15.608/07 (art. 35, § 4^o) para a realização de contratação direta. Assim, a resposta ao questionamento deve ser negativa, sedimentando-se a

25 Art. 30. § 3^o O processo de contratação direta será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
II - razão da escolha do fornecedor ou do executante;
III - justificativa do preço.

compreensão de que as contratações diretas realizadas com base na Lei nº 13.303/16 deverão observar apenas as exigências nela previstas.

A Procuradoria Geral defende que a cumulação de requisitos mencionada na pergunta implicaria clara afronta ao texto do § 3º do art. 30 Lei das Estatais sendo, portanto, vedada. Assim, devem ser exigidos como elementos obrigatórios apenas os constantes do § 3º do art. 30 Lei das Estatais, cabendo às empresas estatais, se assim entenderem, incluir requisitos.

Por outro aspecto, diz que a maior flexibilidade de formas de comprovação não afasta a necessidade de que seja suficientemente comprovada a situação que enseja a contratação direta, com os documentos que forem cabíveis no caso concreto. Portanto, permanece a exigência de que a situação seja suficientemente justificada, mas não há mais documento obrigatório ou forma única de comprovação, devendo ser aceito documento diverso dos que eram utilizados na legislação de licitações, desde que seja idôneo para comprovar a situação em questão.

2.20 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 10

Os elementos de instrução processual, no processo de contratação direta, são aqueles dispostos no artigo 30, §3º, da Lei nº 13.303/16:

- § 3º. O processo de contratação direta será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
- I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
 - II – razão da escolha do fornecedor ou do executante;
 - III – justificativa do preço.

Cabe às empresas estatais, se assim julgarem necessário, incluir requisitos adicionais em seus regulamentos internos.

2.21 DÚVIDA Nº 11 - REMUNERAÇÃO VARIÁVEL NA CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS, INCLUSIVE DE ENGENHARIA – OPERACIONALIZAÇÃO

O art. 45²⁶ da Lei 13.303/16, prevê que na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Como operacionalizar tal forma de remuneração sem violar as regras legais e contratuais? Quais seriam os parâmetros?

Jessé Torres Pereira Junior²⁷ leciona que a remuneração variável é uma fórmula que premia o desempenho e estimula a eficiência, compondo-se, em verdade, com

26 Art. 45. Na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Parágrafo único. A utilização da remuneração variável respeitará o limite orçamentário fixado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista para a respectiva contratação.

27 In http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/ANEXO_1_9_01.pdf.

os paradigmas que distinguem a gestão pública dita pós-moderna, nos estados democráticos de direito.

Para ele, não se vislumbra ofensa aos princípios da impessoalidade e do julgamento objetivo na medida em que a aplicação da figura cumpra as premissas e os critérios técnicos estabelecidos em normas gerais, traduzidos nos respectivos projetos e editais. Até porque a adoção da fórmula depende da demonstração e da mensuração adequadas dos riscos tanto pela Administração quanto pelas sociedades empresárias que se disponham a contratar nesses termos, a todas impondo rigor de aferição, sujeitas aos mesmos riscos assim medidos e codificados em metas e bônus, nos limites do orçamento público.

A Coordenadoria entende que a operacionalização da remuneração variável na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, deve ser de forma clara e objetiva, definida no instrumento convocatório e no contrato, em virtude do atendimento de determinadas metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega, previamente definidos, por parte da Estatal e com a concordância do contratado, sendo indispensável que as exigências estabelecidas resultem em benefícios efetivos e úteis, no sentido do atingimento da função social da estatal.

Assim, essa remuneração variável deve respeitar o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação, bem como ser motivada, demonstrando-se quais são as metas que representam vantagens adicionais à administração, passíveis de um bônus premial para o contratado, sendo que, na hipótese do mesmo não atingi-las, não se configura um inadimplemento contratual, uma vez que se trata de uma espécie de cláusula de risco. Todavia, caso o contratado não cumprir as condições mínimas de qualidade, declaradas na referida cláusula, serão impostas as sanções correspondentes.

Quanto ao tema, o Ministério Público de Contas entende que a resposta está expressa na própria legislação: a operacionalização da remuneração variável será realizada pelo instrumento convocatório e pelo contrato, que poderão definir remuneração variável mediante o cumprimento de metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade e prazos de entrega. Trata-se de contratação de risco, que estimula o contratado a alcançar níveis maiores de eficiência para que seu ganho seja majorado – naturalmente dentro do valor global do objeto licitado e dos limites orçamentários do ente.

As condições específicas da remuneração variável levarão em consideração as peculiaridades do objeto a ser contratado, sendo inviável e até indesejável defini-las no âmbito desta Consulta. Ademais, não se vislumbra qualquer ilegalidade neste modelo remuneratório.

Acerca da remuneração variável na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, a Procuradoria coloca que a operacionalização do contido no art. 45 da

Lei das Estatais não deve produzir maiores dificuldades uma vez que a remuneração variável já é comum em contratos de concessão em geral. Ademais, com a exigência de utilização da matriz de risco o planejamento da utilização da remuneração variável fica facilitado, uma vez que identificados os riscos presentes, a sua probabilidade de ocorrência e o seu impacto na contratação, é possível antever qual risco precisa ser mitigado com um incentivo via bonificação ou sanção contratual.

Os parâmetros que podem ser objeto da remuneração variável são: metas (relacionadas ao próprio objetivo ou objeto da contratação), padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega. A sua utilização deve ser justificada e, como já indicado, existindo uma matriz de risco a justificativa deve ser harmônica com esta. Não há razão para violação das regras contratuais, uma vez que obrigatoriamente a regra acerca da remuneração variável constará do instrumento convocatório. Após a justificativa técnica, por exemplo, pode-se inserir cláusula contratual prevendo que a remuneração será acrescida ou reduzida em determinados percentuais. Mantendo o exemplo, pode-se pensar em percentuais relacionados à antecipação de dias para entrega com relação a data máxima constante do contrato (5% se antecipar em 2 dias e 10% se antecipar em mais de 2 dias).

Para fins de respeito ao parágrafo único do referido artigo 45 da Lei das Estatais, deve ser levado em conta para a análise orçamentária o valor máximo a ser pago se a totalidade da remuneração variável for atingida pelo contratante.

Traz-se à colação jurisprudência do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO versando sobre remuneração vinculada ao desempenho com a contratação de serviços advocatícios em que o contratado anui ao recebimento de determinado percentual de honorários, caso obtenha sucesso no processo (contrato de risco):

Não discordo da unidade técnica quando aponta que a remuneração recebida pela empresa [...] foi elevada em relação ao trabalho desenvolvido. No momento das tratativas entre a CBTU e a empresa [...], não se sabia quanto tempo iria levar a conclusão do processo, nem, muito menos, qual a decisão da Secretaria da Receita Federal. Assim, os acontecimentos futuros eram completamente imprevisíveis, tanto que o contrato previa remuneração apenas em caso de sucesso da demanda. Ou seja, tratava-se de típico contrato de risco.

