



Clóvis Bertolini: Lei das Estatais ainda depende de jurisprudência

24/09/2017

A Lei de Empresas Estatais (Lei 13.303/2016), editada em julho de 2016, teve por objetivo principal a regulamentação de diversos pontos lacunosos no ordenamento jurídico brasileiro em relação às empresas estatais, sobretudo em decorrência de previsão específica da Constituição Federal (art. 173, § 1º), que determinava que lei específica disciplinaria o estatuto jurídica da empresa estatal.

A Lei nº 13.303/2016 chegou a ser chamada como “Lei de Responsabilidade das Empresas Estatais”, [conforme observou o Governo Federal quando de sua sanção](#), demonstrando o tom moralizador em sua edição, sobretudo em um contexto após a “Operação Lava-Jato”.

Em síntese, os pontos de regulamentação da Lei de Empresas Estatais mais importantes são os seguintes: i) a necessidade de que as empresas estatais possuam mecanismos específicos de compliance e governança corporativa; ii) a existência de um procedimento licitatório específico, bem como alterações significativas no regime de contratos; e, iii) a necessidade de que cada empresa estatal possa realizar a edição de regulamentos de licitação e contratos, disciplinando o regime de contratação às suas especificidades (o que será tema).

Todavia, passado 1 (um) ano de vigência (ou parcial vigência, como se verificará) da Lei de Empresas Estatais, é preciso que se faça um breve retrospecto daquilo que já foi efetivamente alcançado e o que podemos/precisamos aprimorar.

Primeiramente, destaca-se que a Lei de Empresas Estatais não traz uma redação muito clara a respeito de sua própria vigência, o que dificultou a sua aplicabilidade plena, em todas as esferas governamentais. O art. 91, caput, estabelece que “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”. Além disso, o art. 91, § 1º, prescreve que as empresas estatais poderiam continuar aplicando as regras anteriores no que se refere a licitações e contratos.

Conforme chegou a [observar Egon Bockmann Moreira](#), “a Lei incide de imediato mas não incide de imediato. Pode-se imaginar que os atos e fatos a ser praticados depois do dia 30 de junho de 2016 deverão obediência irrestrita à Lei 13.303/2016 (por exemplo, a nomeação de diretores deve cumprir o art. 17). O mesmo se diga quanto às leis que autorizem a criação de estatais”.

Ao que tudo indica, a Lei de Empresas Estatais incidiria em partes, ou em tiras, com esta possibilidade aberta de que as empresas estatais tivessem o prazo de 24 (vinte e quatro) meses para adaptar as disposições da Lei nº 13.303/2016, no que se refere a licitações e contratos, por meio dos regulamentos licitatórios específicos. Assim sendo, cumpre analisar o cumprimento das previsões da referida Lei em relação aos seus dois temas mais sensíveis e de mais urgente regulamentação.

1. Critérios específicos para indicação de administradores

A principal inovação da Lei nº 13.303/2016, em relação ao controle dos conflitos de agência (controlador x interesse da Companhia) nas empresas estatais, parece ser a vedação de indicações sem qualificação técnica para o Conselho de Administração, Diretores, Diretor-Geral e Diretor-Presidente.

É exigido que os indicados tenham experiência mínima de 10 (dez) anos no setor público ou privado, ou pelo menos tenham ocupado durante 4 (quatro) anos cargos relacionados à sua área de dedicação, seja na Administração Pública, ou no mercado privado ou como profissionais liberais.

Além de estabelecer estes limitadores em relação à qualificação dos proponentes, a Lei nº 13.303/2016 estabelece limites consideráveis em relação aos integrantes da Administração Pública. É terminantemente vedada a indicação de integrantes da Administração Pública ou do órgão ao qual a sociedade estatal responde diretamente para as mencionadas funções de gestão.

Há limites àqueles que atuaram nos últimos 36 (trinta e seis) meses como membros de estrutura decisória de partidos políticos, que exerçam cargo em organização sindical, que tenham sido contratados ou possuam parceria com a sociedade estatal ou qualquer pessoa que possa ter conflito de interesse com a sociedade estatal.

