

PROTOCOLO Nº: 412054/23
ORIGEM: COMPANHIA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E
COMUNICAÇÃO DO PARANÁ-CELEPAR
INTERESSADO: ANDRE GUSTAVO SOUZA GARBOSA
ASSUNTO: CONSULTA
PARECER: 262/23

Consulta. Celepar. Questionamentos acerca do inciso III, do artigo 28, da Lei nº 13303/16. Pela resposta ao primeiro quesito, nos termos do parecer. Resposta prejudicada quanto aos demais quesitos, nos termos do inciso II, do artigo 311, do Regimento Interno.

Trata o presente acerca de Consulta formulada pela CELEPAR – Companhia de Tecnologia da Informação e Comunicação do Paraná, por intermédio de seu Diretor-Presidente, sr. ANDRÉ GUSTAVO SOUZA GARBOSA, por meio do qual pretende que esta Corte de Contas se manifeste, em tese, acerca da aplicação do art. 28, §3º, da Lei Federal nº 13.303/2016, nos seguintes termos:

Dúvida nº 1 – As oportunidades de negócio de que trata o artigo 28, §3º, II e §4º da lei federal nº 13.303/2016 podem abranger a contratação de bens e de serviços? Se sim, quais elementos diferenciam as hipóteses de contratação de bens e serviços por oportunidade de negócio das hipóteses em que a contratação de bens e serviços deve ser licitada?

Dúvida nº 02 – É possível a contratação, por empresa estatal, de sociedade de propósito específico (SPE), criada por esta estatal em parceria de oportunidade de negócio com particular, com a finalidade exclusiva de prestação de serviços específicos e exclusivos para a própria estatal, com lastro em oportunidade de negócio do artigo 28, §3º da Lei federal nº 13.303/2016, afastando-se a incidência dos artigos 28, 29 e 30 do mesmo diploma legal, quando esta contratação dos serviços prestados pela SPE também fizerem parte da oportunidade de negócio identificada?

Dúvida nº 03 – Realizada parceria entre empresa estatal e particular, fundamentada em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal, é possível a contratação direta, por pessoa jurídica de direito público interno, de consórcio empresarial, criado na forma do art. 278 da Lei federal nº 6.404/1976, este constituído entre empresa estatal criada para prestar serviços específicos à administração pública e por particular, com lastro em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada?

Dúvida nº 04 – É possível a contratação em inexigibilidade, por pessoa jurídica de direito público interno, de consórcio empresarial criado na forma do art. 278 da Lei federal nº 6.404/1976, este constituído entre particular e empresa estatal criada

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ Gabinete da Procuradoria-Geral

para prestar serviços à administração pública, com lastro em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada, quando, por disposição legal, a estatal é a responsável pela prestação de serviços específicos aos Entes da Administração Pública Estadual e o consórcio for necessário para o apoio, de forma acessória, da empresa estatal na prestação dos referidos serviços específicos, quando estes serviços prestados em conjunto forem de natureza singular?

O consulente acostou aos autos parecer jurídico (peça 04), abordando adequadamente os questionamentos trazidos a esta Corte de Contas.

A presente consulta foi recebida pelo Conselheiro Ivens Z. Linhares, por meio do Despacho nº 794/23 (peça 10).

Por intermédio da Informação nº 94/23 (peça 12), a Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca informou a existência dos Acórdãos nº 1961/19– Tribunal Pleno, nº 4791/17-Tribunal Pleno e nº 2697/17, que podem auxiliar no deslinde das questões trazidas pelo consulente.

Pela Instrução nº 33/23 (peça 13), a 4ª Inspeção de Controle Externo manifestou-se nos seguintes termos:

(...)

Neste sentido a proposta de resposta ao questionamento 1 é a seguinte: Os bens e serviços que estejam necessariamente atrelados à persecução de uma oportunidade de negócio definida e específica (que beneficie ambos os parceiros), às particularidades do parceiro e à inviabilidade do procedimento competitivo para exploração de atividade econômica, consoante objeto social da entidade e do parceiro, podem ser abrangidos pela oportunidade de negócio, desde que exaustivamente justificados pela autoridade administrativa visando sempre demonstrar os pressupostos para utilização do instituto em questão e o interesse público a ser atingido o qual necessita ser também demonstrado.