Nesses casos, é natural que, havendo sucesso na empreitada, a remuneração do contratado seja elevada e, eventualmente, desproporcional ao serviço prestado, pois o contratado assume, para si, todos os ônus do insucesso, adiantando despesas e arcando integralmente com os custos associados ao serviço, na expectativa de auferir o prêmio oferecido

Se, ao final do processo, nada fosse obtido, isto é, se a decisão da Receita Federal fosse desfavorável à CBTU ou, ainda que favorável, demorasse muitos anos, a empresa contratada poderia ter prejuízo.

Ora, para uma empresa que celebra contratos de risco, a remuneração auferida naqueles contratos em que se obtém sucesso deve necessariamente ser elevada, justamente para compensar o prejuízo incorrido nos outros contratos em que resultado pretendido é frustrado.

Também para o contratante, naqueles casos em que prepondera a incerteza

de sucesso da demanda, o contrato de risco revela-se proveitoso, pois ele nada desembolsa pelo serviço prestado, somente comprometendo-se a partilhar com o contratado o eventual resultado favorável.

Por isso, não se pode avaliar se o prêmio foi excessivo a partir de análise posterior.” (Acórdão nº 589/2004 - Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Processo nº 008.746/2000-4).

2.22 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 11

É possível a remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, desde que estabelecida forma clara e objetiva no instrumento convocatório e no contrato, devendo ser utilizada, em seus anexos, matriz de risco²⁸ do planejamento, permitindo assim a identificação, a título de exemplos, das metas relacionadas ao próprio objetivo ou objeto da contratação, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega, a sua probabilidade de ocorrência e o seu impacto na contratação, prevendo-se um incentivo, via bonificação ou sanção contratual.

Por fim, em atenção ao parágrafo único do art. 45 da norma em comento, deve ser levado em conta para a análise orçamentária o valor máximo a ser pago se a totalidade da remuneração variável for atingida pelo contratante.

2.23 DÚVIDA Nº 12 - CERTIFICAÇÃO DA QUALIDADE DO PRODUTO OU DO PROCESSO DE CERTIFICAÇÃO

De acordo com o art. 47, III²⁹ da Lei 13.303/16, a entidade poderá solicitar certificação da qualidade do produto ou do processo de certificação, inclusive ambiental, por instituição previamente credenciada. A instituição previamente credenciada deve ser necessariamente pública? O credenciamento deve ocorrer perante quais órgãos ou instituições para ser reconhecido?

A COFIE entende que a instituição certificadora pode ser pública ou privada, desde que seja um dos Organismos de Certificação de Produto – OCP acreditado pelo Inmetro, o qual é reconhecido internacionalmente como o organismo de acreditação brasileiro. O Inmetro - Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia, junto com a ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas, o IPEM – Institutos Estaduais de Pesos e Medidas e outros órgãos fazem parte do Sinmetro - Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial.

O Ministério Público de Contas ratifica a resposta oferecida pela COFIE.

Já a Procuradoria Geral do Estado do Paraná, de forma diversa, constata que

28 Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:
I - o instrumento convocatório deverá conter:

(...)
matriz de riscos;

29 Art. 47. A empresa pública e a sociedade de economia mista, na licitação para aquisição de bens, poderão:
III - solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por instituição previamente credenciada.

a certificação não precisa ser feita por instituição pública, bastando que se trate de instituição idônea e devidamente reconhecida para o processo de certificação. Em relação a quem deve proceder ao processo de credenciamento, nota-se que é atribuição da própria empresa estatal, que quanto a um determinado tipo de certificação, como a ambiental quanto ao correto tratamento de resíduos sólidos, deve-se credenciar as instituições que serão consideradas idôneas para esta tarefa nas aquisições da empresa estatal.

2.24 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 12

A certificação deve ser de um organismo, público ou privado, de certificação de produto acreditado pelo Inmetro, o qual é reconhecido internacionalmente como o organismo de acreditação brasileiro.

O Inmetro - Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia, junto com a ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas, o IPEM – Institutos Estaduais de Pesos e Medidas e outros órgãos fazem parte do Sinmetro - Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial.

Ademais, há que se ter em mente que a limitação da certificação apenas por organismos públicos poderia estreitar sobremaneira o espectro de produtos hábeis a integrar as propostas dos licitantes ou, até mesmo, inviabilizar totalmente um certame, quando não existir organismo público certificador de um determinado e específico produto.

2.25 DÚVIDA Nº 13 - MODO DE DISPUTA ABERTO - REINÍCIO DA DISPUTA ABERTA, PARA DEFINIÇÃO DAS DEMAIS COLOCAÇÕES – FACULTATIVO OU OBRIGATÓRIO?

O art. 53, II³⁰, da Lei 13.303/16, prevê que quando for adotado o modo de disputa aberto, poderá ser admitido o reinício da disputa aberta, após a definição do melhor lance, para definição das demais colocações, quando existir diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o subsequente. O reinício da disputa aberta, para definição das demais colocações é facultativo ou obrigatória, sempre que verificada a diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o subsequente? Se for facultativo, pergunta-se:

- a) A citada faculdade de reinício da disputa também precisa constar do edital?
- b) Se não houver previsão no edital e o reinício da disputa for realizado, pode ser considerado favorecimento ou preterição a algum licitante?
- c) Se previsto no edital, ainda assim é facultativo ou seria obrigatório (já que seria regra a ser observada na condução do certame)?

30 Art. 53. Quando for adotado o modo de disputa aberto, poderão ser admitidos:
II - o reinício da disputa aberta, após a definição do melhor lance, para definição das demais colocações, quando existir diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o subsequente.

A COFIE entende que são procedimentos facultativos. No entanto, ao interpretar o art. 53, inciso II, com os parágrafos do art. 54 da Lei nº 13.303/16, resulta na necessidade de constar, obrigatoriamente, do instrumento convocatório, tanto o modo de disputa, se aberto ou fechado, bem como a hipótese de reinício da disputa aberta, uma vez que assim se limitará a subjetividade do certame.

Nesse sentido, se não houver previsão no edital e o reinício da disputa for realizado, ainda que fundamentado no princípio da eficiência, poderá sim ser considerado favorecimento ou preterição a algum licitante, se comprovado o prejuízo, assim como, se previsto no edital, será obrigatório, em atenção aos princípios da impessoalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

O Ministério Público de Contas acompanha o posicionamento da COFIE, opinando que a previsão de reinício da disputa aberta é procedimento facultativo, sendo indispensável, no entanto, a previsão no instrumento convocatório, tanto do modo de disputa (aberto ou fechado), como a possibilidade de reinício da disputa. E mais: que o edital seja claro quanto aos pontos, não se admitindo surpresas (a definição destas questões no momento da disputa) nem o descumprimento do edital, já que a administração pública a ele se vincula.

A este respeito, a Procuradoria do Estado esclarece que o art. 53, II da Lei das Estatais faculta o reinício da disputa aberta, para definição das demais colocações. Lembra, ainda, que nos termos do regimento interno da Companhia, poderá deixar restringir ou não essa discricionariedade, indicando situações ou critérios definidores da sua adoção.

