[file:///C:/Users/Lenovo/Documents/APLICAÇÃO%20SUBSIDIÁRIA%20DA%20LEI%208.666-93%20NA%20LEI%20DAS%20ESTATAIS/JOTA%20-%20sancao-de-inidoneidade-nas-licitacoes-e-contratos-de-empresas-estatais.pdf](file:///C%3A/Users/Lenovo/Documents/APLICA%C3%87%C3%83O%20SUBSIDI%C3%81RIA%20DA%20LEI%208.666-93%20NA%20LEI%20DAS%20ESTATAIS/JOTA%20-%20sancao-de-inidoneidade-nas-licitacoes-e-contratos-de-empresas-estatais.pdf)

SITE JOTA

Já na Lei das Estatais houve a opção por tratamento exauriente do tema, em completa substituição ao regime da Lei nº 8.666/93, exceto no tocante às normas de caráter penal (artigo 41). O objetivo de criar conjunto próprio de regras para as estatais, afastando aquelas da Lei nº 8.666/93, está consignado de forma clara no artigo 28, além de ser decorrência lógica do tratamento exaustivo dado à matéria. Algo semelhante verificava-se nas normas específicas voltadas à Petrobras – agora afastadas pela Lei das Estatais –, que apresentavam tratamento amplo do tema e não continham referências à Lei nº 8.666/93.

Dentre as especificidades do regime próprio das estatais estão as regras sobre sanções administrativas. Embora haja alguma similitude no texto dos artigos 82 a 84 da Lei das Estatais e dos artigos 86 a 88 da Lei nº 8.666/93, aquele não trouxe dentre o rol de sanções a inidoneidade. Isso afasta, por consequência, a imposição da sanção mais drástica dentre aquelas previstas na Lei nº 8.666/93 em atos que digam respeito a contratos ou licitações de empresas estatais.

Eventuais sanções de inidoneidade aplicadas no âmbito da contratação de outros órgãos, com base na Lei nº 8.666/93, impedirão a participação em licitações das empresas estatais, conforme consta do artigo 38 da Lei das Estatais. Mas de licitações e contratos no âmbito das estatais não poderão resultar sanções de inidoneidade. A situação que hoje vale para todas as estatais é idêntica à que já vigorava para a Petrobras, cujas regras próprias de licitação disciplinavam sanções sem incluir no rol de possibilidades a medida de inidoneidade.

Outra consequência prática do tratamento dado ao tema na Lei das Estatais é a impossibilidade da sanção de inidoneidade continuar a ser aplicada para casos referentes a estatais anteriores à sua vigência, tendo em vista o princípio do direito sancionador de que a lei mais benéfica deve retroagir em benefício do acusado (artigo 5o, XL, da Constituição Federal).1 A nova disciplina trazida pela Lei das Estatais implica afastar essa sanção mesmo em relação a processos já instaurados para aplicar as medidas sancionadoras originalmente previstas na Lei nº 8.666/93.

A ausência de previsão da sanção de inidoneidade não é uma lacuna normativa a ser suprida pela aplicação analógica das regras gerais Lei nº 8.666/93. O princípio da legalidade estrita em matéria de sanções veda o recurso à analogia ou a interpretações de caráter extensivo para punir com pena não prevista expressamente em lei. Se a opção feita pelo legislador no âmbito das sanções é vista como inadequada por alguns, não permitindo punir na forma e nos termos que gostaria o aplicador da norma, a solução imposta pelo princípio da legalidade estrita passa por nova legislação e não pela criatividade do intérprete. Em um Estado Democrático de Direito não se resolvem problemas de técnica ou política legislativa em matéria de sanções por meio de escolhas arbitrárias por parte de quem aplica a norma.

A intenção do legislador não foi a de incorporar às regras gerais existentes, para fins de aplicação concomitante e harmônica, conjunto complementar de regras voltadas a estatais – como fez em relação ao pregão e, em menor medida, ao RDC. Houve clara e expressa opção de substituir por completo a sistemática da Lei nº 8.666/93 e outras normas aplicáveis às licitações de estatais pelo novo regime da Lei nº 13.303/16.

Há apenas um ponto no qual a Lei nº 8.666/93 tem aplicação às situações disciplinadas pela Lei nº 13.303/16, mas em razão desta não ter tratado do tema e ter optado por fazer remissão expressa ao disposto na Lei nº 8.666/93. Trata-se da já referida aplicação das regras desta última de natureza penal, conforme consta do artigo 41 da Lei nº 13.303/16.

Essa exceção apenas confirma o quanto dito acima. Quando houve a intenção de aplicar às estatais alguma norma geral da Lei nº 8.666/93, foi feita referência expressa a ela. Se a intenção fosse estender o mesmo tratamento às sanções administrativas, bastaria ter acrescentado essa previsão ao artigo 41. É o que se verifica na Lei nº 12.462/11, a qual, no tocante ao RDC, em regra similar a do artigo 41, menciona de forma expressa não apenas as sanções criminais da Lei nº 8.666/93, mas também as administrativas.

Até que o legislador opte por alterar a Lei das Estatais nesse aspecto, não há como pretender aplicar a sanção de inidoneidade em relação às licitações e contratos das empresas estatais. Pode-se até pretender que houve falha ou equívoco do legislador nesse ponto, mas a solução para problemas dessa natureza não pode ser encontrada fora do âmbito da atividade legislativa, sob pena de se negar princípios e garantias fundamentais do nosso sistema jurídico.

<https://www.zenite.blog.br/comentarios-sobre-a-nova-lei-das-estatais/>

ZENIT

Contudo, acredita-se que a criação da Lei das Estatais apresenta algumas omissões ou falta de clareza sobre alguns aspectos. Pelo exposto, interpreta-se que a intenção do legislador em criar essa nova Norma, em especial, as novas regras sobre procedimento licitatório, deu-se pela necessidade de afastar a aplicação de preceitos da Lei nº 8666/93 em busca de condições mais céleres e eficientes de contratação.

Fato esse que explica a ocorrência da derrogação do parágrafo único, do art. 1º da Lei nº 8.666/93, em relação à incidência de suas regras às empresas públicas e sociedade de economia mista, de uma forma geral. Considera-se que essa generalidade deveria ser relativizada no que diz respeito às prestadoras de serviço público, mas isso não ocorreu de forma expressa na Lei.

Sobre omissões contidas na Lei nº. 13.303/16 acredita-se que o princípio da subsidiariedade não supre lacunas pelos comandos normativos previstos na Lei 8.666/93 e demais Leis que tratam sobre licitação (Lei nº. 10.520/02 e Lei nº 12.462/11). Isso porque, no próprio texto da Lei nº 13.303/16, expressamente, prevê a aplicação subsidiária de regras contidas em outros normativos, quando o legislador julgou necessário afastando assim qualquer outro preceito normativo quando não disposto de forma clara.

Por uma visão positivista, não se poderá suprir qualquer omissão nesse sentido pela aplicação a Lei nº 8.666/93 ou outro normativo sobre licitação, tendo em vista a ocorrência do instituto da derrogação de Leis, como já mencionado. Na prática, como ocorrerá contratações de Estatais em mora caso venham a ocorrer?

<https://excelenciaeducacao.com.br/2019/12/uma-breve-analise-sobre-o-dever-de-regulamentacao-imposto-pela-lei-das-estatais/>

Renila Bragagnoli

Advogada da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e Parnaíba – Codevasf. Chefe do Consultivo da Assessoria Jurídica. Mestranda em Direito Administrativo e Administração Pública (UBA), Especialização em Políticas Públicas, Gestão e Controle da Administração (IDP)

Recentemente o Acórdão 2.279/19 do Tribunal de Contas da União – Plenário, admitiu a aplicação da Lei n.º 13.303/2016 nos procedimentos licitatórios que serão publicados, mesmo que a fase interna tenha sido iniciada anteriormente à data prevista no art. 91 da Lei das Estatais[[1]](https://excelenciaeducacao.com.br/2019/12/uma-breve-analise-sobre-o-dever-de-regulamentacao-imposto-pela-lei-das-estatais/#_ftn1), com vistas à obtenção dos potenciais benefícios apresentados pela nova legislação.

Trata-se, ao nosso ver, de uma medida mais pedagógica do que jurisprudencial acerca da aplicação temporal da Lei das Estatais, sob pena de admitir-se uma interpretação claramente *contra legem* que foi expressa em prever que permanecem regidos pela legislação anterior procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até 30 de junho de 2018.

