<http://licitantevencedor.com.br/nova-lei-das-estatais-e-aplicacao-subsidiaria-da-lei-de-licitacoes/>

***A CONCLUSÃO EQUIVOCADA***

A simples leitura do texto da Lei Federal de n. 13.303/2016 nos traz a ideia precisa e inabalável de que às Estatais não se aplicam mais os normativos contidos na vigente Lei Federal de n. 8.666/1993, posto que, diferentemente da Lei Federal de n. 10.520/2002, esta não traz qualquer previsão de aplicação subsidiária daquela, bem como, regula em detalhes e de forma diversa as questões relativas ao procedimento concorrencial e, como dito acima, a relação jurídica decorrente da celebração do Contrato Administrativo.

Apesar da conclusão referida no parágrafo supra, ao vislumbrarmos a aplicação prática das regras contidas na referida Lei Federal de n. 13.303/2016, podemos constatar que no curso da relação jurídica ou mesmo, no curso do procedimento licitatório, nos depararemos com fatos não regulados no referido normativo e, necessariamente, precisaremos adotar técnicas interpretativas com o fim de alcançar a solução para a hipótese não prevista no texto legal sem, por óbvio, afastar-se dos fundamentos que nortearam o Legislativo ao elaborar os novos regramentos.

Para melhor ilustrar o que foi dito no parágrafo acima, destacamos a imensa diferença entre o status detido pela Estatal – em virtude das disposições contidas na vigente Lei Federal de n. 8.666/1993 – na relação jurídica celebrada com o particular e o à mesma atribuído em razão da Lei Federal de n. 13.303/2016.

***As Consequências do Entendimento Consolidado***

Depois de mais de 20 anos de vigência da Lei de Licitações, é inegável que se encontra já demasiadamente consolidado na mente de qualquer servidor público que atue no segmento das contratações coma iniciativa privada, o entendimento de que a Administração Pública (no caso, também as Estatais) detém condição imperativa em relação ao particular e goza do benefício da adoção das conhecidas *Cláusulas Exorbitantes*.

Ocorre que a nova Lei das Estatais confere às Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista – tendo em vista sua atuação junto ao mercado privado – o mesmo status detido pelas sociedades empresárias, não mais sendo admitida para as referidas instituições a prerrogativa de adotar as *Cláusulas Exorbitantes* na relação jurídico constituída com a iniciativa privada.  Assim regula o artigo 69 da vigente Lei Federal de n. 13.303/2016:

Art. 69.  São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:

I – o objeto e seus elementos característicos;

II – o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III – o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV – os prazos de início de cada etapa de execução, de conclusão, de entrega, de observação, quando for o caso, e de recebimento;

V – as garantias oferecidas para assegurar a plena execução do objeto contratual, quando exigidas, observado o disposto no art. 68;

VI – os direitos e as responsabilidades das partes, as tipificações das infrações e as respectivas penalidades e valores das multas;

VII – os casos de rescisão do contrato e os mecanismos para alteração de seus termos;

VIII – a vinculação ao instrumento convocatório da respectiva licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, bem como ao lance ou proposta do licitante vencedor;

IX – a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, as condições de habilitação e qualificação exigidas no curso do procedimento licitatório;

X – matriz de riscos.

§ 1o  (VETADO).

§ 2o  Nos contratos decorrentes de licitações de obras ou serviços de engenharia em que tenha sido adotado o modo de disputa aberto, o contratado deverá reelaborar e apresentar à empresa pública ou à sociedade de economia mista e às suas respectivas subsidiárias, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como do detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), **com os respectivos valores adequados ao lance vencedor**, para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo.

***A IMPOSSIBILIDADE DA ADOÇÃO DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES***

Ao contrário do que se verifica na vigente Lei Federal de n. 8.666/1993, ao procedermos com a leitura dos dispositivos acima transcritos, podemos verificar que a referida norma fora omissa quanto à possibilidade de adoção das *Cláusulas Exorbitantes*ou alterações unilaterais por parte da Administração Pública.  É fato, não há disposição expressa vedando a adoção das Cláusulas Exorbitantes por parte das Estatais.  Diante de tal questão, como deve proceder o intérprete?  Deve adotar os mesmos regramentos da Lei Federal de n. 8.666¤1993, concluindo no sentido de ser absolutamente possível a alteração unilateral do Contrato Administrativo por parte das Estatais, dado ao fato de pertencerem à Administração Pública Indireta ou o correto seria concluir pela impossibilidade da adoção da condição imperativa detida pelas instituições contratantes, tendo em vista inexistir previsão legal para tal questão?

Por óbvio, pode-se de logo defender-se que a Administração Público encontra-se vinculada ao Princípio da Legalidade e, em tal caso, inexiste a previsão normativa para fundamentar a adoção das *Cláusulas Exorbitantes*na relação contratual constituída entre um Estatal e um sociedade empresária.  Da mesma forma, poder-se-ia defender que as Estatais pertencem à Administração Pública Indireta e, portanto, em havendo omissão da Lei Federal de n. 13.303¤2016, inexistiria óbice à aplicação subsidiária da vigente Lei Federal de n. 8.666¤1993, aplicando-se, portanto, às Empresas Públicas e às Sociedades de Economia Mista as mesmas regras inerentes à imperatividade característica da relação contratual constituída entre o Poder Público e a iniciativa privada.

Evidentemente não pode o intérprete deixar de aplicar a norma jurídica em decorrência da omissão de qualquer regulação específica, posto que a aplicação analógica de outros ordenamentos jurídicos sempre deve ser buscada quando diante de absoluta falta de disposição específica ao caso que demanda uma solução jurídica.  É justamente em razão dessa aplicação subsidiária ou analógica de outras normas jurídicas que se faz imprescindível a cautela na busca pela solução exigida.

Sem a menor dúvida, qualquer intérprete que milite no segmento das Licitações e dos Contratos Administrativos há algum tempo, tenderá a buscar a solução ao caso omisso nas disposições contidas na vigente Lei Federal de n. 8.666¤1993, tendo em vista a vivência com as disposições legais nela contidas e, claro, as ideias já consolidadas quanto à condições detida pela Administração Pública em relação ao particular, tanto no curso do processo concorrencial quanto durante á execução do Contrato Administrativo.

Não restam quaisquer dúvidas quanto ao fato de ser salutar a interpretação normativa decorrente da expertise, vivência e consolidação do entendimento inerente às regras procedimentais das licitações, bem como, em razão da relação jurídica constituída entre a Administração Pública e as sociedades empresárias, todavia, há que se ter absoluta cautela na adoção das normas contidas na vigente Lei Federal de n. 8.666¤1993 quando a relação jurídica constituída for entre uma Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista e uma Sociedade Empresária, pois, é demasiadamente evidente a preocupação do legislador no texto da Lei Federal de n. 13.303¤2016 quanto à adoção das regras reguladas pelo Direito Privado na relação jurídica constituídas pelas Estatais.

Concluindo, inexiste qualquer óbice à adoção de regras contidas na Lei Federal de n. 8.666¤1993 na relação jurídica entre uma Estatal e uma sociedade empresária, quando, por óbvio, diante de hipótese não regulada na Nova Lei das Estatais, todavia, a adoção analógica dos correspondentes regramentos não podem afrontar o status legal conferido às Estatais em dita relação, qual seja, a de entidade desenvolvedora de atividade regida pelo Direito Privado, não mais se justificando qualquer pretensão à uma condição imperativa no referido vínculo contratual.

**Rodrigo Soares de Azevedo**