Entretanto, quando adotado o sistema de reinício, esta regra deverá obrigatoriamente constar dos instrumentos convocatórios e deverá ser observado o princípio da vinculação ao Edital. Portanto, caso a regra editalícia seja a da adoção, ele deverá ser sempre observado quando houver diferença de pelo menos 10% entre o melhor lance e o subsequente, salvo a própria regra do edital de abrir alguma possibilidade para a discricionariedade da sua adoção.

2.26 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 13:

Há a necessidade de constar, obrigatoriamente, do instrumento convocatório, o modo de disputa a ser realizada, se aberto ou fechado, permitindo-se dar transparência ao cumprimento do caput do art. 53 da Lei das Estatais.

Ainda:

a) A citada faculdade de reinício da disputa também precisa constar do edital?

A previsão de reinício da disputa aberta é procedimento facultativo, sendo indispensável, no entanto, a previsão no instrumento convocatório.

b) Se não houver previsão no edital e o reinício da disputa for realizado, pode ser considerado favorecimento ou preterição a algum licitante?

O edital deve ser claro quanto aos pontos a serem observados, não se admitindo surpresas quanto à definição destas questões no momento da disputa, nem o descumprimento do edital, já que a Administração Pública a ele se vincula.

c) Se previsto no edital, ainda assim é facultativo ou seria obrigatório (já que seria regra a ser observada na condução do certame)?

Devem necessariamente constar no instrumento convocatório o modo de disputa, se aberto ou fechado, bem como a hipótese de reinício da disputa aberta. Caso conste no edital a possibilidade de reinício da disputa, esse procedimento será obrigatório.

2.27 DÚVIDA Nº 14 - CRITÉRIO DE JULGAMENTO MELHOR DESTINAÇÃO DE BENS ALIENADOS – MENSURAÇÃO

Dentre os critérios de julgamento possíveis de serem estabelecidos está a melhor destinação de bens alienados (art. 54, VIII³¹). O § 7³² prevê que “Na implementação do critério previsto no inciso VIII do caput deste artigo, será obrigatoriamente considerada, nos termos do respectivo instrumento convocatório, a repercussão, no meio social, da finalidade para cujo atendimento o bem será utilizado pelo adquirente”. Como mensurar objetivamente tal critério?

Frisa-se que a Constituição Federal, em seu art. 225, garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, classificando o meio ambiente como bem de uso coletivo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo tanto ao Poder Público quanto à sociedade o dever de defesa e de preservação deste bem para as presentes e futuras gerações.³³

O direito ambiental é um direito consagrado não como de indivíduos, mas de todos, e os princípios ambientais têm como objetivo garantir as condutas de preservação para as presentes e futuras gerações mediante desenvolvimento de ações concretas que visem minimizar os impactos ao meio ambiente.

Entende a unidade que, no critério de julgamento pela melhor destinação do bem alienado, o instrumento convocatório deverá prever uma forma objetiva de mensurar quem melhor vai usar o bem alienado no futuro, por exemplo, estabelecendo pontuações para hipóteses pré-determinadas deste melhor uso, possíveis destinatários, número de beneficiários, tudo em alinhamento com práticas de sustentabilidade ambiental e com a função social da estatal.

Ademais, a destinação do bem alienado deve estar em harmonia com a estratégia de longo prazo da estatal, com seus valores, plano de negócios e com as políticas públicas previstas em sua carta anual.

31 Art. 54. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento:
VIII - melhor destinação de bens alienados

32 Art. 54. § 7º Na implementação do critério previsto no inciso VIII do caput deste artigo, será obrigatoriamente considerada, nos termos do respectivo instrumento convocatório, a repercussão, no meio social, da finalidade para cujo atendimento o bem será utilizado pelo adquirente.

33 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2 ed. Portugal: Almedina, 1998, p. 35.

Na análise do Ministério Público especializado a questão não pode ser respondida genericamente. Isso porque a mensuração objetiva da destinação do bem alienado dependerá exatamente da finalidade buscada pelo ente com a alienação.

Não cabe a esta Corte, a priori e de maneira generalista, substituir a avaliação administrativa do gestor quanto à questão. Assim, o que releva neste momento é assentar que, escolhido o critério de melhor destinação do bem, o instrumento convocatório deverá fixar de maneira motivada e objetiva quais as finalidades a serem alcançadas e os respectivos critérios objetivos de mensuração, afastando qualquer possibilidade de subjetivismos na avaliação das propostas.

A Procuradoria do Estado fala que a utilização de critérios objetivos para determinar a melhor repercussão social apesar de complexa é possível.

Dentre as hipóteses para a aferição destes critérios, a alternativa que pode ser extraída da interpretação sistemática da Lei das Estatais é levar em conta a função social da Companhia definida no artigo 27 da Lei das Estatais, sobretudo quando a motivação da alienação é, ao menos parcialmente, de caráter social.

Ademais, os documentos ambientais e os demais documentos de governança indicados em sua maioria no art. 8º da Lei das Estatais devem trazer os objetivos de sustentabilidade da Companhia, incluindo as práticas de responsabilidade ambiental que podem orientar a determinação de critérios objetivos.

Portanto, se o bem será alienado por uma empresa, ela deverá pontuar melhor quem melhor atenda a uma finalidade que mais se adéqua à sua função social e ao atingimento dos objetivos de sustentabilidade da Companhia. Tratando-se de alienação com motivação puramente econômica, o critério de maior oferta de preço parece ser mais adequado, sendo inclusive de mais fácil operacionalização.

2.28 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 14

Os critérios para a destinação de bens alienados deverão estar estampados de forma objetiva no instrumento convocatório.

Poderão, inclusive, ser estabelecidas pontuações para hipóteses pré-determinadas, como o uso do bem, destinatários, número de beneficiários, tudo em alinhamento com práticas de sustentabilidade ambiental e com a função social da estatal, em harmonia com a estratégia de longo prazo, com seus valores, plano de negócios e com as políticas públicas previstas em sua carta de serviços.

A empresa deve pontuar quem melhor atenda a uma finalidade que mais se adequa à sua função social e ao atingimento dos objetivos de sustentabilidade da Companhia.

2.29 DÚVIDA Nº 15 - ETAPA DE NEGOCIAÇÃO MAIS VANTAJOSA - É OBRIGATÓRIA A NEGOCIAÇÃO COM O VENCEDOR EM QUALQUER CASO?

O art. 57³⁴ traz a previsão que a empresa pública e a sociedade de economia mista deverão negociar condições mais vantajosas com quem apresentou a proposta que obteve a primeira colocação. Os parágrafos tratam de outros casos, específicos, quando o valor ofertado pela primeira colocada for superior ao orçamento estimado. Contudo, o caput não se refere a tal caso. Seria, portanto, obrigatória a fase de negociação, ainda que o valor da proposta vencedora seja inferior ao orçamento estimado? É previsão genérica a ser seguida em todos os procedimentos?

A Lei nº 13.303/16 traz a previsão que as estatais deverão negociar condições mais vantajosas, confirmada a efetividade do lance ou proposta. A Unidade Técnica entende, em observância ao princípio da economicidade, o instituto da negociação mais vantajosa, que já era previsto, expressamente, no pregão e no RDC – Regime Diferenciado de Contratação, é obrigatória, um poder-dever da estatal, a ser seguida em todos os procedimentos, ainda que o valor da proposta vencedora seja inferior ao orçamento estimado, com fundamento no princípio da economicidade, bem como na maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, tendo em vista que tal medida em nada prejudica o procedimento licitatório, pelo contrário, enseja a possibilidade de uma contratação por valor ainda mais interessante para a estatal.