O que diferencia a contratação de bens e serviços por licitação são justamente os requisitos trazidos pelo art. 28, §3º da Lei federal nº 13.303/2016. Em procedimentos licitatórios, os bens e serviços não precisam estar atrelados à oportunidade de negócio definida e específica, tampouco às particularidades do parceiro ou à inviabilidade do procedimento competitivo.

Em resumo, é possível a contratação de bens e serviços pelo parceiro selecionado com amparo no art. 28, §3º, II da Lei 13.303/16 desde que: (i) os bens e serviços estejam necessariamente atrelados à persecução de uma oportunidade de negócio definida e específica para exploração de atividade econômica consoante objeto social da entidade, (ii) não sirvam unicamente à fruição pela própria estatal, de forma que a associação com o parceiro vise à prestação conjunta de atividade econômica (iii) que seja demonstrada a compatibilidade dos preços praticadas pelo parceiro com os de mercado e (iv) sejam atendidos os demais requisitos elencados no § 3º inciso II do dispositivo legal em comento.

(...)

Neste sentido a proposta de resposta ao questionamento 2 é a seguinte:

Resta prejudicada análise do mérito quanto ao questionamento efetuado ante a constatação de potencial benefício à empresa privada constituída na forma do art. 28, §3º, II da Lei 13.303/2016 e posterior afastamento dos artigos 28, 29 e 30 do

mesmo diploma legal, inteligência do art. 311, §2º do RI5, TCE-PR. Sem prejuízo da constatação de que a situação trazida extrapola resposta em tese ao invadir hipóteses de exceção, as quais demandariam análise casuística individualizada das necessidades da Administração.

Assim, neste momento, possível esclarecer que, em tese, é possível a criação de uma **sociedade de propósito específico (SPE), entre estatal e particular**, com lastro em oportunidade de negócio do art. 28, §3º, da Lei nº 13.303/2016, visto que o rol de formas jurídicas que podem ser adotadas para a parceria de oportunidade de negócio **não é exaustivo, mas exemplificativa**, conforme se extrai de disposição literal do §4º do mencionado. Todavia a contratação pela estatal de SPE constituída **não afasta de plano, por consequência, a possibilidade de incidência dos artigos 28, 29 e 30 do mesmo diploma legal, tendo em vista que a regra é a licitação e a análise da exceção demandaria conhecimento individualizado de caso em concreto e beneficiaria mesmo que indiretamente empresa privada, in casu, SPE constituída, inteligência do art. 311, §2º do RI, TCE-PR.**

(...)

Neste sentido a proposta de resposta ao questionamento 3 é a seguinte:

Pelas regras atinentes ao instituto da Consulta (RI, TCE-PR, arts. 311 a 316), a análise desta dúvida restou prejudicada.

A uma, porque a pergunta formulada aparenta antecipar instrumento legal para futura contratação por parte da Administração. A regra da Lei 14.133/21 é que as contratações precedam de licitações, inclusive quanto aos consórcios, inteligência do art. 15 da 14.133/21.

Já o amoldamento jurídico das contratações diretas, exceções à regra geral, dependem da análise material do caso concreto (e.g. objeto do contrato de constituição do consórcio, estudo técnico-preliminar do órgão contratante, entre outros).

A duas, porque houve extrapolação da legitimidade da Celepar. Ainda que presente a legitimidade formal da entidade postulante, nos termos do art. 312, I do Regulamento Interno do TCE-PR, os órgãos que efetivamente poderão fazer uso da contratação direta do consórcio formado com fulcro no art. 28, §3º, II da Lei das Estatais sofrerão as consequências da resposta desta Consulta, sem que lhes tivesse sido oferecida a oportunidade de influenciar a decisão.

A três, ante a constatação de que haveria benefício à empresa privada consorciada na forma do art. 28, §3º, II da Lei 13.303/2016, o que vedaria resposta à consulta, por inteligência do art. 311, §2º do RI12, TCE-PR.

(...)

Neste sentido a proposta de resposta ao questionamento 4 é a seguinte:

Pelas regras atinentes ao instituto da Consulta (RI, TCE-PR, arts. 311 a 316), a análise desta dúvida restou prejudicada.

A uma porque a pergunta formulada aparenta antecipar instrumento legal para futura contratação por parte da Administração. É que a regra da Lei 14.133/21 é que as contratações procedam de licitações, inclusive quanto aos consórcios, inteligência do art. 15 da 14.133/21.

