

PARECER JURÍDICO

DIREITO ADMINISTRATIVO. REANALISE DOS REQUISITOS PARA CONTRATAÇÃO. OBRIGATORIEDADE LICITAR X CONTRATAÇÃO DIRETA. LEI Nº 13.303/2016, ART. 28. POSSIBILIDADE JURÍDICA. RECOMENDAÇÕES NECESSÁRIAS.

RELATÓRIO

Trata-se os autos de reanálise dos requisitos para contratação direta de empresa especializada na prestação de serviços de consultoria para avaliação e adequação do modelo de gestão da PRODAM, visando a avaliação/adequação à legislação vigente; a realização de diagnóstico dos ativos, passivos e custos operacionais; e por final a definição de um roteiro de providências de equilíbrio financeiro, com foco em parcerias com o meio privado.

Impende dizer que o presente MEMO Nº 009/2023-SUPTN/PRODAM já foi objeto de manifestação anterior desta ASJUR. Sendo aquele opinativo, em suma, no sentido de realização de procedimento licitatório.

Aduz o d. parecerista que a fundamentação jurídica para a contratação está disposta no art. 29, VII, da Lei Nº 13.303/1996, *in verbis*:

Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

VII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional ou de instituição dedicada à recuperação social do preso,

desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

Esclarece o d. parecerista que: “A despeito das recomendações da ASJUR, é facultado ao ordenador de despesas, através de sua análise de oportunidade e conveniência e valendo-se do poder discricionário que lhe é concedido pelas atribuições do cargo que ocupa e pelo Estatuto da empresa, decidir de forma diferente do entendimento desta ASJUR”.

É o que basta relatar.

FUNDAMENTAÇÃO

Como cediço que as empresas públicas e sociedades de economia mista são espécies do gênero de empresas estatais e representam mecanismos de intervenção direta do Estado no domínio econômico, nos casos em que se verificam imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, tal como dispõe o art. 173 da Constituição Federal.

Quando as empresas estatais exploram atividade econômica, devem observar o comando constitucional previsto no art. 173, §1º, III, da Carta Fundamental, segundo o qual a lei que definir 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, disporá sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

A licitação é a regra, mesmo para as empresas estatais submetidas a regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal). Somente será passível de exclusão em situações nas quais for demonstrada a existência de obstáculos negociais (art. 28, §3º, I e II, da Lei nº 13.303/16) que oponham efetivo prejuízo às atividades da estatal, devidamente demonstrados, de modo a impossibilitar

a licitação, seja porque materialmente inviável a competição (art. 30 da Lei nº 13.303/16), seja porque desta poderia resultar prejuízo ao interesse público presente nas finalidades institucionais da estatal (dispensabilidade da licitação).

A função da licitação é a de viabilizar, por meio da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a busca da proposta mais vantajosa para a entidade.

A adoção de um procedimento para a contratação de bens, obras e serviços de interesse para as estatais, e ainda para a alienação de seus bens, móveis e imóveis, visa conferir **previsibilidade**, segurança e acesso igualitário à disputa, além de permitir aos órgãos de controle, interno e externo, sindicarem os atos administrativos praticados no processo, amparados pelas normas de regência.

A **previsibilidade** decorre da existência de um regramento prévio, materializado no ato convocatório, mercê do qual são divulgadas as regras para a participação no certame e para a escolha da melhor proposta. Tal regramento, balizado pela legislação de regência, antecipa as condições necessárias à participação na licitação, conferindo segurança jurídica à entidade e aos interessados na contratação.

A Lei nº 13.303/16, sem distinção, impôs a regra geral da licitação às **empresas estatais que explorem atividade econômica** de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita a regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

Contudo, o mesmo diploma **conferiu a essas entidades (prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas) a prerrogativa de não se submeterem a regime licitatório quando do exercício de suas atividades finalísticas, procedimento que, caso fosse adotado, inviabilizaria sua coexistência em relação às empresas privadas** – suas concorrentes no mercado de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços – em face da dissociação do procedimento formal das licitações em relação às medidas céleres praticadas pelo setor privado.

As empresas estatais que exploram atividades econômicas, embora integrantes da administração pública indireta, desempenham operações peculiares, de nítido caráter econômico, vinculadas aos seus próprios objetivos. **Tais operações são denominadas de atividades-fim ou atividades finalísticas. A Lei nº 13.303/16 estabeleceu a inaplicabilidade do regime licitatório às contratações relacionadas às atividades finalísticas das empresas estatais que, na forma do inciso I, do §3º, do art. 28, forem associadas a atividades especificamente relacionadas aos objetos sociais dessas entidades**, ou seja, aqueles inscritos na lei que lhes autorizou a criação e em seus respectivos atos constitutivos (CF/88, art. 37, XIX).