Correta a COFIE, diz o Ministério Público de Contas, visto que o art. 57 define que a empresa pública e a sociedade de economia mista deverão negociar condições mais vantajosas. Não há dúvida, portanto, de que a fase de negociação é obrigatória, ainda que a proposta vencedora seja inferior ao orçamento estimado.

No entanto, apenas haverá justificativa para revogação da licitação em caso de a proposta do primeiro colocado permanecer acima do orçamento estimado, mesmo depois da negociação (art. 57, §§1º e 3º da Lei nº 13.303/16).

Para a Procuradoria do Estado, a negociação com a empresa vencedora da licitação é obrigatória em função da redação do caput do art. 57 da Lei das Estatais, mesmo que o preço esteja abaixo o orçamento estimativo.

Entretanto, a empresa vencedora não é obrigada a aceitar qualquer alteração no preço, prazo de entrega, condições, entre outros. Assim, a empresa estatal deverá sempre solicitar alterações que melhorem a proposta do vencedor, mas que não desnaturem o objeto licitado como bem aponta a doutrina. Quando o preço do primeiro for superior ao preço estimado, deve-se negociar com os demais licitantes caso o primeiro colocado mantenha o seu preço acima do orçamento estimado, seguindo a ordem de classificação no certame para que se obtenha um preço

34 Art. 57. Confirmada a efetividade do lance ou proposta que obteve a primeira colocação na etapa de julgamento, ou que passe a ocupar essa posição em decorrência da desclassificação de outra que tenha obtido colocação superior, a empresa pública e a sociedade de economia mista deverão negociar condições mais vantajosas com quem o apresentou.

dentro do orçamento estimado. Não sendo possível a obtenção de um preço dentro do orçamento estimado a licitação deverá ser revogada.

Acrescenta-se ao tema a decisão do Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 3.059/2016 – Plenário, min. Benjamin Zymler, no qual ficou assentado que:

- 1) a informação relativa ao valor estimado para o objeto a ser licitado deve necessariamente ser disponibilizado aos *órgãos* de controle, sempre que solicitado; e
- 2) ainda considerando que a nova norma admitiu a possibilidade de o valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista ser sigiloso que, mesmo nessa hipótese, qualquer modificação no orçamento estimativo que envolva o detalhamento dos quantitativos e as demais informações necessárias para a elaboração das propostas deve ser objeto de divulgação nos mesmos termos e prazos dos atos e procedimentos originais, ensejando a reabertura do prazo para apresentação das propostas, nos termos do art. 39, parágrafo *único*, da Lei 13.303/2016.

2.30 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 15

A fase de negociação, trazida pela Lei 13.303/16 em seu artigo 51, VI e artigo 57, é obrigatória e deve ser seguida em todos os procedimentos, ainda que o valor da proposta vencedora seja inferior ao orçamento estimado.

Na situação em que o valor ofertado pela primeira colocada ainda esteja acima do valor estimado para o orçamento, a fase de negociação surge com o fim de que a empresa melhore o preço ofertado e o reduza para que fique igual ou abaixo do valor do orçamento. No caso de não ocorrer a referida redução, deverá ser realizada negociação com as demais licitantes, conforme a ordem inicialmente estabelecida.

Apenas haverá justificativa para a revogação da licitação no caso de as negociações acima explicitadas não resultarem em valor igual ou inferior ao orçamento estimado para a licitação.

2.31 DÚVIDA Nº 16 - SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS – POSSIBILIDADE DE ADESÃO A TODAS AS ENTIDADES ABRANGIDAS PELA LEI – REGULAMENTAÇÃO

O art. 66, § 1³⁵ autoriza qualquer órgão ou entidade a aderir ao Sistema de Registro de Preços. Tal autorização é válida independentemente do âmbito de administração pública que efetuou o certame e da entidade que quer utilizar a adesão (carona)? O Decreto do Poder Executivo referido no caput refere-se a qual âmbito de Administração Pública? Da entidade que realizou o certame, da que quer aderir ou ambas?

35 Art. 66. O Sistema de Registro de Preços especificamente destinado às licitações de que trata esta Lei reger-se-á pelo disposto em decreto do Poder Executivo e pelas seguintes disposições:
§ 1º Poderá aderir ao sistema referido no caput qualquer órgão ou entidade responsável pela execução das atividades contempladas no art. 1º desta Lei.

A Corte de Contas do Paraná, nos termos do Acórdão nº 1105/14, tem o entendimento de que a adesão/carona em Ata de Registro de Preços só será regular quando planejada e organizada pela Administração Pública da União ou do Estado do Paraná para ser utilizada por outros entes da federação, desde que vinculada à programa governamental específico.

Segundo a COFIE, ocorre que, nos termos do art. 66 e § 1º da Lei nº 13.303/16, estabelece-se uma nova hipótese de adesão/carona em Ata de Registro de Preços, ou seja, em tese, qualquer estatal 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 de prestação de serviços públicos, poderá aderir ao Sistema de Registro de Preços de outras estatais, inclusive de outros entes da federação, com base no princípio da eficiência e nos termos do Decreto do Poder Executivo controlador da estatal que realizará o certame.

O Ministério Público de Contas diverge da unidade técnica no ponto. O art. 66, §1º, da Lei nº 13.303/16 prevê que as entidades poderão aderir ao sistema de registro de preços regulamentado por decreto do Poder Executivo. Não se trata, portanto, da figura do carona, que se refere à possibilidade de adesão à ata de registro de preços. A confusão é causada pelo uso do termo aderir, que erroneamente remete à figura da adesão à ata de registro de preços. Portanto, a compreensão adequada do dispositivo deve ser no sentido de que as empresas estatais poderão adotar a regulamentação do Sistema de Registro de Preços realizada pelo Poder Executivo da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Acerca da possibilidade de adesão a todas as entidades abrangidas pela lei no sistema de registro de preços, prevista no § 1º do art. 66 da Lei das Estatais, a Procuradoria Geral do Estado defende que se tem norma que visa excepcionar as empresas estatais da vedação vigente para a Administração Pública em geral e assim pode-se ter adesão de empresas de diferentes níveis federativos. A norma legal afasta, portanto, a aplicação do art. 22, § 8º, do Decreto Federal nº 7.581/2011 para as empresas estatais. Quanto à questão de qual nível federativo está mencionado no caput do art. 66 da Lei das Estatais, trata-se da entidade que realizou o certame, ou seja, da entidade gestora. É evidente que cada ente federativo poderá editar um Decreto que, além das condições de constituição do Registro de Preços, poderá tratar das condições de participação e assim facilitar ou restringir a carona em registros e preços de outros entes federativos.