Acerca da necessidade de elaboração do regulamento interno, é conveniente ter em mentes questões acerca da aplicação subsidiária da Lei n.º 8.666/93 às licitações das empresas estatais, informando-se pela incompatibilidade entre as Leis, o que desautoriza, ao nosso entender, a aplicação da Lei n.º 8.666/93 para suprir as eventuais lacunas da Lei n.º 13.303/16. Desta maneira, em caso de qualquer omissão ou dubiedade nas disposições da Lei das Estatais, não se deve buscar socorro nas disposições da Lei n.º 8.666/93.

A ausência de aplicação subsidiária não afasta, contudo, a aplicação dos conceitos jurídicos desenvolvidos em razão da Lei n.º 8.666/93 ou de outras legislações licitatórias, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. Não há inviabilidade, portanto, de utilizar-se de Acórdãos do Tribunal de Contas da União que tratam sobre dispensa de licitação em razão de situação emergencial, pois o conceito jurídico acerca do que seria “situação emergencial” é o mesmo, seja na Lei Geral de Licitações, seja na Lei n.º 13.303/16.

[file:///C:/Users/Lenovo/Documents/APLICAÇÃO%20SUBSIDIÁRIA%20DA%20LEI%208.666-93%20NA%20LEI%20DAS%20ESTATAIS/comissão%20Permanente%20de%20Licitação.pdf](file:///C%3A%5CUsers%5CLenovo%5CDocuments%5CAPLICA%C3%87%C3%83O%20SUBSIDI%C3%81RIA%20DA%20LEI%208.666-93%20NA%20LEI%20DAS%20ESTATAIS%5Ccomiss%C3%A3o%20Permanente%20de%20Licita%C3%A7%C3%A3o.pdf)

Bruna Oliveira - Presidente da Comissão Permanente de Licitações da SALTUR – Empresa Salvador Turismo

“A Lei 13.303/2016 nasce também em um cenário político tumultuado, o que gerou certo açodamento na conclusão do processo legislativo, mas busca conexão com as novas tecnologias e dar respostas ao apelo social por um Estado mais eficiente, inclusive nas intervenções propiciadas por suas estatais. Economicidade e eficiência são princípios que influenciaram sobremaneira o novo texto legal.

 Não cabe ao aplicador do Direito desrespeitar essa incompatibilidade forçando uma integração, por analogia, ou aplicação subsidiária de diploma normativo com base normogenética incompatível com a nova legislação.

 Esse é o entendimento também identificado na doutrina de Edgar Guimarães e Anacleto Abduch:

“Questão relevante diz respeito à aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 em caso de lacuna ou omissão da Lei nº 13.303/16, que assim não determina expressamente. Diante da omissão da Lei das Estatais, é de se sustentar que não há aplicação subsidiária à Lei nº 8.666/93”.

No que concerne ao capital social em relação a proposta, esse ponto, importa destacar ainda que não há o que se falar em violação ao artigo 31º da Lei Federal nº 8.666/93, conforme aduzido pelo Impugnante uma vez que, reprise-se, consoante melhor doutrina não há que se falar sequer na aplicação subsidiária desta legislação na presente licitação. Como já mencionando anteriormente, tal procedimento licitatório é regido pela Lei Federal nº 13.303/2016 e pelo Regulamento de Licitações e Contratos da Saltur que foi elaborado em consonância com a mesma, de forma que qualquer alegação de descumprimento a norma deve ser arguida em face a tais instrumentos normativos de regência, sob pena de não conhecimento.

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

**Rodrigo Soares de Azevedo**

Advogado – OAB-PE n. 18.030

 [aplicação subsidiária da lei de licitações](http://licitantevencedor.com.br/tag/aplicacao-subsidiaria-da-lei-de-licitacoes/), [nova lei das empresas públicas](http://licitantevencedor.com.br/tag/nova-lei-das-empresas-publicas/)

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.

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.

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 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.

<https://www.orzil.org/noticias/informativo-de-licitacoes-e-contratos-no-388-tcu/>

**Número 388**

**Sessões: 31 de março; 1º, 2, 6, 7 e 8 de abril de 2020**

Este Informativo contém informações sintéticas de decisões proferidas pelos Colegiados do TCU, relativas à área de Licitações e Contratos, que receberam indicação de relevância sob o prisma jurisprudencial no período acima indicado. Os enunciados procuram retratar o entendimento das deliberações das quais foram extraídos. As informações aqui apresentadas não constituem, todavia, resumo oficial da decisão proferida pelo Tribunal nem representam, necessariamente, o posicionamento prevalecente do TCU sobre a matéria. O objetivo é facilitar o acompanhamento dos acórdãos mais importantes do TCU. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor das deliberações por meio dos links disponíveis.

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades em licitação realizada pelo Banco do Brasil (sociedade de economia mista), cujo objeto era o registro de preços visando à contratação de serviços de engenharia para adequações de conservação predial em imóveis de interesse do Banco localizados no Estado de Minas Gerais

Entre as irregularidades suscitadas, mereceu destaque a exigência, como critério de habilitação, de comprovação de inscrição ou visto de execução de obras/serviços junto ao Crea da unidade da federação onde os serviços seriam prestados

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades em licitação realizada pelo Banco do Brasil (sociedade de economia mista), cujo objeto era o registro de preços visando à contratação de serviços de engenharia para adequações de conservação predial em imóveis de interesse do Banco localizados no Estado de Minas Gerais. Entre as irregularidades suscitadas, mereceu destaque a exigência, como critério de habilitação, de comprovação de inscrição ou visto de execução de obras/serviços junto ao Crea da unidade da federação onde os serviços seriam prestados. Ao apreciar a matéria, o Plenário do TCU, por intermédio do [Acórdão 1.020/2019](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1020%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=d2fe3eb0-80cd-11ea-8ae2-312bee58658e), decidiu dar ciência ao Banco que “*a exigência, para fins de habilitação, de que a licitante comprove possuir inscrição ou visto no Conselho Regional Profissional da Unidade Federativa em que será executado o objeto, identificada na Licitação eletrônica 2019/00060, realizada pelo Cesup Compras e Contratações – São Paulo (SP), afronta o disposto na jurisprudência firmada pelo Tribunal de Contas da União (*[*Acórdão 2.239/2012-TCU-Plenário*](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2239%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=d2fe3eb0-80cd-11ea-8ae2-312bee58658e)*,*[*Acórdão 348/1999-TCU-Plenário*](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A348%2520ANOACORDAO%253A1999/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/3/%2520?uuid=d2fe3eb0-80cd-11ea-8ae2-312bee58658e)*)*”. Inconformado, o Banco interpôs pedido de reexame, aduzindo, entre outros argumentos, que: I) “*não cabe a aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 à Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias*”; II) “*um dos objetivos precípuos dessa legislação é justamente dar uma maior elasticidade na condução das contratações*”; III) “*a exigência não só se mostra razoável (como garantia à administração de que os licitantes estão aptos a executar aquele serviço naquela determinada localidade) como também legal, posto que condizente com as normas específicas de regência (no caso, a Lei 5.194/66 e as normas do Confea)*”. Em seu voto, o relator destacou que o art. 58, inciso II, da Lei 13.303/2016 assim dispõe acerca dos requisitos de qualificação técnica nas licitações promovidas pelas empresas estatais: “*Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros: (…) II – qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório*”. Para o relator, esse dispositivo deve ser interpretado conjuntamente com o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, segundo o qual o processo licitatório “*somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”. Depreende-se, portanto, que “*os requisitos de habilitação em licitações públicas devem se ater ao mínimo indispensável para garantir que os licitantes detenham condições de adequadamente cumprir o objeto da futura contratação. Exigências que ultrapassem essas condições restringem indevidamente a competitividade do certame e podem afetar a busca da proposta mais vantajosa para a administração pública, com a consequente violação do princípio da economicidade*”. O relator ressaltou que, “*no bojo da Lei 8.666/1993 (arts. 27 a 31), há uma descrição mais pormenorizada dos documentos que podem ser exigidos na fase de habilitação. Já no bojo da Lei 13.303/2016, o legislador optou por não especificar os documentos exigíveis, permitindo que as empresas fizessem a adaptação necessária de acordo com as peculiaridades de suas atuações no mercado*”. Ponderou ainda que, não obstante essa maior liberdade na escolha dos requisitos de habilitação, há algumas exigências que derivam do ordenamento jurídico e são aplicáveis também às contratações no setor privado, entre elas a exigência de registro no conselho regional de engenharia, devendo ser atendidos, para tanto, os requisitos estabelecidos no art. 12 da Resolução Confea 1.121/2019.