Já o amoldamento jurídico das contratações por inexigibilidade, exceções à regra geral, dependem da análise material do caso concreto (e.g. objeto do contrato de constituição do consórcio, estudo técnico-preliminar do órgão contratante, enquadramento em algum dos suportes elencados no art. 74 da Lei 14.133/21, entre outros).

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ Gabinete da Procuradoria-Geral

A duas porque houve extrapolação da legitimidade da Celepar. Ainda que presente a legitimidade formal da entidade postulante nos termos do art. 312, I do Regulamento Interno do TCE-PR, os órgãos que efetivamente poderiam fazer uso da contratação direta do consórcio formado com fulcro no art. 28, §3º, II da Lei das Estatais sofrerão as consequências da resposta desta Consulta sem que lhes tivesse sido oferecida a oportunidade de influenciar a decisão.

A três ante a constatação de que haveria benefício à empresa privada consorciada na forma do art. 28, §3º, II da Lei 13.303/2006 o que vedaria resposta à consulta, por inteligência do art. 311, §2º do RI18, TCE-PR.

É o breve Relatório.

Os requisitos para a proposição de Consulta junto a esta Corte de Contas foram cumpridos, nos termos do art. 311, do Regimento Interno, já que o feito: a) foi formulado por autoridade legítima, b) contém apresentação objetiva dos quesitos, com indicação precisa dos questionamentos; c) versa sobre dúvida na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência do Tribunal, d) encontra-se instruído por parecer jurídico emitido pela assessoria da entidade consulente e e) os quesitos foram apresentados em tese.

Passa-se à resposta aos questionamentos realizados pelo consulente.

Dúvida nº 1 – As oportunidades de negócio de que trata o artigo 28, §3º, II e §4º da lei federal nº 13.303/2016 podem abranger a contratação de bens e de serviços? Se sim, quais elementos diferenciam as hipóteses de contratação de bens e serviços por oportunidade de negócio das hipóteses em que a contratação de bens e serviços deve ser licitada?

Da leitura dos dispositivos acima citados, é possível se inferir que a chamada “lei das estatais” albergou normas específicas para as contratações envolvendo as atividades finalísticas das empresas estatais, conforme art. 28, § 3º, para as quais consideram-se inaplicável o regime comum de contratação.

Acerca do tema, importante destacar o disposto no Acórdão nº 2488/18- Plenário¹, do Tribunal de Contas da União, que assim abordou o tema:

107. Da leitura desse dispositivo, depreende-se que, embora a realização de licitação seja a regra, estão previstas exceções aplicáveis aos casos em que a sociedade de economia mista esteja atuando de maneira a explorar atividade econômica relativa à sua atividade fim. Afinal, ao realizar procedimento negocial afeto à sua finalidade, a estatal poderá se valer de meios que lhe permitam competir em condições de igualdade com as empresas privadas do setor

¹Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*NUMACORDAO%253A2488%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uid=7271eb20-ae17-11e9-922a-436cbbc9fb40

econômico em que ela atua. Em síntese, quando realizar uma negociação comercial, diretamente relacionada com as atividades que compõem seu objeto social, a empresa buscará uma solução de contratação que seja mais próxima à de uma empresa privada.

(...)

113. Nesse sentido, friso que o caput do art. 31 da Lei das Estatais determina que os princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da economicidade, da probidade administrativa, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo devem reger os contratos no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, com vistas a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa.

114. Por via de consequência, cabe verificar se tais princípios foram ou não observados no caso vertente e, caso não tenham sido, se isso prejudicou a economicidade do negócio jurídico sob comento.

(...)

117. Da leitura desse dispositivo legal, constato que a contratação direta da empresa parceira depende:

a) da configuração de uma oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do estabelecido no § 4º do art. 28 da Lei das Estatais;

b) da demonstração da vantagem comercial que se espera advirá para a empresa estatal; e

c) da comprovação pelo administrador público de que o parceiro escolhido apresenta condições peculiares que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e

d) da demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo.

118. No caso vertente, saliento que a (...) não apresentou estudos detalhados e prévios que embasassem a celebração da parceria em tela e permitissem verificar o atendimento dos requisitos expostos no parágrafo acima. Logo, restou caracterizada uma falha grave, cujas consequências serão analisadas ao longo deste voto. (grifou-se)

É possível se inferir, portanto, que a possibilidade de aquisição de bens e serviços com fulcro no citado dispositivo deve estar necessariamente atrelada à oportunidade de negócio, atendendo-se também os requisitos elencados na decisão acima.