Vale ainda lembrar que as empresas estatais, especialmente as constituídas sob a forma de sociedade anônima, estão presas a um dever de eficiência, segundo dispõe a Lei nº 6.404/76, a Lei das Sociedades Anônimas. Assim:

Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.
[...]

Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou sua criação.

As atividades finalísticas das empresas estatais se regem pelo direito privado e não estão sujeitas ao dever de licitar.

Esta obrigação, no entanto, é exigível nas contratações necessárias ao exercício das atividades-meio.

A diferença entre atividades fim e meio, está na vinculação do contrato com o objeto cujo desenvolvimento constitui a razão de ser da empresa estatal, tal como enunciado na lei de sua criação e em seus estatutos constitutivos. A atividade-fim é aquela para a qual está vocacionada a entidade. As demais são atividades-meio e, portanto, sujeitam-se à regra da licitação.

Retornando à espécie dos autos, é de se perquirir se a “CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO, SEM FINS LUCRATIVOS, PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA PARA AVALIAÇÃO, DEFINIÇÃO E PROPOSTA DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO AUTOSSUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO FRENTE À LEGISLAÇÃO DA LEI 13.303, DE 30 DE JUNHO DE 2016, E O MERCADO NO QUAL SE INSERE”.

Não resta dúvida que a composição dos preços da empresa está diretamente ligada aos custos de administração, e não somente aos serviços ou equipamentos de TIC envolvidos na precificação. A inclusão do seu impacto nas notas fiscais, como parte do preço é uma flagrante decorrência dessa constatação.

Por isso, viável a contratação direta de bens, serviços e produtos atinentes à atividade-fim da PRODAM, aqueles decorrentes de procedimentos usuais do mercado em que atua e indispensáveis ao desenvolvimento de sua atividade normal, dentre eles, a otimização da redução do custo fixo.

Neste diapasão, para ter preços competitivos a empresa tem que diminuir custos, sendo que os processos administrativos internos envolvidos na entrega dos produtos da PRODAM, devem ser mensurados e otimizados. Diga-se, para poder concorrer, em igualdade de condições com as outras empresas privadas prestadoras de serviços de TIC. Sem isso, ela não tem como se manter.

Note-se que o controle, seja interno ou externo, a ser exercido sobre as atividades desenvolvidas pela PRODAM se dará sob o enfoque dos resultados por ela

obtidos e, nesse particular, sob o prisma da eficiência, haja vista o modelo gerencial introduzido na administração pública pela reforma administrativa (EC nº 19/1998).

Assim, entendo que exigir da PRODAM, nas condições postas, de estar atuando em um mercado concorrencial, sob o julgo princípio da eficiência – a realização de licitação para contratar assessoria para avaliação, definição e proposta de equilíbrio econômico-financeiro autossustentável iria de encontro ao que preconiza o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, as estatais deverão observar os ditames da Lei nº 13.303/2013 e de seu próprio regulamento, podendo utilizar-se da situação de inexigibilidade quando da contratação de serviços que constituam sua atividade-fim.

De fato, a questão básica tratada no pedido de reexame versa a respeito da necessidade de a PRODAM, no desempenho das atividades finalísticas e em função das quais ela foi constituída, licitar assessoria para redução de custos fixos.

Como evidencia a doutrina, nenhum dispositivo legal, muito menos de nível constitucional, pode ser interpretado isoladamente, desvinculado do contexto no qual está inserido. Embora o texto legal se apresente frequentemente revestido de evidente clareza, mesmo assim, implica um trabalho de conhecimento, de assimilação e de complementação daquilo que o legislador pretendeu exprimir, trabalho esse que poderá ser mais ou menos complexo, mas que não pode deixar de ser considerado, para que as normas sejam aplicadas sem qualquer dúvida.

Afirma o eminente Carlos Maximiliano (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Editora Forense, 1984, p. 128-129), cumpria examinar a norma em conjunto: **“é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma”**.

Ainda sobre a questão, convém registrar parte do parecer da 10ª SECEX, que evidencia **“...ser apenas aparente a antinomia existente entre os artigos 37, XXI, e 173, § 1º, da CF, pois cada um desses dispositivos protege um bem jurídico próprio. Resguarda-se dessa forma a boa hermenêutica, como ensinou o mestre Carlos**

Maximiliano (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Editora Forense: 1998, p. 356):

3.20.1. Contradições absolutas não se presumem. É dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e o alcance de cada uma”.