Concedido o registro, “*supõe-se que a sociedade empresária está apta a atuar de acordo com os normativos do sistema Confea/Crea e, portanto, sob essa ótica, estaria capacitada a participar de licitações públicas*”. Já o visto ou registro subsequente, exigidos para que a sociedade empresária execute atividade na circunscrição de outro Crea, “*nada acrescentam acerca da capacidade técnica da empresa*”. E arrematou: “*se não é imprescindível para a avaliação da capacidade técnica da empresa, de acordo com as normas antes expostas, não é cabível a exigência na fase de habilitação*”. Nos termos da proposta do relator, o Plenário decidiu dar provimento parcial ao pedido de reexame, alterando o teor da ciência dada ao Banco no acórdão recorrido, que passou a ter a seguinte redação: “*a exigência, para fins de habilitação, de que a licitante comprove possuir inscrição ou visto no Conselho Regional Profissional da Unidade Federativa em que será executado o objeto, identificada na Licitação eletrônica 2019/00060, realizada pelo Cesup Compras e Contratações – São Paulo (SP), afronta o disposto nos arts. 37, inciso XXI, e 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal c/c o art. 58 da Lei 13.303/2016*”.

 <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584348353/agravo-de-instrumento-ai-564661920178190000-rio-de-janeiro-macae-3-vara-civel/inteiro-teor-584348360?ref=juris-tabs>

**Inteiro Teor**

**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**

**Décima Sétima Câmara Cível**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0056466-19.2017.8.19.0000**

**AGRAVANTE: PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRÁS**

**AGRAVADA: ALPHATEC S/A**

**DESEMBARGADORA RELATORA: MARCIA FERREIRA ALVARENGA**

**AGRAVO**

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **PETRÓLEO** **BRASILEIRO S/A – PETROBRÁS** , contra a decisão do Juízo a quo que, nos autos da ação que lhe move **ALPHATEC S/A** , entendeu pela aplicação subsidiária do art. 22, § 3º da Lei n. [8.666](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027021/lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-lei-8666-93)/93 ao procedimento de licitação da agravante (sociedade de economia mista), que impõe o dever de estender o convite aos demais cadastrados na correspondente especialidade quando “manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação da proposta”. Tal interpretação, em sua análise, evidenciou a probabilidade do direito da parte autora, que, associado ao perigo de dano, resultou na concessão da tutela de urgência, de modo a determinar à ré que adote as providências administrativas necessárias para, no prazo de 24 horas, autorizar a participação da autora no procedimento licitatório descrito na exordial, assegurando-lhe igualdade de condições com os demais licitantes.

Alega a recorrente (fls. 02/21), em síntese: preliminarmente, (i) violação ao contraditório, em virtude do deferimento da tutela de urgência, sem a oitiva da parte contrária; no mérito, (ii) impossibilidade de aplicação subsidiária da Lei n. [8.666](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027021/lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-lei-8666-93)/93; (iii) faculdade da contratante de somar outros critérios, que não apenas aqueles avaliados no momento do cadastro, para verificar a habilitação da empresa; e (iv) exclusão da agravada em razão de critério objetivos, relacionados à avaliação econômico-financeira.

No mérito, conquanto tenham razão as partes acerca da inaplicabilidade temporária art. [96](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/116446728/artigo-96-da-lei-n-13303-de-30-de-junho-de-2016), [II](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/116446723/inciso-ii-do-artigo-96-da-lei-n-13303-de-30-de-junho-de-2016), da Lei n. [13.303](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/356570084/lei-13303-16)/2016, pela regra de transição prevista no art. [91](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/116446783/artigo-91-da-lei-n-13303-de-30-de-junho-de-2016), [§ 3º](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/116446768/par%C3%A1grafo-3-artigo-91-da-lei-n-13303-de-30-de-junho-de-2016), que dá o prazo de 24 meses para se promover as adaptações necessárias ao nome regime administrativo de contratação por parte das estatais, não está com a razão a agravante ao sustentar a inaplicabilidade subsidiária da Lei n. [8.666](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027021/lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-lei-8666-93)/93.

Isso porque a [Lei de Licitações](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027021/lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-lei-8666-93) (8.666/93) estabelece “normas gerais” sobre licitações e contratos administrativos, subordinando-se ao seu regime as sociedade de economia mista, conforme art. [1º](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11319966/artigo-1-da-lei-n-8666-de-21-de-junho-de-1993), caput e [parágrafo único](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11319931/par%C3%A1grafo-1-artigo-1-da-lei-n-8666-de-21-de-junho-de-1993):

Lei n. [8.666](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027021/lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-lei-8666-93)/93. Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Isso significa dizer que, apesar de ainda se aplicar norma específica que regula a aquisição de bens e serviços em contratos celebrados pela Petrobrás, valendo-se esta de procedimento licitatório simplificado (art. 67 da Lei n. 9.478/98 e Decreto n. [2.745](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/111603/decreto-2745-98)/98), isso não exclui a aplicação subsidiária da norma geral, notadamente com relação às hipóteses não previstas pela lei especial. Aliás, esta é uma das funções das normas gerais: servir-se de fonte para suprir as lacunas das leis especiais.

É por essa razão que o art. 2º, § 2º, da LINDB dispõe que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”, pois ambas convivem conforme uma lógica de complementariedade. Primeiro aplica-se a regra especial. Em havendo lacuna, busca-se a solução nas normas gerais que regulam a matéria.

<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/leandro-velloso/a-autoaplicabilidade-da-lei-das-estatais-e-seu-decreto-federal-n-8245-16-a-luz-do-principio-do-planejamento-da-administracao-publica-com-a-lei-federal-n-8666-93>

DIREITO DO ESTADO

Leandro Velloso (RJ)Prof. de Direito Administrativo e Compliance na FGV/RJ, UCAM/RJ e na FUNCOGE. Assistente da Presidência da Eletrobras Furnas. Mestrando na PUC/SP. Pós-Graduado em Direito Contratual na PUC/SP. Especialista em Direito de Energia e Compliance na UCAM/RJ. Procurador Jurídico

Entretanto, o Decreto Federal n.º 8945/2016 de 27.12.16 prevê em seu artigo 71 que o regime de licitação e contratação do Estatuto é autoaplicável, exceto alguns procedimentos e atos licitatórios descritos no citado dispositivo. Neste sentido, o regulamento executivo determina que a empresa estatal deverá editar regulamento interno de licitações e contratos até o dia 30 de junho de 2018, que deverá dispor sobre as matérias não auto-aplicáveis, os níveis de alçada decisória e a tomada de decisão, preferencialmente de forma colegiada, e ser aprovado pelo Conselho de Administração da empresa, se houver, ou pela Assembleia Geral.

Por outro lado, ainda, é sabido que a Lei Geral de Licitações e Contratos não foi revogada pela Lei das Estatais, logo as Estatais  também estão vinculadas à sua aplicação, nos termos da sua finalidade.

Neste caso, em razão do princípio da legalidade, princípio este inerente à Administração Pública, por força dos artigos 37, “caput “, e artigo 84, inciso IV da Constituição Federal, não  há margem de opção para o gestor atuar senão em virtude de lei, extraindo dela o fundamento jurídico de validade dos seus atos.

Assim, as Estatais não possuem margem de opção em relação às leis acima citadas, uma vez que a nova Lei Federal 13.303/16 é direcionada a todas as estatais da Administração Pública.

Destarte, nos casos omissos, as Estatais devem adotar princípios gerais de direito aplicáveis às licitações, à luz da melhor interpretação do art. 4º, da Lei nº 12.376/2010.

De vis à vis, a interpretação analógica da Lei Federal n.º 8.666/93, em casa de omissão da Lei das Estatais, deve ser usada com a devida cautela, conforme preconiza a melhor doutrina de Direito Administrativo de qualidade. Com efeito, o Direito Administrativo não é infenso à interpretação analógica, como meio de revelar o que está textualmente contido na lei ou se desdobra de regras expressas, em obediência ao princípio da igualdade de soluções para situações semelhantes e equivalentes, devendo a interpretação da lei processar-se de acordo com as mesmas regras de interpretação das leis em geral. Desta forma, a Estatal aplicará analogicamente a Lei Federal n.º 8666/93 quando a Lei das Estatais expressamente prevê conteúdo genérico  que se necessita de uma interpretação analógica da Lei 8.666/93. Portanto, no caso a ausência de previsão de modalidades de licitação constantes na Lei n.º 8666/93, não permitirá ao gestor aplicar a interpretação analógica da àquela lei geral à Lei em apreço ( ZABONINI. *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. 1º., pág. 33).