Desta feita, esta Procuradoria-Geral do Ministério Público de Contas entende que o primeiro quesito pode ser respondido nos seguintes termos: a estatal que contratar com base em no inciso III, do art. 28, deverá demonstrar cabalmente que o negócio lhe é favorável, assim como deve aclarar sobre a vantajosidade em contratar o parceiro escolhido para fornecer bens ou serviços, além dos motivos

pelos quais só poderia ocorrer com base na efetivação de oportunidade de negócio (associação entre empresas, nas mais variadas formas), em detrimento do disposto nos art. 29 e 30, que cuidam de dispensa e contratação direta, respectivamente.

Dúvida nº 02 – É possível a contratação, por empresa estatal, de sociedade de propósito específico (SPE), criada por esta estatal em parceria de oportunidade de negócio com particular, com a finalidade exclusiva de prestação de serviços específicos e exclusivos para a própria estatal, com lastro em oportunidade de negócio do artigo 28, §3º da Lei federal nº 13.303/2016, afastando-se a incidência dos artigos 28, 29 e 30 do mesmo diploma legal, quando esta contratação dos serviços prestados pela SPE também fizerem parte da oportunidade de negócio identificada?

Dúvida nº 03 – Realizada parceria entre empresa estatal e particular, fundamentada em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal, é possível a contratação direta, por pessoa jurídica de direito público interno, de consórcio empresarial, criado na forma do art. 278 da Lei federal nº 6.404/1976, este constituído entre empresa estatal criada para prestar serviços específicos à administração pública e por particular, com lastro em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada?

Dúvida nº 04 – É possível a contratação em inexigibilidade, por pessoa jurídica de direito público interno, de consórcio empresarial criado na forma do art. 278 da Lei federal nº 6.404/1976, este constituído entre particular e empresa estatal criada para prestar serviços à administração pública, com lastro em oportunidade de negócio ligada ao objeto social da empresa estatal consorciada, quando, por disposição legal, a estatal é a responsável pela prestação de serviços específicos aos Entes da Administração Pública Estadual e o consórcio for necessário para o apoio, de forma acessória, da empresa estatal na prestação dos referidos serviços específicos, quando estes serviços prestados em conjunto forem de natureza singular?

Em se tratando da resposta aos demais quesitos constantes da presente consulta (nº 02, 03 e 04), esta Procuradoria-Geral do Ministério Público de Contas corroborava integralmente a resposta ofertada pela 4ª Inspeção de Controle Externo.

Isto porque, em que pese, **em tese**, seja possível a formação e a contratação de sociedade de propósito específico formada pela sociedade de economia mista em conjunto com empresa particular, com base em oportunidade de negócio, assim como a contratação sem licitação por parceria ou consórcio, com ente de direito público interno, não há possibilidade de se ofertar resposta quanto ao mérito dos quesitos, uma vez que dependem de análise de caso concreto. Nesse sentido, importante transcrever o magistério de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO²:

² ARAGÃO, Alexandre Santos. *Empresas Estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 468.

Porém, quando a estatal estiver, ela própria, finalisticamente buscando a realização do seu próprio objeto social através de uma empresa participada, a escolha do sócio, poderá não se acomodar em critérios [meramente] objetivos.

Mas deve-se estar atento em cada caso concreto para que a criação de uma parceria societária na verdade não encubra um verdadeiro contrato com o sócio privado. A possibilidade de os órgãos de controle aceitarem a escolha de um sócio sem licitação pode levar gestores públicos a dar forma jurídica de sociedade a contratos que economicamente são, por exemplo, de mera prestação de serviços.

Para que se demonstre de antemão não haver desvios na escolha de parceria societária, mister se faz explicitar as razões pelas quais é necessário tal vínculo com a empresa privada, a existência e a necessidade de um substrato de união perene entre as partes, que não teriam como ser atendidas por exemplo através de um contrato de mera prestação de serviços.

Hão de ser demonstrados fatores como a necessidade de cooperação continuada, a conjunção empresarial de esforços, a integração logística, o aprendizado de know-how, a transferência de tecnologia etc. que impliquem, ainda que revestida de elevado grau de discricionariedade administrativo-negocial, a razoabilidade da decisão de se fazer uma parceria societária [personificada ou despersonificada] e não a celebração de um vínculo meramente contratual.