Como acima enunciado, a Constituição Federal de 1988 (original), em seu Art. 37, inciso XXI, estabelece uma regra geral, aplicável inicialmente a todas as empresas estatais. Por outro lado, o art. 173 separa uma espécie de empresa estatal, a que explora atividade econômica. Desta vez, para dizer que apenas esta pode e deve reger-se pelas mesmas normas aplicáveis às empresas privadas. Cria uma exceção à regra geral, de forma que as exceções devem ter interpretação restrita, no sentido de que somente podem ser havidas como excepcionais as situações que se enquadrem perfeitamente na norma excepcionadora, sem extensões ou ampliações.

Para ter preços competitivos, a empresa tem que diminuir custos, sendo que o enxugamento dos processos administrativos é um relevante item da composição de custos, ou seja, para poder concorrer em igualdade de condições com as outras empresas privadas de TIC, a PRODAM precisa ter liberdade de contratação, para bem escolher o profissional que mais se ajusta à sua necessidade, conforme estabelecido no ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR. Sem isso, ela não tem como se manter competitiva.

A Lei nº 13.303/16, em cumprimento às diretrizes constitucionais, estabeleceu a regra geral da licitação às atividades contratuais das empresas estatais que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita a regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos. Mas a ressaltou no art. 28, §3º, I, quando da comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais enunciados em seus estatutos.

A regra da prévia licitação, contudo, é afastada nas contratações necessárias ao desempenho negocial das empresas estatais, tais como as relacionadas à comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionadas com seus respectivos objetos sociais, bem como nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a características particulares e vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, desde que demonstrada a inviabilidade do procedimento competitivo.

Embora as empresas estatais estejam dispensadas de licitar a prestação de serviços relacionados com seus respectivos objetos sociais (art. 28, § 3º, inciso I, da Lei nº 13.303/16), devem conferir lisura e transparência a essas contratações, em atenção aos princípios que regem a atuação da administração pública, selecionando seus parceiros por meio de processo competitivo, isonômico, impessoal e transparente, consoante assentado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 2.033/2017 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Processo nº 016.197/2017-8.

A proposta de simplificar estruturas, regras, procedimentos administrativos e processos de trabalho, com o fim de “otimizar” a relação custo-benefício (eficiência) e contribuir para a obtenção de resultados (eficácia), assim satisfazendo aos compromissos do estado com a sociedade civil, tem sido desenvolvida na gestão pública de vários estados democráticos de direito.

Quanto ao enquadramento legal, verifica-se a possibilidade de sua submissão às disposições do § 3º e § 4º do art. 28 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (Lei de Responsabilidade das Estatais).

Quanto à análise formal dos atos praticados, deve constar prévia aprovação do competente plano de trabalho, incluídas às seguintes informações:

- a. identificação do objeto a ser executado;
- b. metas a serem atingidas;
- c. etapas ou fases de execução;

- d. plano de aplicação dos recursos financeiros;
- e. previsão de início e fim da execução do objeto, bem como da conclusão das etapas ou fases programadas.
- f. Resultado esperado com demonstração de que o objetivo do contrato atende aos interesses institucionais da PRODAM.

Verificada a adequação do objeto pretendido com as necessidades da PRODAM, observa-se a **orientação do TCU, insita no Informativo de Licitações e Contratos, nº 358**, onde se definiu alguns requisitos para a contratação direta de empresa parceira com fundamento no art. 28, 3º, inc. II, da Lei nº 13.303/2016. Como segue:

(a) Avença obrigatoriamente relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais das empresas envolvidas;

(b) Configuração de oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do § 4º do art. 28 da Lei de Responsabilidade das Estatais;

(c) Demonstração da vantagem comercial para a estatal:

(d) Comprovação, pelo administrador público, de que o parceiro escolhido apresenta condições que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e

(e) Demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo, servindo a esse propósito, por exemplo, a pertinência e a compatibilidade de projetos de longo prazo, a comunhão de filosofias empresariais, a complementariedade das necessidades e a ausência de interesses conflitantes.

CONCLUSÃO

Relativamente à reanálise do parecer jurídico trazida à colação para análise, o qual consideramos totalmente satisfatório sob a óptica do d. parecerista Dr. CARLOS TÚLLIO DEMASI, ao passo que sua manifestação considerou que a PRODAM estaria contratando assessoria para melhoria de sua atividade-meio.

Assim, caso o entendimento da Administração seja este, deve o presente processo administrativo ser submetido à licitação; caso o entendimento seja de melhoria de sua atividade-fim, entendemos que se encontram reunidos os elementos essenciais exigidos para a contratação direta, desde que revisadas as exigências expostas no presente opinativo para torná-lo aderente à legislação aplicável à espécie.

É o parecer que submetemos à consideração superior, sugerindo.

SMJ.

Manaus, 25 de agosto de 2023.

Erlon Benjó
Assessor jurídico - PRODAM