Diante do exposto, é nossa percepção que as Estatais devem adotar de forma cogente os ditames da Lei Federal n.º 13.303/16, em destaque quanto às novas regras atinentes às licitações e contratos, no prazo legal, com a brevidade necessária à luz do princípio do  planejamento da Administração Pública, bem como adotar o procedimento de licitação da referida Lei, em razão do princípio da legalidade e da finalidade administrativa, através de regulamento interno próprio.

Por último, é importante pontuar que nos casos omissos do regramento em questão, a Estatal deve obedecer o comando da interpretação analógica da Lei Federal n.º 8.666/93 apenas nos assuntos de que a própria Lei das Estatais enumera mas não o regulamenta explicitadamente, o que determina ao agente público usar o comando da interpretação analógica e/ou princípios gerais de direito caso a caso, em sintonia com a supremacia do interesse público na miríade de atividades da Estatal vinculada ao seu objeto social e ao interesse público. Eis uma nova missão para a sobrevivência das Estatais no Brasil.

[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/aplica%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520subsidi%25C3%25A1ria%2520da%2520lei%25208.666%252F93%2520na%2520lei%2520lei%2520das%2520estatais/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/5/%2520?uuid=3f9494f0-d04e-11ea-abd6-d1095c6b3383](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/aplica%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520subsidi%25C3%25A1ria%2520da%2520lei%25208.666%252F93%2520na%2520lei%2520lei%2520das%2520estatais/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/5/%2520?uuid=3f9494f0-d04e-11ea-abd6-d)

**TCU**

**Número do Acórdão**

[ACÓRDÃO 5781/2020 - PRIMEIRA CÂMARA](https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=703151)

**HISTÓRICO**

2. Trata-se de Representação impetrada pela licitante Peçafrio Sistemas Térmicos Ltda. - EPP, participante da Licitação Eletrônica 2019/00609. O procedimento licitatório tratou de registro de preços para eventuais e futuras contratações de serviços de engenharia para a realização de instalação e/ou modernização de sistemas de climatização predial em dependências e imóveis de interesse do Banco, localizados nos estados de Alagoas, Espírito Santo, Minas Gerais, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro e Rio Grande do Norte, divididos em oito lotes, com fornecimento de material e mão-de-obra (peça 1, p. 566) . O valor global da licitação foi estimado em R$ 121.829.234,39 (peça 3, p. 3-6) , com vigência de 24 meses.

3. Em essência, a representante alegou as potenciais irregularidades a seguir listadas (peça 1, p. 688-698) :

a) ausência de critérios técnicos e razoáveis quanto ao estabelecimento dos prazos de obra de serviço (item 2.5.6 do edital) e de entrega de equipamentos de ar condicionado (item 2.5.7 do edital) , denotando desconhecimento dos prazos de entrega pelos fabricantes de ar-condicionado e distribuidores;

b) existência de vários preços de equipamentos de ar-condicionado defasados dos preços de mercado constantes da planilha do anexo orçamento sintético, inviabilizando seu fornecimento já de plano, antes mesmo de iniciar a contratação, que poderá chegar a 24 meses. Afirma que é preciso estar atento ao estabelecimento destes preços pelo Banco, realizando pesquisas e diligências atualizadas junto aos fabricantes e distribuidores de ar-condicionado, computar todas as variáveis que, obrigatoriamente, deverão ser somadas ao preço do fabricante ou distribuidor, como a substituição tributária, que tem peso significativo na composição dos preços, impostos federais, margem de lucro e outros;

c) ausência de critérios técnicos razoáveis, proporcionais e específicos para definição da estimativa de cada lote, pois a ata de registro de preços é mera estimativa e se essa estimativa não estiver robustamente fundamentada dentro da realidade de cada lote, corre-se o risco do cometimento de erro gravíssimo ao excluir do certame um número significativo de licitantes, em razão da exigência de patrimônio líquido de no mínimo 10% do valor estimado para o lote para habilitação econômico-financeira, agredindo frontalmente os princípios de isonomia, criando uma reserva de mercado e frustrando o caráter competitivo da licitação (item 8.3.10 do edital) ; e

d) ausência de razoabilidade e coerência quando especifica a não remuneração de administração de obra local para determinado montante de valor, mas, em contrapartida, exige o responsável técnico para essa mesma obra (item 2.5.4 do edital) .

4. As irregularidades suscitadas igualmente fundamentaram o requerimento de impugnação ao edital perante o Banco do Brasil S.A. (peça 1, p. 688-725) . No entanto, os argumentos foram analisados e indeferidos pelo Banco, nos termos da análise acostada à peça 1, p. 726-728.

5. No âmbito desta Corte de Contas, foi realizada a análise do edital e seus anexos (peça 1, p. 2-673) , da errata e dos esclarecimentos do edital (peça 1, p. 674-687) , sua impugnação (peça 1, p. 688-725) e análise do Banco pelo indeferimento (peça 1, p. 726-728) . Diante dos elementos presentes nos autos, concluiu-se que as alegações da representante não configuraram irregularidades ao certame.

6. Entretanto, no decurso da análise, verificou-se que foi incluída no edital cláusula exigindo dos licitantes inscrição ou visto de execução de obras/serviços no Conselho Regional Profissional da Unidade Federativa em que será executado o objeto do edital. Este Tribunal possui entendimento jurisprudencial de que tal exigência configura restrição ao caráter competitivo do certame, além de gerar custos desnecessários na fase de licitação, tendo em conta que o registro ou visto no Conselho do local de realização da obra licitada somente deve ocorrer no momento da contratação.

7. Posto isso, o processo foi apreciado por meio do Acórdão 6.349/2019-TCU-1ª Câmara (peça 9) , na forma transcrita no item Introdução.

8. Neste momento, o Banco do Brasil interpõe pedido de reexame (peças 17-19) , o qual se passa a analisar.

**(...)**

**MÉRITO**

**10. Delimitação**

10.1. Constitui objeto do recurso analisar se:

a) houve perda do interesse público, comprometendo a admissibilidade da Representação (peça 17, p. 4-5) ;

b) é regular a exigência de registro no Crea local como critério de habilitação nos processos licitatórios (peça 17, p. 5-28) ;

(...)

**12. Da análise da legalidade e pertinência da exigência de registro no Crea como critério de habilitação no certame**

12.1. O recorrente alega que, partindo-se da premissa legal e constitucional de impossibilidade de aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 a Lei das Estatais (Lei 13.303/2016) , verifica-se que esta última legislação não veda a aplicação das exigências da Lei 5.194/1966, tampouco das resoluções do Confea previstas no subitem 8.3.8 do Edital de Licitação Eletrônica 2019/00518. Assim, defende que seria legítima a exigência de registro prévio no Crea da localidade, não contrariando a legislação em vigência. Sua tese tem por base os seguintes argumentos:

a) conforme instrução à peça 7, as irregularidades suscitadas pela representante foram afastadas pela Unidade Técnica do TCU. Não obstante, ao analisar outros documentos do certame, foi apontada a ocorrência de irregularidade relativa à cláusula potencialmente restritiva da competição (peça 17, p. 5-7) ;

b) a área técnica do TCU menciona o advento da Lei 13.303/2016 (que regula o estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias) , que passou a disciplinar, também, as licitações e contratações dessas empresas, fazendo a ressalva de não afastamento da Lei 8.666/1993 naquilo que seja omissa ou não previsto no regulamento de licitações e contratos da empresa, o que não se sustenta jurídica e legalmente, considerando que somente dois dispositivos da Lei 13.303/2016 estabeleceram aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 às sociedades de economia mista, como é o caso do recorrente, e especificamente e tão somente em relação ao § 2º do art. 3º e aos arts. 88 e 89 (peça 17, p. 7-8) ;

c) excerto da doutrina (GUIMARA¿ES, Edgar; SANTOS, Jose¿ Anacleto Abduch. Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei no 13.303/2016) confirma tal interpretação (peça 17, p. 8) ;

(...)

e) em face do caráter flexível, não taxativo, que não se pode, aliás, confundir-se com omissão da Lei 13.303/2016, não se pode conceber, como regra interpretativa impositiva, a subsidiariedade da Lei 8.666/1993 (ou qualquer outra norma licitatória) , isso porque se, por um lado, o legislador, quando julgou apropriada a aplicação de determinadas regras previstas em outros regulamentos, fê-las constar expressamente na Lei 13.303/2016, do que se deduz, por consequência lógica, que teria afastado "qualquer outro preceito normativo, quando não disposto de forma clara (peça 17, p. 9) ;

