

Dotti: O Enunciado 17 da I Jornada de Direito Administrativo

02/09/2020

A I Jornada de Direito Administrativo, evento em formato virtual realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF) entre os dias 3 e 7 do mês passado, aprovou 40 enunciados atinentes à área do Direito Administrativo, entre eles temas referentes às empresas estatais e seus processos de contratação.



Destaque-se o disposto no Enunciado 17:

"Os contratos celebrados pelas empresas estatais, regidos pela Lei nº 13.303/2016, não possuem aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993. Em casos de lacuna contratual, aplicam-se as disposições daquela Lei e as regras e os princípios de direito privado".

A aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993 nos contratos celebrados por empresas estatais, caso fosse adotada, inviabilizaria a coexistência dessas entidades em relação às empresas privadas — suas concorrentes no mercado de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços — em face da dissociação do procedimento formal previsto nos contratos regidos pela Lei Geral de Licitações em relação às medidas céleres praticadas pelo setor privado.

Estabelece o artigo 32, inciso IV, da Lei nº 13.303/2016, o qual 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, que:

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

Segundo a diretriz citada, as empresas estatais devem adotar, de forma preferencial, a modalidade de licitação denominada de pregão, instituída pela Lei nº 10.520/2002, para as aquisições de bens e serviços comuns. Resulta, pois, que o processamento das licitações pelas empresas estatais, com base nessa modalidade (pregão), observará o rito procedimental previsto na Lei nº 10.520/2002, vedando-se que seus regulamentos internos combinem ritos ou criem sistemas jurídicos híbridos de licitações que misturem atos administrativos e fases existentes nessa lei (nº 10.520/2002) com aqueles previstos na Lei nº 13.303/2016. Quando adotada a modalidade de pregão, vinculam-se à empresa estatal às regras da Lei nº 10.520/2002 no processamento da licitação, competindo à autoridade competente designar, entre os agentes públicos da entidade, o pregoeiro e a respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, entre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor. E na lacuna da Lei nº 10.520/2002 acerca do processamento do pregão pela empresa estatal, aplica-se a Lei nº 13.303/2016 ou a Lei nº 8.666/1993? A resposta está no artigo 9º da Lei do Pregão, o qual estabelece a aplicação subsidiária das normas da Lei Geral de Licitações, a Lei nº 8.666/1993. A aplicação subsidiária dessa lei decorre do rigor formal que devem atender aos procedimentos licitatórios, independentemente do órgão ou entidade pública licitante, evitando-se, assim, a inserção de cláusulas ou condições não previstas em lei, que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame, ou, ainda, de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Ante à adoção preferencial da modalidade de pregão pelas empresas estatais e o seu processamento por meio das regras existentes na Lei nº 10.520/2002, exsurge a seguinte indagação: os contratos decorrentes de licitações processadas sob essa modalidade (pregão) são regidos pela Lei nº 8.666/1993 ou pela Lei nº 13.303/2016? A resposta está na lei que instituiu o regime jurídico de licitações das empresas estatais, a Lei nº 13.303/2016, notadamente o seu artigo 68, segundo o qual "*os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado*". Assim, o contrato decorrente de licitação processada por meio da modalidade de pregão, regradada pela Lei nº 10.520/2002, reger-se-á pelas normas da Lei nº 13.303/2016. Em casos de lacuna contratual, aplicam-se as disposições dessa lei (nº 13.303/2016) e as regras e os princípios de Direito privado.

O texto do Enunciado 17, em razão da utilização preferencial da modalidade de pregão pelas empresas estatais, poderia ter sido ampliado para dispor que *os contratos celebrados por essas entidades, inclusive os decorrentes dessa modalidade (pregão), reger-se-ão pela Lei nº 13.303/2016, não sendo aplicável, subsidiariamente, as regras da Lei nº 8.666/1993*. Pode-se argumentar que tal disposição ampliativa do enunciado é despicienda em razão da clareza do artigo 68 do estatuto jurídico das empresas estatais, mas tal argumento não guarda razão. É que o processamento de licitação na modalidade de pregão, regida por lei específica, a Lei nº 10.520/2002, a qual admite aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993, por empresas estatais cujo regime jurídico encontra previsão na Lei nº 13.303/2016, são aptos o bastante para gerar dúvida a respeito da norma de regência aplicável aos contratos de prestação de serviços e fornecimento de bens, comuns, celebrados no âmbito dessas entidades.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-set-02/dotti-enunciado-17-jornada-direito-administrativo/>