Desta forma, o expediente de consulta não se presta a avaliar eventual contratação pela consulente nos termos questionados, já que apenas em análise de caso concreto, dada a peculiaridade dos quesitos ofertados, poderia ser verificado se efetivamente todos os requisitos legais foram efetivamente cumpridos, e se de fato, não se estaria validando a celebração, por meio de parceria, de mero contrato de prestação de serviços, sob a roupagem de “oportunidade de negócio”, ou, de forma mais gravosa, se estaria validando contratação direta com ente de direito público interno realizado à margem da lei de regência.

Ademais, todas as hipóteses acima, esbarram na vedação contida no § 2º, do art. 311, do Regimento Interno, uma vez que quando empresa privada puder ser direta ou indiretamente beneficiada, é vedada resposta à consulta.

De forma conclusiva, cabe transcrever excerto da instrução exarada pela 4ª ICE:

Entendemos que questões prejudiciais, atinentes ao instituto da Consulta, impedem a análise do mérito desta questão.

Em primeiro lugar porque o art. 311, V do Regulamento Interno do TCE-PR impõe que a consulta seja formulada em tese. Ora, partindo da premissa de que as pessoas jurídicas de direito público interno a que alude a dúvida façam uso da Lei 14.133/21 em suas contratações, tem-se evidente que a regra do sistema é a licitação. Nesta linha de raciocínio, a contratação direta prevista nos arts. 74 e 75 da Lei deve ser compreendida como exceção à regra geral.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ Gabinete da Procuradoria-Geral

Por sua vez, o amoldamento da contratação por inexigibilidade em qualquer dos fundamentos reclama a análise da situação material do caso concreto. Sem se saber de antemão qual o fundamento fático sobre o qual será fundamentada a inexigibilidade da licitação, não há como responder à consulta.

De forma que, estar-se-ia antecipando futuro amoldamento legal sem se saber se estão preenchidos os pressupostos fático-jurídicos exigidos em lei.

Caso a resposta dada fosse negativa, incorrer-se-ia no risco de, mesmo estando presentes os pressupostos fáticos e jurídicos, alijar a Administração Direta de amoldar sua contratação em um daqueles dispositivos. Por outro lado, em sendo positiva, poder-se-ia legitimar contratações diretas ainda que descumpridas as situações fático-jurídicas que a ensejam.

Em segundo lugar, ainda que formalmente legitimada a formular Consulta ao TCE-PR, entendemos que a entidade postulante carece de legitimação. É que o caso específico desta questão requer que seja oferecida às pessoas jurídicas de direito público interno a oportunidade de influenciar a decisão a ser tomada pelos julgadores. Isto se deve ao fato de que, sem o devido contraditório substantivo dos órgãos da Administração Direta, qualquer decisão tomada, seja afirmativa ou negativa, carecerá de profundidade e perspectiva.

Enfim, sem se oportunizar influência aos potenciais órgãos e entes que poderiam contratar por inexigibilidade o consórcio formado com base no art. 28, §3º, II da Lei 13.303/2016, não é possível se ter uma cognição completa das possíveis situações fáticas e jurídicas em que se subsumirá a contratação direta.

Não se pode esquecer de que, neste cenário, mesmo que a Consulta fosse respaldada no art. 311, §1º do RI do TCE-PR, a análise do mérito restaria prejudicada ante a constatação de que haveria benefício à empresa privada consorciada na forma do art. 28, §3º, II da Lei 13.303/2016. Inteligência do art. 311, §2º do RI, TCE-PR.

Como exposto na Dúvida nº 1 acima, o que se pode afirmar em sede de Consulta, pelo art. 15 da Lei 14.133/21, é que é possível a contratação por licitação de consórcio, inclusive o formado com fulcro no art. 28, §3º, II da Lei 13.303/16.

Não se pode esquecer de que, neste cenário, mesmo que a Consulta fosse respaldada no art. 311, §1º do RI do TCE-PR, a análise do mérito restaria prejudicada ante a constatação de que haveria benefício à empresa privada consorciada na forma do art. 28, §3º, II da Lei 13.303/2016. Inteligência do art. 311, §2º do RI16, TCE-PR.

Isto posto, entende-se prejudicada a resposta aos quesitos nº 02, 03 e 04.

É o parecer.

Curitiba, data da assinatura digital.

Assinatura Digital

VALÉRIA BORBA
Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas