

PROTOCOLO Nº: 525636/18
ORIGEM: USINA ELÉTRICA A GÁS DE ARAUCÁRIA LTDA
INTERESSADO: JOPSON CUSTODIO
ASSUNTO: CONSULTA
PARECER: 872/18

Consulta. Lei das Estatais. Aquisição direta de produtos, serviços e obras providos por outras estatais. Inaplicabilidade de licitação. Hipótese normativa de contratação direta. Resposta à consulta.

Trata-se de consulta formulada por Usina Elétrica a Gás de Araucária Ltda., sociedade de economia mista estadual, mediante a qual pretende a resposta ao seguinte quesito (peça 2):

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

A peça inicial veio instruída de parecer ofertado pelo Departamento Jurídico da consulente, que contextualizou o regime jurídico incidente sobre a empresa e as normas constitucionais pertinentes à exploração de atividade econômica pelo Estado, explicitando a inovação legislativa promovida pela Lei nº 13.303/2016. Nesse sentido, sustentou-se a tese de que na hipótese em exame tem-se a inaplicabilidade das normas de licitação, a ocorrer sempre que a contratada igualmente seja empresa estatal ou sociedade de economia mista.

Recebida a consulta (Despacho nº 1180/18-GCIZL, peça 4), a Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca indicou a inexistência de precedentes específicos (Informação nº 84/18, peça 5), após o que se seguiu a instrução da 2ª Inspeção de Controle Externo (Instrução nº 5/18, peça 7).

Em suas razões, a unidade técnica indicou a existência de processo de consulta que versa sobre dispositivos da Lei nº 13.303/2016 (autos nº 35624/17, de relatoria do Conselheiro Nestor Baptista), sugerindo a reunião dos feitos. No mérito, referiu entendimentos doutrinários no sentido de que a hipótese normativa compreende nova espécie de contratação direta, por tornar inaplicáveis as disposições referentes às licitações – inclusive, no plano procedimental. Consignou a

dificuldade de interpretação do dispositivo, que poderia indicar a inaplicabilidade da licitação para a *venda* dos próprios produtos e serviços ou, em sentido contrário, para a *aquisição* dos ofertados por outras empresas estatais ou de economia mista. Asseverou, ademais, a superação legal do paradigma de atividades-fim, atribuindo-se como critério a vinculação ao objeto social da contratada.

Sem embargo dessas ponderações, a admitir que “*a contratação eventualmente poderia ser formalizada com base no referido inciso*”, a unidade técnica posicionou-se no sentido de ser preferível fundamentar as contratações diretas pretendidas pela consulente na hipótese de dispensa licitatória do art. 29, XI da legislação regente. Ao fim, informou a inexistência de interpretação consolidada a respeito da norma do art. 28, § 3º, a dificultar avaliações precisas e seguras desse regime.

Após, vieram os autos ao exame do *Parquet*.

De início, verificados os requisitos de admissibilidade estatuídos no art. 38 da Lei Complementar estadual nº 113/2005 – a saber: legitimidade do consulente, nos termos do art. 39, objetividade do quesito, que materializa dúvida precisa sobre dispositivo legal concernente ao controle externo efetuado pelo Tribunal de Contas, apresentação em tese e elaboração de parecer local sobre a matéria – há de se ratificar o conhecimento da consulta.

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

Superado esse aspecto, no mérito, denota-se que tanto o opinativo local quanto a instrução desta Corte salientaram que a previsão normativa do art. 28, § 3º, inciso I da Lei nº 13.303/2016 inaugura espécie *sui generis* de contratação direta, a que a doutrina tem qualificado como *inaplicabilidade de licitação*:

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

(...)

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

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

A distinção parece guardar fundamento no fato de que, diversamente das hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, as situações do aludido § 3º eximem as empresas públicas e as sociedades de economia mista até mesmo da observância de padrões procedimentais para formalizar as contratações diretas (de que tratam o art. 30, § 3º da legislação). Assim, tem-se novo paradigma legislativo, que, amparado na ressalva inicial do texto do art. 37, XXI e no estatuto a que se refere o art. 173, § 1º, inciso III, ambos da Constituição, intenta proporcionar maior simplificação à rotina de determinadas aquisições efetivadas por tais entidades da Administração indireta.

Desponta, nesse sentido, a interpretação – com a qual, igualmente, convergem a consulente e a unidade técnica – de que o dispositivo volta-se a possibilitar não apenas a *oferta* dos produtos e serviços que constituem a atividade econômica das empresas públicas e sociedades de economia mista, como também a *aquisição* direta de produtos, serviços ou obras providos por outras empresas que se submetem ao mesmo regime, desde que haja relação com seus respectivos objetos sociais.

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

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

A literalidade do dispositivo – que, por si só, basta à resolução da questão proposta pela consulente – pode ser confirmada ao se observar o teor do Parecer¹ proferido pelo Senador Tasso Jereissati, Relator do Projeto de Lei do Senado nº 555/2015, que foi convertido na Lei nº 13.303/2016, ao examinar as emendas apresentadas naquela Casa Legislativa e propor texto substitutivo à proposição original:

As Emendas nºs 3 e 38 alteram os arts. 27 e 48, e tem por finalidade estabelecer que **a alienação de bens das empresas públicas e sociedades de economia mista não necessita:** (i) de avaliação formal nos casos de dispensa de licitação, como em transferências a órgãos e entidades da administração pública, doação para fins de interesse social, na venda de ações, títulos de crédito e bens que comercializem; e (ii) **de processo licitatório para comprar ou vender produtos**

¹ A tramitação e os documentos associados ao PLS nº 555/2015 estão disponíveis na página <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122838>. Acesso em 08 out 2018.

e serviços diretamente vinculados aos respectivos objetos sociais. Da mesma forma, as empresas estão dispensadas de fazer processos licitatórios nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculadas a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a viabilidade de procedimento competitivo. (Grifamos)

Vale destacar que, naquele momento da tramitação legislativa, o art. 27 apresentava texto correspondente ao vigente art. 30, pelo que se compreende que a justificativa apresentada pelo Relator do Projeto de Lei autoriza a interpretação advogada pelo Departamento Jurídico da UEGA (e, afinal, pela 2ª Inspeção desta Corte).

Nessa exata medida, com o devido respeito ao posicionamento divergente, não se pode compreender que a hipótese normativa retratada nesse dispositivo legal se subsume à do art. 29, inciso XI da mesma lei. Nesse caso, tem-se que a dispensa do certame licitatório é possível somente nas contratações entre as empresas e suas respectivas subsidiárias, condicionadas não somente à conformidade com o objeto social, como também à demonstração da compatibilidade dos preços praticados no mercado.

Tal dispositivo, portanto, traduz situação mais restritiva que a retratada no artigo anterior, não possibilitando a contratação de empresas públicas ou sociedades de economia mista entre si. Dessa sorte, ainda que se tenha por viável a utilização desse permissivo legal em dadas circunstâncias, fato é que a solução por ele admitida não satisfaz o âmbito de contratações albergado pela previsão do art. 28, § 3º, inciso I.

Isso posto, o Ministério Público de Contas manifesta-se pelo **conhecimento** da consulta e, no mérito, pela **formulação de resposta positiva ao quesito enunciado pela consulente**.

Curitiba, 8 de outubro de 2018.

Assinatura Digital

FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI
Procurador-Geral do Ministério Público de Contas