(...)

g) o Estatuo das Estatais não elegeu de forma ampla a Lei 8.666/1993 como sendo sua fonte natural subsidiária. Ao revés, quando entendeu necessária a¿ sua encampação, o fez expressamente. Isso porque, ao atender o preceito constitucional de regulamentar a atividade das estatais, no que tange aos contratos, a Lei 13.303/2016, em seu art. 68, elegeu as normas de direito privado como supletivas (peça 17, p. 9) ;

h) o entendimento sustentado pela Selog e acolhido pelo acórdão ora recorrido no sentido de aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 às licitações e contratações das empresas estatais viola o arts. 22, inciso XXVII e 173, §1º, III, ambos da Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual não pode prosperar, requerendo-se, desde já, a sua reforma de modo a declarar que não se aplica subsidiariamente a Lei 8.666/1993 às eventuais lacunas da Lei 13.303/2016, exceto nas hipóteses nela expressamente previstas (como e¿ o caso das hipóteses já¿ previstas nos arts. 41 e 55, III, da Lei 13.303/2016) (peça 17, p. 9-10) ;

s) a jurisprudência citada pela área técnica do Tribunal, ainda que recente, foi produzida sob a ótica da Lei 8.666/1993, ou seja, não condiz com a nova ótica trazida pela Lei 13.303/2016, que sequer possibilita sua aplicação subsidiária, motivo pelo qual a referida jurisprudência não e¿ adequada para motivar a análise técnica nem tampouco a decisão dessa Corte de Contas sobre o caso concreto (peça 17, p. 17) ;

bb) a Lei 13.303/2016 privilegiou a autonomia das vontades e a bilateralidade das relações, legando ao regulamento interno das empresas estatais as balizas de suas licitações e contratações com terceiros, especialmente quanto a matérias não expressamente disciplinadas na lei (peça 17, p. 24) ;

**(...)**

**Análise**

12.37. No caso concreto, resta claro que a exigência de registro em todos os Conselhos locais viola o princípio da competitividade, por impor despesa desnecessária a todas as empresas que desejem participar da licitação, o que pode afastar potenciais licitantes. De forma a obstar tais situações, exigências desse tipo são expressamente vedadas pela Súmula TCU 272. Cláusulas dessa natureza também ferem os princípios da isonomia e da igualdade, por beneficiarem as empresas situadas no local da prestação dos serviços, tendo em vista que já possuem registro no Crea local, enquanto se onera as demais com a obtenção do visto. O fato de que essas violações não tenham gerado prejuízo num ou noutro caso específico não elide a necessidade de proferir orientação para coibir tal exigência e seus potenciais prejuízos em outras circunstâncias.

12.38. Portanto, em linha com o art. 173, § 1°, III, da Constituição Federal, com o art. 31 da Lei 13.303/2016 e com a jurisprudência deste Tribunal de Contas, a exigência de que todos os licitantes comprovem o registro nos Conselhos Profissionais locais onde se darão os serviços impõe custo indevido aos participantes do processo de contratação, o que vai de encontro aos princípios da competitividade, da economicidade, da igualdade e da isonomia que regem toda a Administração Pública, indistintamente.

12.39. Igualmente, não subsiste a alegação do recorrente quanto à impossibilidade de aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 à Lei das Estatais. Conforme ensina Marçal Justen Filho:

Não cabível estabelecer um postulado geral de que a Lei 8.666 aplica-se subsidiariamente em face da disciplina da Lei 13.303/2016. Existem diferenças muito relevantes entre as finalidades de ambos os diplomas e em vista da característica das contratações promovidas nas diversas órbitas.

Justamente por isso, a Lei 13.303/2016 deixou de disciplinar certas situações para remeter a solução para o caso concreto, instituindo uma margem de autonomia para o gestor da empresa estatal.

Isso não implica negar a possibilidade de que, como exceção e em situações específicas, a Lei 8.666 seja aplicada para suprir uma omissão, nos casos em que existir identidade de pressupostos, de finalidade e de conteúdo das situações disciplinadas.Um exemplo encontra-se abaixo exposto e se refere ao previsto no §1o do art. 13 da Lei 8.666, que se aplica no âmbito das contratações diretas das empresas estatais. (...)

Em outros casos, ha identidade entre as regras das Leis 8.666 e 13.303/2016, o que pode autorizar a aplicação da Lei das Estatais segundo o entendimento já consagrado relativamente a Lei de Licitações. Assim se passa nos casos de dispensa de licitação referidos no art. 29 da Lei 13.303/2016.

JUSTEN FILHO, Marçal (Org.) . **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Lei 13.303/2016 - "Lei das Estatais"**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 288.

12.40. Dito isso, demonstra-se ser plausível complementar as lacunas de um estatuto com as disposições de outro, mais geral, que trata do mesmo assunto, desde que compatíveis. A luz desse critério e dos princípios que regem toda a Administração Pública, e possível que se considere extensível ao regime da Lei das Estatais a restrição da Lei de Licitações quanto a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos como requisito de qualificação, visto que tal proibição decorre diretamente da aplicação dos princípios da competitividade, da igualdade e da isonomia.

12.41. Portanto, seja por aplicação dos princípios da licitação, seja por aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993, a Lei 13.303/2016 igualmente não admite a exigência de visto do Crea do local de prestação dos serviços como critério de habilitação para participação em procedimentos licitatórios.

12.44. De todo o exposto, conclui-se que não procedem os argumentos trazidos pelo recorrente.

**CONCLUSÃO**

12.45. Da análise anterior, conclui-se que:

a) uma vez admitida representação no âmbito desta Corte de Contas, resta estabelecida a competência do Tribunal para análise da matéria, tornando-se atribuição irrenunciável, ante ao dever de tutela do interesse público;

b) seja em decorrência da revogação do art. 69 da Lei 5.194/1966, seja por aplicação dos princípios da licitação, seja por aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993, a Lei 13.303/2016 também não admite a exigência de visto do Crea do local de prestação dos serviços como critério de habilitação jurídica ou de qualificação técnica para participação em licitações.

12.46. Assim, os argumentos apresentados não têm o condão de modificar a deliberação recorrida, impondo-se o desprovimento do pedido, mantendo-se inalterado o posicionamento do Tribunal.

**PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

2. Na instrução precedente, em consonância com a deliberação recorrida, concluiu-se:

seja em decorrência da revogação do art. 69 da Lei 5.194/1966, seja por aplicação dos princípios da licitação, seja por aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993, a Lei 13.303/2016 também não admite a exigência de visto do Crea do local de prestação dos serviços como critério de habilitação jurídica ou de qualificação técnica para participação em licitações.

3. Consequentemente, foi proposta a negativa de provimento a este recurso, o que significa manter a seguinte ciência dada ao Banco do Brasil:

6. Em síntese, o recorrente sustenta que é escorreita a exigência de registro prévio no Crea da localidade, considerando a impossibilidade da aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 à Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) . Apoia-se em premissa legal e constitucional, além de elencar uma série de outros argumentos (item 12, peça 28) .

7. A posição defendida neste despacho será apresentada por meio do enfrentamento de tópicos extraídos da conclusão constante da instrução precedente.

Aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993

32. Sem dúvida, esse é o cerne da presente discussão, tendo em vista que, de certa forma, engloba os outros dois fundamentos, acima tratados, que também ampararam a deliberação recorrida.

33. Destarte, é preciso examinar se, de fato, a Lei 8.666/1993 aplica-se subsidiariamente à Lei 13.303/2016 e, caso isso ocorra, se existe espaço para essa aplicação na situação em análise. Observe-se os seguintes artigos das Constituição Federal de 1988:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXVII - ... ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, ...

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

34. A leitura e interpretação conjugada desses dispositivos permite inferir que o Banco do Brasil subordina-se à disciplina constitucional do art. 173, § 1º, inciso III e, consequentemente, à disciplina legal da Lei 13.303/2016, norma prevista nesse referido artigo da CFRB/1988.

35. A edição da Lei 13.303/2016 decorreu justamente da necessidade de maior agilidade e autonomia nas contratações das empresas públicas e sociedades de economia mista, exploradoras de atividade econômica, que não podiam continuar presas a regras licitatórias que lhes retiravam poder de competição frente às empresas privadas do mesmo ramo.

36. Dessa forma, a Lei das Estatais trouxe normas específicas para as licitações e contratos das EPs e SEMs, inclusive mais detalhadas do que se poderia esperar em virtude dos desígnios que a inspiraram.