Com as vênias de estilo, mas a questão gira em torno em se esclarecer quem poderá figurar como “participante” e “aderente”. A orientação mais conservadora, a princípio, é a de considerar como “participante” (aquele que integra e faz parte desde logo da formação da ata) e como “aderente” (aquele que adere posteriormente à ata– carona) apenas outras estatais.

Não obstante o § 1º, do art. 66 da Lei em estudo fazer menção de que poderá aderir ao sistema qualquer órgão ou entidade responsável pela execução das atividades contempladas no art. 1º, mas apenas empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) é que podem ser responsáveis pela execução das referidas atividades.

Assim, é possível firmar a compreensão de que o legislador restringiu as participações em atas de registro de preços instituídas por empresas estatais a apenas outras empresas estatais. Aplica-se, portanto, a mesma lógica adotada pelo Tribunal de Contas da União e pela Advocacia-Geral da União quando trataram do tema em relação às entidades do “Sistema S”:

9.1. conhecer da presente consulta, para responder ao consulente que não há viabilidade jurídica para a adesão por órgãos da Administração Pública a atas de registro de preços relativas a certames licitatórios realizados por entidades integrantes do Sistema “S”, uma vez que não se sujeitam aos procedimentos estritos da Lei nº 8.666/1993, podendo seguir regulamentos próprios devidamente publicados, assim como não se submetem às disposições do Decreto federal nº 3.931/2001, que disciplina o sistema de registro de preços; (TCU – Acórdão nº 1.192/2010 – Plenário)

9.2.2.1. acerca da impossibilidade de adesão a atas de registro de preços provenientes de licitações de administração estadual, municipal ou distrital, por falta de amparo legal, em atenção à Orientação Normativa – AGU 21, de 1/4/2009; (TCU – Acórdão nº 1.793/2011 – Plenário).

É vedada aos órgãos públicos federais a adesão à ata de registro de preços quando a licitação tiver sido realizada pela administração pública estadual, municipal ou do distrito federal, bem como por entidades paraestatais (AGU – Orientação Normativa nº 21, de 1º de abril de 2009).

Destaca-se o entendimento apresentado na obra “Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016” e que segue o mesmo sentido do posicionamento do Ministério Público de Contas:

Além disso, o termo “aderir”, empregado no §1º do art. 66, dá ensejo à interpretação

– em nosso sentir equivocada –, de que a vontade do legislador tenha sido a de prever a adesão à ata de registro de preços, o que nos remete à figura do carona. Talvez o melhor termo a ser empregado seria “adotar” em vez de “aderir”, pois reflete melhor a possibilidade de utilização do SRP.

O §1º do art. 66 da Lei das Estatais dispõe que as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços poderão aderir ao sistema de registro de preços. Ao contrário de parcela da doutrina que vislumbra no referido dispositivo a possibilidade de as empresas estatais de qualquer esfera federativa aderirem aos sistemas de registro de preços umas das outras, compreendemos que a lei previu apenas a adesão ao sistema, ou, em outras palavras, a possibilidade de realizar licitações com a finalidade imediata de registrar preços, omitindo-se em relação à adesão a ata de registro de preços.³⁶

36 NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp.293/294.

2.32 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 16

O art. 66, §1º, da Lei nº 13.303/16, prevê que as entidades poderão aderir ao sistema de registro de preços (o que não inclui a figura do “carona”, tratado no Acórdão nº 1105/14 deste Tribunal de Contas) regulamentado por Decreto do Poder Executivo.

Assim, as empresas estatais poderão adotar a regulamentação do Sistema de Registro de Preços realizada pelo Poder Executivo da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios na condição de participantes (aquele que integra e faz parte desde logo da formação da ata) e não como aderente (aquele que adere posteriormente à ata – carona).

2.33 DÚVIDA Nº 17 - REGRAS DE DIREITO PRIVADO E POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE DANOS POR MEIO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS

A Lei traz que os contratos se regulam por suas cláusulas e pelos preceitos de direito privado (art. 68³⁷). Em outro momento prevê que o contratado é obrigado a reparar os danos ocasionados ao contratante e terceiros (art. 76³⁸). Diante disso, é possível a inserção de cláusula contratual de limitação de responsabilidade por danos por parte do contratado?

A COFIE entende que os dois artigos supracitados estão em harmonia, uma vez que o art. 68 apenas reflete que os preceitos de direito privado se aplicam aos contratos regidos pelas pessoas jurídicas de direito privado, caso das estatais, bem como o art. 76 refere-se a responsabilidade civil, cuja previsão do contratado ser compelido a reparar os danos ocasionados ao contratante e terceiros é uma obrigação tanto de empresas submetidas ao regime de direito público, ou público e privado, sob a tutela do direito administrativo, quanto de empresas submetidas exclusivamente sob o regime de direito privado, eis que, nos termos do art. 927³⁹ do Código Civil, quando, por ato ilícito, uma das partes causa dano à outra, fica obrigado a repará-lo.

No tocante à inserção de cláusula contratual de limitação de responsabilidade por danos, por parte do contratado, prática comum das empresas privadas, ainda que as estatais sejam pessoas jurídicas de direito privado, esse procedimento não se coaduna com empresas públicas e sociedades de economia mista, tendo em vista a contaminação, mesmo implícita, de princípios de direito público na formalização dos contratos pelas estatais.

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

38 Art. 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.

39 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

O Ministério Público acompanha o entendimento da unidade técnica.

Já a Procuradoria Geral do Estado se posiciona no sentido de que a adoção do regime de direito privado significa a exclusão das chamadas cláusulas exorbitantes, que se fundamentam na supremacia do interesse público, ressalvada disposição contratual que seja contrária na própria Lei das Estatais.

Por sua vez, o artigo 76 é claro quanto a necessidade de reparação dos danos causados por defeito no objeto ou prejuízos causados a terceiros. Deste modo, uma disposição contratual que implicasse em exoneração total ou parcial da responsabilidade por danos do contratado seria ilícita em função do disposto no já citado artigo 76 da Lei das Estatais. Entretanto, seria lícito dispositivo contratual acerca dos critérios ou métodos de mensuração dos danos, do processo e da forma de pagamento ao ver da PGE.

2.34 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 17

A inserção de cláusula contratual de limitação de responsabilidade por danos por parte do contratado seria ilícita em função do disposto no art. 76 da Lei das Estatais, que define ser obrigação do contratado 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, respondendo 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.

Contudo, a norma não proíbe dispositivo contratual acerca de critérios ou métodos de mensuração dos danos, do processo e da forma de pagamento, tudo em conformidade com o regulamento de licitações da entidade estatal. Neste sentido, quando presente a exceção (limitação de responsabilidade), caberá à Administração trazer a motivação analítica da excepcionalidade da cláusula, trazendo, e.g, cumulativamente a vantajosidade econômica buscada, particularidades do mercado, casos similares, e a demonstração de que de outra forma não poderia concluir o negócio.

E mais: pode ser feita uma ressalva em relação aos contratos em que houver a previsão de matriz de riscos (art. 42, X), tendo em vista que a matriz de riscos acaba gerando justamente uma limitação de responsabilidades das partes contratantes.