Neste um ano vigência, a dúvida se impunha a respeito da vigência plena das disposições relativas às indicações e nomeações, sobretudo pela possibilidade de que as empresas teriam 24 (vinte e quatro) meses para se adaptar às suas disposições.

Contudo, a mero título de exemplo, no mês de janeiro de 2017, a 8ª Vara Federal do Distrito Federal, em medida liminar, em ação requerida por entidade sindical dos funcionários dos Correios, determinou que 6 (seis) nomeações da Vice-Presidência da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) teriam contrariado a Lei nº 13.303/2016, com a ordem de imediata suspensão dos seus efeitos.

O Juiz Federal da 8ª Vara Federal considerou que a “Lei nº 13.303/2016, ao criar um lapso temporal de 24 (vinte e quatro) meses para que as estatais promovam as adaptações necessárias à adequação ao disposto na referida Lei, estabeleceu apenas uma regra transitória aos atuais conselheiros e diretores, nomeados antes da edição da Lei, mantendo-os nos respectivos cargos até o término de seus mandatos, limitados exatamente a dois anos, conforme o disposto no art. 13, VI, da citada norma legal”.

Entretanto, atualmente, ao que se tem notícia, a decisão encontra-se suspensa por decisão do [Tribunal Regional Federal da 1ª Região](#), que levou em consideração o risco de dano no afastamento imediato de seis de seus Vice-Diretores: “tenho também caracterizada a possibilidade de advir à ora agravante, até julgamento do presente recurso, dano de difícil reparação com a suspensão do exercício de seis vice-presidentes, diante das competências da Diretoria-Executiva da empresa pública, sua composição – presidente e oito vice-presidentes –, e da circunstância de que seus membros, à exceção do presidente, serão substituídos, em casos

de ausência temporária, afastamentos ou impedimentos eventuais, por um dos demais vice-presidentes, indicado pelo Presidente e aprovado pela Diretoria-Executiva”.

Ao que tudo indica, a redação não muito clara da Lei nº 13.303/2016 sobre a sua exata vigência trouxe esta dificuldade interpretativa quanto aos requisitos para a nomeação de administradores e diretores.

Entende-se que a dúvida não mais subsiste, nomeadamente por conta da regulamentação da Lei nº 13.303/2016, por meio do Decreto Presidencial nº 8.945/2016, no âmbito da Administração Pública Federal, que estabelece no seu art. 30 a necessidade de observância imediata a partir da publicação da regulamentação: “Os requisitos e as vedações para administradores e Conselheiros Fiscais são de aplicação imediata e devem ser observados nas nomeações e nas eleições realizadas a partir da data de publicação deste Decreto, inclusive nos casos de recondução”.

Assim, espera-se que todas as nomeações, doravante, observem os requisitos da Lei nº 13.303/2016, de modo a reduzir a ingerência do controlador nas empresas estatais e aumentar o grau de profissionalismo na condução de seus negócios.

2. Regime de licitações e contratos

Quanto ao regime de licitações e contratos, as inovações da Lei nº 13.303/2016 ainda não foram tão sentidas, nomeadamente pelo estabelecimento de longo prazo, até que cada empresa estatal venha a editar seu regulamento próprio de licitações e contratos.

Até o momento, por sua vez, grandes empresas estatais federais já editaram os seus respectivos regulamentos, como o [Banco do Brasil \(BB\)](#), a [Caixa Econômica Federal \(CEF\)](#), a [Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos \(ECT\)](#), o [Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social \(BNDES\)](#) e a [Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária \(INFRAERO\)](#).

Por outro lado, muito embora os respectivos documentos das estais mencionadas não tragam muitas alterações ou inovações em relação ao regime licitatório exposto pela própria Lei nº 13.303/2016, é de se destacar que o Tribunal de Contas da União já possui relevantes precedentes em relação ao regime de licitação e contratos da Lei de Empresas Estatais.