37. O professor Marçal Justen Filho é taxativo ao afirmar que, com o advento da Lei das Estatais, **um novo regime jurídico para as licitações e contratações surgiu**, **diferenciando-se do regime jurídico público, até então existente**. Chama a atenção para o fato de que a insistência de operadores do direito em aplicar a Lei 8.666/1993 subsidiariamente à Lei 13.303/2016 vai de encontro à *men legis*desta, pois sabe-se que o espírito da lei captado na vontade do legislador, neste caso, foi justamente o de propiciar maior autonomia às empresas estatais por ela regidas. Compara a aplicação Lei 8.666/1993 a essas empresas a uma espécie de ultratividade legal, que deve ser evitada. Afirma que "**o problema é o risco de que a Lei 13.303/2016 seja interpretada e aplicada à luz dos entendimentos predominantes antes de sua edição**".

39. Mesmo reconhecendo a existência de identidade em regras dessas duas leis que autorizam a aplicação do entendimento consagrado na égide da Lei de Licitações, Marçal Justen Filho assevera não existir subsidiariedade da Lei 8.666/1993 em face da Lei 13.303/2016, conforme demonstra o trecho abaixo:

4.2 A ausência de aplicação subsidiária da Lei 8.666

Não é cabível estabelecer um postulado geral de que a Lei 8.666 aplica-se subsidiariamente em face da disciplina da Lei 13.303/2016. Existem diferenças muito relevantes entre as finalidades de ambos os diplomas e em vista da característica das contratações promovidas nas diversas órbitas.

Justamente por isso, a Lei 13.303/2016 deixou de disciplinar certas situações para remeter a solução para o caso concreto, instituindo uma margem de autonomia para o gestor da empresa estatal.

Isso não implica negar a possibilidade de que, como exceção e em situações específicas, a Lei 8.666 seja aplicada para suprir uma omissão, nos casos em que existir identidade de pressupostos, de finalidade e de conteúdo das situações disciplinadas. Um exemplo encontra-se abaixo exposto e se refere ao previsto no§ l.º do art. 13 da Lei 8.666, que se aplica no âmbito das contratações diretas de empresas estatais. A questão será mais bem examinada adiante.

Em outros casos, há identidade entre as regras das Leis 8.666 e 13.303/2016, o que pode autorizar a aplicação da Lei das Estatais segundo o entendimento já consagrado relativamente à Lei de Licitações. Assim se passa nos casos de dispensa de licitação referidos no art. 29 da Lei 13.303/2016.

(i*n*Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016 / Marçal Justen Filho, organizador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 288)

40. Portanto, conclui-se que não há que se falar em aplicação subsidiária da Lei de Licitações à Lei das Estatais.

Habilitação no âmbito da Lei das Estatais

Os incisos do art. 58 da Lei nº 13.303/16 deixam em aberto dos documentos que devem ser exigidos em cada caso para a habilitação nas licitações promovidas pelas estatais. Sob essa premissa, **não há qualquer vinculação ou limitação às práticas assentadas com base na Lei 8.666/93**. **Os agentes das estatais gozam de competência discricionária para decidir sobre os documentos, sendo-lhes facultado exigir documentos mais ou menos rigorosos do que aqueles autorizados pela Lei 8.666/93**. A preocupação dos agentes das estatais é que as exigências sejam justificadas e proporcionais aos objetos licitados, de modo que não violem o princípio da competitividade, previsto no art. 31 da Lei nº 13.303/16.

(destaques inseridos)

45. Não se pode deixar de transcrever, ainda, as seguintes palavras do mestre Marçal Justen Filho (i*n*Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016/Marçal Justen Filho, organizador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 456/457) :

A fase de habilitação foi regulamentada de modo bastante genérico e aberto, assegurando maior autonomia às empresas estatais. Nesse sentido, a Lei 13.303/2016 mostra alguns avanços nesse ponto em relação ao RDC e à Lei 8.666/1993, que preveem um regime minucioso de habilitação dos licitantes.

(...)

A Lei 13.303/2016 prevê que a habilitação considerará exclusivamente os seguintes critérios: (i) exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade de aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte da licitante; (ii) qualificação técnica...; (iii) capacidade econômica e financeira ...; (iv) recolhimento de quantia a título de adiantamento ...

Os requisitos de habilitação deverão ser previstos e regulamentados no instrumento convocatório, que somente poderá prever estes requisitos arrolados taxativamente pela Lei. A Lei prevê o máximo que o instrumento convocatório poderá estipular como requisito de habilitação e não o mínimo. Logo, não há obrigação legal para que se exija o cumprimento integral de cada um desses requisitos, que deverão ser escolhidos de acordo com o objeto da licitação.

A Lei 13.303/2016 conferiu maior autonomia e flexibilidade às empresas estatais quanto aos requisitos de habilitação, mais isso não significa liberdade absoluta, uma vez que os requisitos de habilitação possuem efeitos diretos nos resultados da licitação: "Quanto maiores as exigências condicionantes da participação, tanto menor o número de licitantes aptos a participar da disputa. Logo, a ampliação dos requisitos de participação configura-se como um fator que contribui para a elevação dos preços obtidos pela Administração (...) . Sob outro enfoque, a redução das exigências de participação amplia o risco de contratações desastradas, pois dá oportunidade a que sujeitos destituídos de capacitação se sagrem vencedores do certame.

A empresa estatal, portanto, deverá evitar exigências excessivas ou insuficientes, elaborando o edital de modo a exigir apenas o bastante para comprovar as capacidades técnica e econômica do licitante. A flexibilidade concedida pela Lei 13.303/2016 corresponde, então, a um ônus maior das empresas estatais, que terão que ter cautela na elaboração do instrumento convocatório para evitar distorções.

O amplo espaço de autonomia concedido às empresas estatais exige, de forma ainda mais essencial do que na legislação vigente, que os instrumentos convocatórios sejam elaborados de forma clara e precisa.

46. Nessa esteira e com base na abalizada doutrina supra mencionada, conclui-se que a pretensão do Banco do Brasil é legal e legítima, mormente considerando o comentário contido na nota de rodapé referente ao trecho acima (nota 26) , no qual Marçal Justen Filho critica a previsão exaustiva dos requisitos de habilitação, por acreditar na impossibilidade de a lei minudenciar limites precisos para as exigências que a Administração deverá adotar.

47. Por derradeiro, existe ainda um aspecto, bem específico, que respalda a pretensão do Banco do Brasil. Como antecipado acima, a Lei 13.303/2016 adotou um sistema bastante próximo ao do Regime Diferenciado de Contratação. Portanto, estabeleceu para o certame o modo de disputa aberta ("lances") e o fechado ("apresentação de propostas") .

48. A exigência do Banco é oportuna, principalmente, no modo de **disputa aberta** no qual os lances são públicos e sucessivos, buscando obter a proposta mais vantajosa. Isso porque se percebe que no sistema de lances a classificação é importante, também, na medida em que o licitante vencedor pode não firmar o contrato, por inabilitação ou desistência voluntária.

49. Tanto que o art. 53, inciso I, dessa norma prevê a possibilidade de **lances intermediários**. Assim, uma vez previsto o reinício da disputa aberta, após a constatação do melhor lance, abre-se nova disputa apenas para redefinir as demais colocações, sem a participação do primeiro selecionado. Como ensina os doutrinadores Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma (*in*Estatuto Jurídico das Estatais, análise da Lei 13.303/2016, Ed. Fórum. Belo Horizonte, 2017, p.256-257) :

A apresentação de lances intermediários pode se dar ao longo de toda a etapa de disputa de lances. Contudo, a lei faculta o reinício da disputa aberta. Logo após a definição do melhor lance, e existindo diferença de pelo menos 10% entre o melhor lance e o subsequente, a disputa aberta é reiniciada com a finalidade de definir as demais colocações. **Ao aceitar lances intermediários, a Lei das Empresa Estatais promove ampla competição nos certames licitatórios entre todos os licitantes para todas as posições**, garantindo-se não apenas a eficiência da contratação firmada com o licitante vencedor, mas também para aquele a que for adjudicado o objeto da licitação na ordem de classificação, caso o vencedor não possa firmar o contrato público.

(destaques acrescidos)

50. Dessarte, não resta dúvida de que é salutar que os licitantes classificados na reabertura dos lances já possam atender às exigências estabelecidas pelo contratante em termos de habilitação.

51. Feitas essas considerações, peço escusas por discordar da bem lançada instrução da Sra. Auditora (peça 28) , para manifestar-me pelo provimento deste recurso, de modo a tornar sem efeito a ciência dada por meio do item 1.6 do Acórdão 6.349/2019-TCU-1ª Câmara.