2.35 DÚVIDA Nº 18 - APLICAÇÃO DE REGRAS EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO PRIVADO EM CONTRATOS CELEBRADOS PREVIAMENTE POR EMPRESAS ADQUIRIDAS POR EMPRESAS PÚBLICAS DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

No caso de empresas que, antes de serem adquiridas por empresas públicas, tenham firmado contratos com fornecedores, sob regra unicamente de direito privado, e que posteriormente foram adquiridas por empresa componente da Administração

Pública Indireta, após a alteração societária, todos os contratos devem ser alterados de forma imediata para que contenham as normas de direito público que deverão se submeter ou as normas de direito público serão tacitamente aplicáveis?

A COFIE entende que, nos termos da inteligência do art. 68 da Lei nº 13.303/16, o qual expressamente admite preceitos de direito privado nos contratos das estatais e com fundamento no princípio da segurança jurídica, não devem ser alterados os contratos, de forma imediata, após a alteração societária, no caso de empresas que, antes de serem adquiridas por empresas públicas, tenham firmado contratos com fornecedores, sob regras unicamente de direito privado, para que contenham as normas de direito público que deverão se submeter, ou seja, ficam mantidas as condições pactuadas até o final da vigência dos respectivos contratos.

A unidade técnica entende que, por questão de segurança jurídica, e por haver autorização no art. 68 da Lei nº 13.303/16, os contratos preteritamente firmados por empresa privada adquirida por empresa estatal deverão ser cumpridos até o final de sua vigência.

De maneira geral a resposta sugerida pela COFIE está correta, segundo a Procuradoria Estado junto ao Tribunal de Contas, já que homenageia o regime da Lei nº 13.303/16 e assegura a proteção de garantia constitucional fundamental (segurança jurídica).

No entanto, no entender do Ministério Público de Contas a amplitude da questão impede o oferecimento de resposta estrita. Isso porque uma resposta definitiva apenas é possível após a análise detida de cada instrumento contratual: é possível que haja situações que ensejarão a rescisão contratual, outras demandarão o ajuste do contrato, e nesse caso o termo aditivo deverá considerar as disposições da Lei nº 13.303/16.

Assim, a resposta oferecida pela COFIE pode ser adotada como orientação geral, sem desconsiderar, no entanto, que a multiplicidade de situações contratuais pode demandar soluções jurídicas diferentes em razão de peculiaridades do caso.

A Procuradoria Geral faz as seguintes considerações: A questão do momento da aplicação do regime licitatório da Lei das Estatais será abordada na resposta à dúvida 20, mas aqui se trata da hipótese na qual uma empresa privada torna-se empresa estatal por meio da aquisição do seu controle. Neste caso, a partir da aquisição passa-se a aplicar a Lei das Estatais, caso a aquisição ocorra antes de 30 de junho de 2018 a aplicação do regime licitatório da Lei das Estatais poderá ser feita no prazo de adaptação e depois desta data ela deverá ser imediata. Não há ainda qualquer posição jurisprudencial ou doutrinária firmada sobre o tema de quais atos jurídicos já realizados devam ser revistos ou quais constituiriam ato jurídico perfeito. Assim, pode-se afirmar, em linhas gerais, que os contratos já celebrados devem ser mantidos como atos jurídicos perfeitos e os processos de contratação, que ainda não tenham sido finalizados, devam ser revistos.

Ainda sobre o tema, escreve Joel e Pedro de Menezes Niebuhr⁴⁰ que os contratos regidos pela Lei 13.303/2016 são denominados como contratos estatais, espécie da qual o contrato administrativo é gênero. O contrato estatal, próprio das empresas estatais, possui “prerrogativas substancialmente atenuadas, regido, em grande parcela, pelo direito privado e com a aplicação dos princípios administrativos”.

Esse é o entendimento consagrado na já citada obra do professor José Anacleto⁴¹, que assim leciona:

Pela regra do artigo 68, os contratos das estatais não se subordinam ao regime jurídico de direito público, passando a sofrer o influxo do direito privado, com as prescrições da Lei nº 13.303/2016 e das respectivas cláusulas contratuais. Com o afastamento do regime jurídico de direito público e a incidência de regras de direito privado, a consequência imediata disto é a inaplicabilidade nas relações contratuais das estatais das denominadas cláusulas exorbitantes.

2.36 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 18

O artigo 68 da lei das Estatais admite, expressamente, preceitos de direito privado nos contratos das estatais e com fundamento no princípio da segurança jurídica, não devem ser alterados os contratos, de forma imediata, após a alteração societária, no caso de empresas que, antes de serem adquiridas por empresas públicas, tenham firmado contratos com fornecedores, sob regras unicamente de direito privado, para que contenham as normas de direito público às quais deverão se submeter, ou seja, ficariam mantidas as condições pactuadas até o final da vigência dos respectivos contratos.

No entanto, a amplitude da questão impede o oferecimento de resposta estrita. Isso porque uma resposta definitiva apenas é possível após a análise detida de cada instrumento contratual: é possível que haja situações que ensejarão a rescisão contratual, outras demandarão o ajuste do contrato, e nesse caso o termo aditivo deverá considerar as disposições da Lei nº 13.303/16. Assim, a resposta oferecida pela COFIE pode ser adotada como orientação geral, sem desconsiderar, no entanto, que a multiplicidade de situações contratuais pode demandar soluções jurídicas diferentes em razão de peculiaridades do caso.

2.37 DÚVIDA Nº 19 - DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

O art. 83⁴² da Lei 13.303/16 não cita como possível sanção a declaração de inidoneidade. Desta forma, está extinta essa sanção? Ou ainda poderá ser aplicada pelas Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas através da Lei 8.666/93?

40 *In* Licitações e Contratos das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 262.

41 GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Fórum: Belo Horizonte, 2017. Fls. 26 e 27.

42 Art. 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:
- advertência;
- multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

A declaração de inidoneidade emitida pela administração direta, poderá impedir a contratação dessas empresas pelas Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas?

A Coordenadoria de Fiscalização entende que não está extinta essa sanção, uma vez que ela poderá ser aplicada, por exemplo, por esta Corte de Contas, nos termos do art. 97 de sua lei orgânica, bem como pela administração direta a que está vinculada a estatal, com base na Lei de Licitações.

Ressalte-se que ela não poderá ser aplicada pelas empresas estatais, com base na lei de licitações, uma vez que as mesmas não detêm competência para a aplicação desta sanção, nos termos do § 3º, do inciso IV, do art. 87 da Lei nº 8.666/93, que determina que a declaração de inidoneidade é de competência exclusiva da administração direta, ou seja, do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou do Secretário Municipal.

Ademais, não há vedação de que, no bojo de um mesmo procedimento administrativo de responsabilização do contratado de uma estatal, por violação da Lei nº 13.303/16, seja também aplicada a sanção de declaração de inidoneidade, com fundamento, por exemplo, na Lei de licitações. Jorge Munhós de Souza, cita essa mesma lógica em sua obra, no tocante à responsabilização administrativa pela Lei Anticorrupção, pois quando a Administração constatar que a prática de um mesmo ilícito ofende, ao mesmo tempo, as disposições da Lei Anticorrupção e da Lei de Licitações, deve aplicar, no mesmo procedimento administrativo, as sanções por atos de corrupção da LAC e as dos artigos 86 e seguintes da Lei nº 8.666/93.