Observa-se que o Tribunal de Contas da União já se manifestou no sentido de que mesmo que as empresas estatais que ainda não regulamentaram o seu Regulamento de Licitações e Contratos, devem tomar como base os critérios de verificação de sobrepreços da Lei nº 13.303/2016 (como no caso da Petrobras):

Enquanto não forem de observância obrigatória (art. 91) as disposições da Lei 13.303/2016 pelas empresas estatais, estas deverão justificar suficientemente as contratações efetivadas por preço superior ao valor orçado, vez que o preço máximo admissível nas licitações reguladas pelo novo diploma legal é o próprio preço estimado da contratação (art. 56, inciso IV)

(TCU. [Acórdão nº 1.549/2017](#), Plenário, Representação, Relator Ministro José Múcio Monteiro).

Quanto à necessidade de divulgação dos valores estimados dos contratos a ser celebrados pelas empresas públicas, o art. 34, da Lei nº 13.303/2016, ressalva expressamente “[o] detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas” do sigilo da proposta. Ou seja, muito embora o valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa estatal seja sigiloso, os itens que compõem as propostas, como as planilhas, são ressaltados do sigilo imposto pelo art. 34, caput, da Lei nº 13.303/2016.

O TCU, em entendimento sobre o sigilo da contratação da empresa estatal, já estabeleceu:

Nas licitações realizadas pelas empresas estatais, ainda que o valor estimado da contratação seja sigiloso, 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

(TCU. [Acórdão nº 3.059/2016](#), Plenário, Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler).

Em relação ao art. 32, IV, da Lei nº 13.303, ficou estabelecido que as empresas estatais devem adotar, preferencialmente, o regime de pregão eletrônico. Em recente entendimento, o TCU já decidiu que as Empresas Estatais devem observar a preferência da modalidade de licitação de pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e serviços, conforme o art. 32, IV, da Lei nº 13.303/2016:

[No presente caso] verificou-se na Concorrência Emgea 01/2016 a escolha indevida da modalidade concorrência, do tipo técnica e preço, uma vez que não restou demonstrada a impossibilidade da especificação de critérios técnico-operacionais que viessem a estabelecer a capacidade mínima razoável de atendimento condizente com os padrões de qualidade, rendimento e produtividade dos serviços que se desejava contratar, sendo a jurisprudência do TCU remansosa quanto à obrigatoriedade de utilização da modalidade pregão, de preferência na forma eletrônica, para a contratação de bens e serviços comuns, bem como diante do disposto no art. 32, inciso IV, da Lei 13.303/2016.

(TCU. [Acórdão nº 2.853/2016](#), Plenário, Tomada de Contas. Relator: Ministro Raimundo Carreiro)

Mesmo que cada empresa estatal tenha a prerrogativa de regulamentar as suas especificidades, acredita-se que o Tribunal de Contas da União já possui precedentes no sentido de dar guarida/proteção ao regime de licitação e contratos específico para as empresas estatais (o que não era admitido anteriormente com a Petrobras).[1]

Conclusão

Em conclusão, este um ano de vigência da Lei de Empresas Estatais (ainda que em partes) demonstrou que a incidência plena de muitas de suas disposições ainda dependerá daquilo que ainda está por vir.

O atingimento do prazo de 24 (vinte e quatro) meses desde a sua edição, no ano de 2018, quando a sua observância se tornará obrigatória a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista brasileiras, será crucial para a definição do futuro da Lei de Empresas Estatais, mesmo que já se considere que as disposições relativas à governança corporativa estejam em pleno vigor (como o próprio Decreto Presidencial nº 8.945/2016 faz inferir).

No específico caso do regime de licitações e contratos da Lei de Empresas Estatais, observou-se que o Tribunal de Contas da União vem se posicionando de maneira favorável ao seu regime, determinando que várias empresas estatais federais já observem as disposições da Lei nº 13.303/2016, mesmo que estas não tenham editado regulamento específico de licitações e contratos.

[1] Destaca-se que o Tribunal de Contas da União chegou a declarar a inconstitucionalidade do regime licitatório diferenciado da Petrobras, mas cuja decisão encontra-se suspensa por determinação do Supremo Tribunal Federal.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2017-set-24/clovis-bertolini-lei-estatais-ainda-depender-jurisprudencia/>