O secretário, por sua vez, acompanha o entendimento esposado pelo diretor ao lançar o posicionamento que se segue:

45. O diretor, por seu turno, manifestou-se pelo provimento do recurso, considerando que a exigência é razoável e que a edição da Lei 13.303/2016 decorreu exatamente da necessidade de conferir maior agilidade e autonomia às contratações das empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Com esse fim, a nova lei instituiu um regime de licitação e contratação específico, aplicando-se a Lei 8.666/1993 e seu entendimento jurisprudencial apenas quando houver expressa remissão a esta norma pelo Estatuto das Empresas Estatais.

6. Observo que a discussão não é inovadora no Tribunal. Determinações similares ao Banco do Brasil foram feitas nos acórdãos 1017/2019-TCU-Plenário (TC 005.989/2019-1, rel. Min. Bruno Dantas) e 1020/2019-TCU-Plenário (TC 006.959/2019-9, rel. Min. Vital do Rêgo) , ambos objetos de recursos, sob relatoria do Ministro Benjamin Zymler.

(...)

9. Em primeiro lugar, entendo prejudicada a discussão, em tese, da aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 ao Estatuto das Empresas Estatais, pois, no que se refere aos critérios de habilitação, o estatuto não é omisso. A hipótese não é a de suprir eventual lacuna, mas a de concretizar dispositivo expresso da Lei 13.303/2016 (art. 58, I) , que propositalmente valeu-se de cláusula bem mais aberta que o correlata da Lei 8.666/1993 (art. 28) . Nos dois casos, foram utilizadas técnicas legislativas diversas, com consequências jurídicas diferenciadas.

10. Esse aspecto é relevante para afastar as opções extremas presentes no debate, de modo que não acompanho (a) nem o entendimento defendido no exame de peça 28, de que na hipótese se aplicaria a jurisprudência construída sob a égide de normas voltadas para a Administração em geral, em especial o entendimento acerca do art. 28 da Lei 8.666/1993, (b) nem a conclusão defendida pelo recorrente (peça 17, § 17) , e acolhida pelo diretor (peça 29, § 40) , de que a Lei 8.666/1993 só poderia ter aplicação subsidiária nas estritas hipóteses previstas no próprio Estatuto das Empresas Estatais.

11. Como decorrência da primeira dessas alternativas (aplicação ampla dos entendimentos consolidados à luz da lei geral de licitações) , seria tolhida a liberdade que o legislador, conscientemente, conferiu às empresas estatais, ao não disciplinar, no art. 58, I, da Lei 13.303/2016, um rol taxativo e pormenorizado de exigências habilitatórias, tal como o que consta do art. 28 da Lei 8.666/1993. Trata-se de normas que não possuem o mesmo conteúdo substancial, não podendo ser interpretadas tal como se tivesse ocorrido a simples remissão do novo estatuto ao antigo dispositivo, ou a reprodução daquele conteúdo. A opção legislativa não foi esta.

12. A adoção da segunda corrente, por outro lado, poderia acarretar o risco oposto, de limitar a aplicação subsidiária da citada norma geral, mesmo em situações em que haja identidade de pressupostos e harmonia principiológica. Não é razoável desconsiderar, *a priori*, todo um patrimônio de pesquisas, estudos e pronunciamentos acumulados em torno daquelas normas mais gerais, quando demonstrado que possam se aplicar ao novo regime.

É o Relatório

**Voto**

Cuidam os autos de pedido de reexame interposto pelo Banco do Brasil (BB) contra o Acórdão 6.349/2019-TCU-1ª Câmara, proferido em representação da empresa Peçafrio Sistemas Térmicos Ltda. - EPP, participante da Licitação Eletrônica 2019/00609.

(...)

A Secretaria de Recursos emitiu pronunciamento pelo provimento do recurso, baseado no posicionamento do diretor da área, por entender que o art. 69 da Lei 5.194/1966 não teria sido revogado pela Lei das Estatais, estando vigente a possibilidade de exigência do referido visto na fase de habilitação das licitações realizadas por entes que são alcançados por aquele recente normativo.

Tal posição diverge da instrução da auditora que atuou no feito, cuja proposta de encaminhamento é no sentido de não conceder provimento ao recurso porque o citado artigo da Lei de 1966 teria sido revogado pelos diplomas legais posteriores que regulamentaram inteiramente as contratações efetuadas pela administração pública (Decretos-lei 200/1967 e 2.300/1968 e Lei 8.666/1993) . Por consequência, a exigência de visto do Crea do local de prestação dos serviços como critério de habilitação em licitações não teria amparo nas normas legais que regem as licitações e contratos.

Feita essa breve introdução, passo a decidir.

II

No mérito, alinho-me às considerações da auditora no que se refere à impossibilidade de provimento total do recurso. Quanto aos fundamentos para a minha decisão, pondero que a natureza jurídica da entidade motiva alguns ajustes pontuais no acórdão recorrido, por se tratar de um banco imerso no mercado concorrencial, que persegue o lucro.

III

No que se refere à possibilidade de aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 à Lei das Estatais, essa preocupação só surge nos autos quando se constata que entre os fundamentos da decisão que ora se discute há a expressão: *"Considerando que a jurisprudência do Tribunal se firmou no sentido de que a exigência de registro ou visto no Crea do local de realização da obra licitada somente dar-se-á no momento da contratação, por ser restritiva, além de gerar custos na fase de licitação;"*.

Nesse particular, o recorrente tem razão em elucidar que há algumas diferenças nos propósitos e exigências de habilitação entre a Lei 8.666/1993 e a Lei 13.303/2016. Assim, há de se ter cuidado ao aplicar a jurisprudência já consolidada da antiga à mais recente. Como bem esclareceu o dirigente da Serur, esse ponto é secundário porque não existe uma lacuna na Lei das Estatais acerca dos critérios de habilitação. O artigo 58 do referido diploma legal dispõe sobre essas exigências.

Em assim sendo, proponho a alteração dos fundamentos jurídicos da ciência efetuada ao Banco do Brasil, de forma a compatibilizá-la com os normativos que regem a matéria, na mesma esteira do decidido pelo Plenário no bojo dos Acórdãos do Plenário 739/2020 e 873/2020.

IV

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 19 de maio de 2020.

Ministro VITAL DO RÊGO

Relator

**Fragmentos do Inteiro Teor**

* ...constitucional de impossibilidade de aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 a¿ Lei das Estatais (Lei 13.303/2016) , verifica-se que esta última legislação não...
* ...recorrido no sentido de aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 às licitações e contratações das empresas estatais viola o arts. 22, inciso XXVII e 173, §1º,...

[file:///C:/Users/Lenovo/Documents/APLICAÇÃO%20SUBSIDIÁRIA%20DA%20LEI%208.666-93%20NA%20LEI%20DAS%20ESTATAIS/TCM-BAHIA.pdf](file:///C%3A/Users/Lenovo/Documents/APLICA%C3%87%C3%83O%20SUBSIDI%C3%81RIA%20DA%20LEI%208.666-93%20NA%20LEI%20DAS%20ESTATAIS/TCM-BAHIA.pdf)

TCM-BAHIA

Obtempera que embora “a Lei n° 13.30312016 passe a regular as licitações relativas às empresas públicas e sociedades de economia mista em detrimento da Lei n° 8.666/93, esta ainda se aplica subsidiariamente, e determina que caberá às sociedades de economia mista regular suas contratações através do respectivo Regulamento de Licitações e Contratos.”

A razão para tanto é a seguinte: órgãos e entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional formarão suas atas aplicando as disposições da Lei nº 8.666/93, da Lei nº 10.520/02 e das demais normas gerais sobre licitações e contratos. Por sua vez, as empresas estatais se submeterão ao novo regime jurídico instituído pela Lei nº 13.303/16. Logo, as regras aplicadas para as primeiras não se aplicam às segundas e vice-versa. Aplica-se ao caso a mesma lógica adotada pelo Tribunal de Contas da União e pela Advocacia-Geral da União quando trataram do tema em relação às entidades do Sistema S:

[file:///C:/Users/Lenovo/Documents/APLICAÇÃO%20SUBSIDIÁRIA%20DA%20LEI%208.666-93%20NA%20LEI%20DAS%20ESTATAIS/PGE-RS.pdf](file:///C%3A/Users/Lenovo/Documents/APLICA%C3%87%C3%83O%20SUBSIDI%C3%81RIA%20DA%20LEI%208.666-93%20NA%20LEI%20DAS%20ESTATAIS/PGE-RS.pdf)

PGE-RS

1. A Lei nº 13.303/16 não concede margem ao gestor para que utilize as modalidades de licitação oriundas da Lei nº 8.666/93, uma vez que as contratações deverão ser realizadas pela modalidade pregão quando houver necessidade de aquisição de bens e serviços comuns e, nas demais hipóteses, deverá ser utilizado “procedimento de licitação” nos termos da própria lei (art. 28) e dos regulamentos internos. 2. Embora a Lei das Estatais tenha sofrido importante influência da Lei de Licitações, não se pode cogitar da aplicação subsidiária, como regra. 3. A Central de Licitações – CELIC – não poderá realizar processo licitatório para empresas públicas e sociedades de economia mista com base nos procedimentos da Lei nº 8.666/93. 4. A realização de licitações das empresas públicas e das sociedades de economia mista pela CELIC, com os procedimentos das Lei nº 13.303/16 e dos regimentos internos, é matéria atinente à conveniência e à oportunidade, não havendo, na legislação estadual, obrigação ou vedação de tal encargo.