Correta a resposta da unidade técnica, diz o Ministério Público. É absurda e execrada pelo ordenamento constitucional brasileiro a aplicação de sanção por analogia ou de maneira extensiva. Trata-se de garantia fundamental insculpida no art. 5º, XXXIX, da Constituição, segunda a qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. As sanções e o regime jurídico punitivo, portanto, exigem legislação expressa e específica, que não comporta ampliações voluntaristas por parte dos aplicadores do Direito.

Assim, inexistindo previsão na Lei nº 13.303/16, é evidente que as empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) não poderão aplicar a sanção de declaração de inidoneidade em razão da inexecução contratual. Igualmente irrelevante o fato de a sanção estar prevista na Lei nº 8.666/93 já que, como demonstrado pela COFIE, há previsão expressa nessa Lei que restringe a competência de sua aplicação a Ministro de Estado, Secretário Estadual e Secretário Municipal. Isso não significa, por outro lado, o fim da sanção, que continua vigente para os regimes punitivos que a estabelecem.

Outra situação radicalmente distinta é a extensão da declaração de inidoneidade sofrida por determinada empresa. A sanção poderá acarretar a impossibilidade de contratar com empresas estatais, a depender do regime punitivo em que ela foi aplicada. Por exemplo, se a pena for decorrente de processo de contas no âmbito

desta Corte, o apenado estará inabilitado para contratar com a administração direta e indireta do Estado e dos Municípios (art. 97, caput e parágrafo único, da Lei Complementar nº 113/2005).

Para a Procuradoria Geral do Estado a medida equivalente é a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos previsto no inc. III do artigo 83. Esta é a sanção mais gravosa que pode ser aplicada pelas empresas estatais. Uma questão conexa é saber se a declaração de inidoneidade que foi imposta por uma entidade pública que manteve esta prerrogativa deve ser observada pela empresa estatal e neste caso a resposta é positiva, uma vez que ao integrar a Administração Pública a proibição alcança a contratação com elas.

2.38 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 19

Por não haver previsão na Lei nº 13.303/16, as empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) não poderão aplicar a sanção de declaração de inidoneidade em razão da inexecução contratual.

A declaração de inidoneidade que foi imposta por uma entidade pública que manteve esta prerrogativa, deve ser observada pela empresa estatal, visto que ao integrar a Administração Pública a proibição alcança a contratação com elas.

Não se pode olvidar que, nos termos do art. 97 da Lei Complementar nº 113/2005, o Tribunal de Contas, no julgamento dos atos e contratos administrativos em que for verificada a ocorrência de fraude ou naqueles que resultarem em dano ao erário, expedirá Declaração de Inidoneidade dos responsáveis perante a administração direta e indireta do Estado e dos Municípios.

2.39 DÚVIDA Nº 20 - ATENDIMENTO ÀS REGRAS DA LEI Nº 13.303/16 PODE SER PARCIAL OU DEVE SER INTEGRAL DESDE O MOMENTO DA ADESÃO?

O prazo estabelecido no art. 91 admite que a adaptação às regras da Lei nº 13.303/16 seja gradativa. Seria possível, por exemplo, a aplicação, desde logo, das regras inerentes às licitações, ao passo que a adaptação às demais normativas da Lei sejam feitas sistematicamente ao longo dos 24 meses? Caso não seja isso possível, a partir do momento que a estatal se disponha a seguir a nova lei, exige-se que ela atenda a nova lei na sua integralidade?

A unidade técnica entende que o atendimento às regras da Lei nº 13.303/16 pode ser parcial, nos termos do prazo estabelecido em seu art. 91, o qual não exige que as estatais atendam a nova lei, somente na sua integralidade, mas sim admite que a adaptação seja gradativa, sendo possível, por exemplo, a opção pela aplicação, desde logo, das regras inerentes às licitações, bem como a opção pela utilização da legislação anterior, para os procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até

o dia 30 de junho de 2018. Prova disso é que o art. 71 do Decreto nº 8.945/16, que regulamenta a lei das estatais, no âmbito da União, considerou autoaplicável o regime de licitação e contratação da Lei nº 13.303/16, salvo alguns procedimentos específicos, com prazo de adequação ao longo de 24 (vinte e quatro) meses.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas se alinhou ao posicionamento da COFIE e destacou que caso a empresa adote expressamente o regime jurídico da Lei nº 13.303/16, o controle de legalidade promovido por este Tribunal de Contas deverá levar em consideração a normativa utilizada para verificar a regularidade ou irregularidade dos atos praticados.

O entendimento da Procuradoria do Estado é no sentido de que o regime licitatório da Lei das Estatais é aplicável desde 30 de junho de 2016 para os novos processos licitatórios iniciados, todavia como a adoção das normas deve ser integral, não sendo possível adotar parcialmente regime licitatório da Lei das Estatais e existem dispositivos que demandam adaptação as empresas estatais podem postergar a adoção da sistemática até 30 de junho de 2018, mas de forma justificada, ou seja, indicando que foram feitos todos os esforços para a adaptação mais célere possível. Portanto, a utilização do prazo máximo de 24 meses de adaptação deve ser excepcional, devendo ser perseguida a adaptação em prazo inferior dentro do possível.

2.40 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 20:

O atendimento às regras da Lei das Estatais pode ser parcial no prazo disposto no art. 91, sendo possível a adaptação gradativa pela empresa pública, contudo, deve ser ressaltado que sua sujeição ao novo regramento deve estar submetido ao atendimento dos requisitos legais nele contidos, ou seja, para utilização do novo procedimento de licitação e/ou dos limites de valores das dispensas a empresa deve editar o regulamento interno de licitações e, no caso de nosso Estado, com a devida aprovação perante o Conselho de Controle das Empresas Estatais- CCEE, inclusive em atenção a um dos objetivos desta lei, que foi oportunizar a adaptação da gestão das estatais de acordo com suas especificidades.

2.41 DÚVIDA Nº 21 - ADEQUAÇÃO ÀS REGRAS DA LEI Nº 13.303/16 - DISPENSA – APLICAÇÃO DAS NORMAS – MOMENTO DE APLICAÇÃO

A partir de que momento são aplicáveis as normas sobre dispensa previstas na Lei? São de aplicação imediata? Seria possível, por exemplo, a aplicação, desde logo destas regras (valores de dispensa – art. 29⁴³), ao passo que a adaptação às demais

43 Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:
- para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;
- para outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez

normativas da Lei (ex: atendimento aos requisitos de indicação de administradores) sejam feitas sistematicamente ao longo dos 24 meses previstos para adequação (art. 91)?

A Coordenadoria de Fiscalização Estadual – COFIE entende, pela interpretação analógica do Decreto nº 8.945/16, que regulamenta, no âmbito da União, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que são sim aplicáveis as normas sobre dispensa previstas na Lei (valores de dispensa — art. 29), desde o momento de sua publicação, ou seja, são de aplicação imediata, ainda que se permitida a utilização da legislação anterior para os procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até a edição do regulamento interno de licitações, próprio de cada estatal, ou até o dia 30 de junho de 2018, o que ocorrer primeiro.