Desta forma, é possível concluir que a própria Lei nº 13.303/16 não concede margem ao gestor para que utilize as modalidades de licitação oriundas da Lei nº 8.666/93, uma vez que as contratações deverão ser realizadas através da modalidade pregão quando houver necessidade de aquisição de bens e serviços comuns e, nas demais hipóteses, o art. 28 determina que deverá ser utilizado “procedimento de licitação” nos termos da própria lei, fazendo remissão aos regulamentos internos.

Outrossim, enfatiza-se que, embora a Lei das Estatais tenha sofrido importante influência da Lei de Licitações, não se pode cogitar da aplicação subsidiária, como regra. Neste ponto, colaciona-se o ensinamento de Marçal Justen Filho (In Estatuto Jurídico da Lei das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016, p. 288):

4.1 A influência da Lei 8.666/1993 e da jurisprudência do TCU Ainda assim, a disciplina da Lei 13.303/2016 foi altamente influenciada pela Lei 8.666 e pela jurisprudência do TCU. O grande desafio reside em interpretar e aplicar os dispositivos segundo uma principiologia Documento Assinado Digitalmente

Verificado em 22/02/2019 18:05:03 Página 9 de 15

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

. Não é cabível reputar que, não obstante a edição da Lei 13.303/2016, a disciplina da Lei 8.666 continua a ser aplicável.

4.2 A ausência de aplicação subsidiária da Lei 8.666 Não é cabível estabelecer um postulado geral de que a Lei 8.666 aplica-se subsidiariamente em face da disciplina da Lei 13.303/2016. Existem diferenças muito relevantes entre as finalidades de ambos os diplomas e em vista da característica das contratações promovidas nas diversas órbitas. Justamente por isso, a Lei 13.303/2016 deixou de disciplinar certas situações para remeter a solução para o caso concreto, instituindo uma margem de autonomia para o gestor da empresa estatal. Isso não implica negar a possibilidade de que, como exceção e em situações específicas, a Lei 8.666 seja aplicada para suprir uma omissão, nos casos em que existir identidade de pressupostos, de finalidade e de conteúdo das situações disciplinadas. Um exemplo encontra-se abaixo exposto e se refere a previsto no § 1.º do art. 13 da Lei 8.666, que se aplica no âmbito das contratações diretas de empresas estatais. A questão será mais bem examinada adiante. Em outros casos, há identidade entre as regras das Leis 8.666 e 13.303/2016, o que pode autorizar a aplicação da Lei das Estatais segundo o entendimento já consagrado relativamente à Lei de Licitações. Assim se passa nos casos de dispensa de licitação referidos no art. 29 da Lei 13.303/2016. (Grifou-se)]

[file:///C:/Users/Lenovo/Documents/APLICAÇÃO%20SUBSIDIÁRIA%20DA%20LEI%208.666-93%20NA%20LEI%20DAS%20ESTATAIS/parecer%20n.%2000320-2016-conjur-cgu.pdf](file:///C%3A/Users/Lenovo/Documents/APLICA%C3%87%C3%83O%20SUBSIDI%C3%81RIA%20DA%20LEI%208.666-93%20NA%20LEI%20DAS%20ESTATAIS/parecer%20n.%2000320-2016-conjur-cgu.pdf)

PARECER n. 00320/2016/CONJUR­CGU/CGU/AGU

PARECER n. 00320/2016/CONJUR­CGU/CGU/AGU

O texto legal é claro e não deixa margens para interpretações contrárias. Quando houver omissão legal no caso, da Lei nº 9.478/97 e sua consequente regulamentação por meio do Decreto nº 2.745/98 –, devem­se aplicar as regras da Lei nº 8.666/93. E é exatamente o que ocorre com as sanções administrativas elencadas na Lei Geral de licitações, que se irradiam nos contratos regidos pelo Decreto nº 2.745/98. Ainda que se trate de sociedade de economia mista, a atuação da Petrobras no mercado privado deve observar certas regras e princípios de caráter público, conforme expressa previsão do art. 119 da Lei nº 8.666/93, afastando­se, assim, a possibilidade de exclusiva submissão ao regime de direito privado, conforme esposado pela acusada. 29. É oportuno destacar que, dentre as penalidades previstas no item 73 do Decreto nº 2.745/98, E EM QUALQUER OUTRA LEI NOVA OU ANTIGA não se encontra a sanção de declaração de inidoneidade, a qual decorre de fatos graves relacionados a fraudes em licitações e a outros atos ilícitos. As punições previstas no mencionado item 73 tem seu campo de atuação limitado a questões relacionadas a inexecução contratual e não a fatos mais graves, tais como os ventilados nestes autos. 30. Que fique claro, porém, que em nenhum momento defendemos uma interpretação analógica ampliativa em matéria restritiva de direitos, em nenhum momento defendemos que as sanções da Lei 8.666/93 deveriam ser aplicadas apenas porque o Decreto nº 2.745/98 não previra a penalidade de inidoneidade. As penalidades das leis de licitações se aplicam a lesões praticadas contra a Petrobras, porque a Lei 8.666/93 e as demais leis de licitações não foram revogadas por legislações, nem muito menos decretos, posteriores, os quais, aliás, não tratam especificamente dos mesmos temas. Nenhuma legislação nova previu a hipótese da declaração de inidoneidade que permanece hígida nem sua revogação que, no caso, teria que ser expressa.

Porém, esta tese não se sustenta. 34. Primeiro, há que se ressaltar que este Manual sequer se trata de um instrumento normativo formal nem no âmbito da Petrobras. É um mero manual que nunca poderá ter a força de afastar a aplicabilidade de leis e decretos federais. 35. Segundo: por tratar­se de uma Sociedade de Economia Mista, apesar de a contratação ser regida pelo sistema de licitações simplificado da Petrobras como sustenta o Ministro Gilmar e a própria AGU, o dano causado por fraudes a este processo atinge a Administração Indireta e, portanto, pode ser perseguido e punido com base na Lei 8.666/93, a qual só não pode regular a forma de contratação, a teor da liminar do Min. Gilmar Mendes no MS 29.123/DF, mas as punições podem ser subsidiariamente reguladas pela lei 8.666/93, sem prejuízo de a Petrobras, aplicar suas sanções internas com base nos seus Manuais e Decretos. 36. Outro argumento contra esta tese está em percebermos que o art. 67 da Lei nº 9.478/97 estabelece que Os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República. Ou seja, somente um Decreto poderia definir as punições, nunca um mero Manual. Como o Decreto 2.745/98 limitou­se a punições por inexecução contratual, e ainda por cima somente no âmbito do sistema Petrobras, ele é omisso quanto às fraudes à licitação – e fraudes que atingem um bem jurídico de interesse público da administração indireta – e, portanto, resta a aplicação subsidiária da Lei 8.666/93.

Ou seja, a declaração de inidoneidade é pena que só pode ser aplicada por Ministro de Estado e não foi revogada. Os presidentes das estatais poderão utilizar a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 para aplicar as penas ali previstas, mas se o fato for mais grave, o Ministro de Estado permanece com sua competência residual para aplicar a declaração de inidoneidade da Lei 8.666/93, pena que, repita­se, não foi revogada pela Lei das Estatais. 59. Mesmo não havendo mais dúvidas a respeito desse assunto, é importante acrescentar que o caput do artigo 83 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, prevê expressamente que as penalidades ali previstes devem ser aplicadas pela respectiva entidade estatal (empresa pública ou sociedade de economia mista), ou seja, essa norma não trata de reprimendas cuja competência para aplicação é de autoridade externa.