O Ministério Público de Contas ratifica a resposta sugerida pela unidade técnica e esclarece que o prazo de 24 meses previsto no art. 91 assegura às destinatárias um período de adaptação, o que nada impede que suas prescrições sejam desde logo adotadas pelas empresas em suas ações, inclusive no que diz respeito à nova disciplina de dispensa de licitação.

A Procuradoria Geral do Estado externa que a aplicação dos valores da dispensa deve ser feita em conjunto com as demais normas do regime licitatório da Lei das Estatais. Portanto, os valores de dispensa são imediatamente aplicáveis para os processos iniciados após a adesão ao regime licitatório da Lei das Estatais.

2.42 PROPOSTA DE RESPOSTA À DÚVIDA Nº 21

As normas sobre dispensa previstas na Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (art. 29) devem ser observadas em conjunto com as demais do regime licitatório da Lei das Estatais. Portanto, os valores de dispensa de licitação serão imediatamente aplicáveis após a edição de regulamento próprio.”

2.43 VOTO

Ante o exposto, VOTO pelo conhecimento e resposta aos questionamentos formulados na presente consulta nos termos da fundamentação.

Após o trânsito em julgado, feitas as devidas anotações, encerrem-se os autos, nos termos do art. 398 do RI.

3 VOTO DIVERGENTE (CONSELHEIRO MAURÍCIO REQUIÃO DE MELLO E SILVA)

Dirirjo parcialmente da proposta de voto do relator, especificamente quanto às Dúvidas nº 2, item “b”, 7 e 10.

A matéria exige posicionamento mais agudo desta Corte de Contas. A tendência de dar maior dinamicidade ao regimento das estatais não deve afastar a supremacia do interesse público que norteia a atividade da administração pública direta e indireta.

Afinal, o art. 37 da Constituição Federal e demais normas complementares não perdem vigência com o regime dado pela Lei das Estatais. No mais, o dever deste Tribunal de Contas de tutelar o interesse público é inafastável.

Nesta senda, voto no sentido de propor a seguinte resposta às dúvidas.

A Dúvida nº 2, item “b” foi assim formulada:

O Estado do Paraná, na qualidade de acionista controlador, deverá editar regulamentação única de licitações e contratos, a ser observadas por suas empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, sujeitas à Lei 13.303/2016?

A proposta de resposta formulada pelo relator foi a seguinte:

O Estado do Paraná, na qualidade de acionista controlador, não deverá, necessariamente, editar regulamentação única de licitações e contratos, a ser observada por suas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, sujeitas à Lei nº 13.303/16.

Na realidade, a dúvida versou sobre a existência ou não de dever do Estado de editar regulamentação única a ser observada por suas empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias. Assim, a proposta de resposta formulada pelo relator extrapola parcialmente os limites da dúvida.

Nesse sentido, divirjo do voto do relator e proponho a seguinte resposta à Dúvida nº 2, item “b”: o Estado do Paraná não está obrigado a editar regulamentação única de licitações e contratos.

A Dúvida nº 7 foi assim formulada:

Após a adoção da Lei nº 13.303/16, as licitações seguirão os procedimentos nela previstos nos arts. 28 e seguintes. Afora os aspectos mencionados expressamente na Lei, como desempate e normas de caráter penal, a Lei nº 8.666/93, Lei 10.520/02 e a Lei Estadual nº 15.608/07 poderão ser aplicadas subsidiariamente, considerando que não há vedação expressa para tal aplicação?

A proposta de resposta pelo relator foi a seguinte:

A respeito da aplicação subsidiária das normas de licitação existentes, entende-se que não há impedimento quanto à aplicação em situações excepcionais, como no caso de uma omissão, desde que não haja conflito com a Lei nº 13.303/16, cujas determinações prevalecerão, pelo princípio da especialidade. (...)

Contudo, as situações que não têm regulamentação consignada na Lei das Estatais devem ser entendidas como um espaço para que cada empresa regule, através de seu procedimento interno de licitações e contratos, desenhando procedimentos eficientes e próprios ao seu mercado e a sua realidade.

A resposta proposta pelo relator atenuou a aplicabilidade subsidiária da lei de licitações, reservando-a a situações ditas excepcionais. Considerando o dever das

empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias de licitar segundo os princípios da administração pública, divirjo do voto condutor e proponho seja a Dúvida nº 7 respondida da seguinte forma: Sim, as Leis Federais 8.666/93, 14.133/21 e 10.520/02, a Lei Estadual 15.608/07 e o Decreto Estadual 10.086/22, enquanto vigentes ou nos termos da legislação que as substitua, terão aplicação subsidiária em procedimentos de licitação conduzidos por empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

A Dúvida nº 10 foi assim formulada:

Observada a resposta da Dúvida de nº 07, pergunta-se: os elementos de instrução dos processos de contratações previstos no art. 30, §3º da Lei 13.303/16, devem ser cumulados com os previstos no art. 35, §4º da Lei 15.608/07, posto que esse último dispositivo possui um rol maior de elementos necessários?

A proposta de resposta pelo relator foi a seguinte: “Os elementos de instrução processual, no processo de contratação direta, são aqueles dispostos no artigo 30, §3º, da Lei nº 13.303/16: §3º.”

Considerando que a resposta proposta pelo relator afirma que o art. 30, §3º, da Lei das Estatais apresenta rol exauriente quanto aos elementos de instrução necessários para a contratação direta, conclusão essa que indevidamente nega vigência a qualquer outra norma aplicável à matéria, afirmo, em sentido contrário, que todas as exigências vigentes devem ser obedecidas para a tutela do interesse público na contratação direta.

Desse modo, divirjo e proponho a seguinte resposta à Dúvida nº 10: Sim, os elementos de instrução previstos no rol não exaustivo do art. 30, §3º, da Lei 13.303/16, devem ser cumulados com qualquer outra exigência contida em norma vigente, inclusive aquelas previstas no art. 35, §4º da Lei Estadual 15.608/07 e no Capítulo X do Decreto Estadual 10.086/22.

Quanto aos demais pontos, acompanho o voto do relator. “

4 DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de CONSULTA ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, por maioria absoluta, em:

I - conhecer e responder aos questionamentos formulados na presente consulta nos termos da fundamentação;

II - determinar, após a publicação da decisão no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas, a remessa dos autos à Supervisão de Jurisprudência, Biblioteca e arquivo para os registros pertinentes, no âmbito da competência definida no Regimento

Interno e, posteriormente, à Diretoria de Protocolo, ficando desde já autorizado o encerramento do processo, nos termos do art. 398, § 1º e art. 168, VII, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, FABIO DE SOUZA CAMARGO, IVENS ZSCHOERPER LINHARES e AUGUSTINHO ZUCCHI. (voto vencedor)

O Conselheiro MAURÍCIO REQUIÃO DE MELLO E SILVA divergiu parcialmente conforme proposta de voto. (voto vencido)

Presente a Procuradora Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, VALERIA BORBA.

Plenário Virtual, 22 de junho de 2023 – Sessão Virtual nº 11.

JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL

Conselheiro Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES

Presidente