

CONTRATOS NAS ESTATAIS - LEI Nº 13.303/16

Ivan Barbosa Rigolin

Primeira parte

Este artigo completa os comentários a toda a matéria relativa a licitações e contratos existente na assim dita *lei das estatais*, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, tendo sido publicada a parte de licitações, compreendendo os arts. 28 a 67, em dez artigos, ou em dez partes. Seguem agora os comentários aos arts. 68 a 84.

Até pelo número de artigos já se denota que a parte sobre contratos da lei das estatais é sensivelmente menor que a sobre licitação, e, a par disso, se ateve de modo ainda mais apertado à lei de licitações, arts. 54 a 80.

Muita vez a LE apenas abreviou e resumiu aqueles artigos inspiradores integrantes da lei das licitações, quando não, acolhendo aquelas regras tradicionais e amplamente conhecidas, pura e simplesmente reproduziu alguns sem alteração.

A matéria portanto, dentro do direito brasileiro, praticamente nada tem de original, representando, antes, uma muito importante simplificação do disciplinamento dos contratos com relação àquele constante da Lei nº 8.666/93 - cujos comentários em matéria de contratos servem em grande parte à LE.

O que resultou de mais importante em questão de contratos das estatais, entretanto, é a seguinte constatação, que se extrai já da primeira leitura: *os contratos das estatais são civis, comuns, e não contratos administrativos.*

Com efeito, todas as cláusulas e descritivos legais constantes da lei das licitações para os contratos da administração direta, autárquica e fundacional *foram cuidadosamente evitados na lei das estatais*.

A lei das estatais na sua parte de contratos *cuidou atentamente de retirar toda e qualquer caracterização daqueles ajustes como contratos administrativos*, excluindo mesmo alguma simples ou eventual menção a contratos administrativos.

Ou seja: qualquer matéria equivalente aos arts. 54; 57, § 1º, incs. I a VI; 58, 65, 78 e 79, todos da lei de licitações, *na LE simplesmente inexistem*, descaracterizando por completo qualquer mínima possibilidade de configuração de contrato administrativo. Apenas confirmou que, também em sede de contratos, *não há mal que sempre dure*.

Andou nesse passo *muitíssimo bem* a lei, e consagrou o que a melhor doutrina sempre defendeu, uma vez que não se imagina, em sã consciência do direito, que empresas possam celebrar contratos de uma natureza que apenas faz sentido quando o contratante é o próprio poder público, seja por entes do Executivo, do Legislativo, do Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, das autarquias que não sejam corporativas especiais e das fundações públicas.

Empresas, constituídas como são sob a forma do direito privado - ainda que com participação de dinheiro público em percentual ou na totalidade do capital social -, não deixam de ser empresas e de se reger pelo direito empresarial e não pelo direito público. Não é o dinheiro público inicial que transforma uma empresa em outra coisa.

As empresas tradicionalmente não sabem, não querem saber e, possivelmente, *têm muita raiva de quem saiba* o que são contratos administrativos - afinal são empresas, e não Prefeituras, Tribunais ou autarquias.

Se o Estado, na sua incansável criatividade, *inventa* autarquias, depois fundações públicas, depois empresas públicas, depois sociedades de economia mista, depois organizações sociais, depois parcerias público-privadas, depois consórcios públicos, uma após a outra sem cessar,

então *precisa saber o que é e o que significa cada uma dessas entidades*, e saber que são essencialmente diferentes entre si, e saber exatamente quais são essas diferenças institucionais, jurídicas, operacionais, técnicas, financeiras, contábeis e de quantas outras naturezas possam existir. Não se concebe ao inventor desconhecer as características do ser que inventou.

Se o poder público institui empresas, nesse passo abre mão do regime de direito público que seria aplicável caso fossem, por exemplo, autarquias. Se necessita agilidade, dinamismo empresarial, velocidade operacional, maior liberdade de negociação - ou em suma se precisa de gestão empresarial e não de letargia pública -, e se para isso cria empresas, então que doravante observe e respeite a natureza do ente que criou.

Se ingressou no, e avançou pelo, mundo empresarial quando não precisava fazê-lo, então que *vista a camisa* da realidade institucional da empresa, que em quase tudo, para seu gáudio, refoge ao regime do direito público. Condenar uma empresa a ter regime de direito público seria o mesmo que negar a identidade da mesma empresa, como matar o boi para livrá-lo do berne.

Assim sendo a realidade, os contratos das estatais serão tudo menos, felizmente para todos os habitantes do universo, administrativos ⁽¹⁾.

Art. 68

Confirmando o anunciado, a só leitura deste artigo, que só tem o *caput*, já evidencia que os contratos das estatais são civis ou privados, e não administrativos ou sob regime de direito público. Desfaz-se um mal-entendido que durou um quarto de século, desde a Lei nº 8.666/93 que

¹ Com grande desolação e consternação parece se confirmar mais a cada novo dia que poucas realidades institucionais se acham tão falidas quanto a do estado, nesta quadra atual em que o poder público vive de épocas passadas, imprevidentes em grande medida e absolutamente ultrapassadas. Se o contrato administrativo vincula-se a algo assim, e se haure seus fundamentos nos cânones da Administração pública, então deve ser o que de pior existe na matéria. Além de ilógico seria injusto que a nova LE submetesse as estatais a um tal retrocesso - esse mesmo que ainda em 2.017 para elas é imposto pela lei das licitações, a qual grosseiramente não diferencia, para esse efeito contratual, uma Prefeitura de uma sociedade de economia mista.

arrojou as estatais no balaio das entidades do estado sem diferenciação com relação aos entes verdadeiramente públicos, integrantes da Administração direta e indireta. A LE, quanto aos contratos, repõe as coisas no lugar e na ordem jurídica adequada.

Reza que os contratos das estatais regulam-se pelas suas cláusulas. pelo disposto nesta lei e pelos preceitos de direito privado. Em momento algum tangenciou-se o regime administrativo dos contratos, uma vez que eles na melhor técnica jamais foram concebidos nem concebíveis para empresas públicas nem para sociedades de economia mista, nem muito menos para empresas que em dado momento passam a pertencer ao estado.

Se a lei das licitações tratou os contratos das empresas estatais com grosseria jurídica tal que as pareou com os entes públicos, fê-lo por incúria e desmazelo exemplares, que sempre foram combatidos com veemência pela doutrina toda uníssona desde o primeiro momento, em 1.993. Parece que a partir desta LE o problema se resolve.

É evidente que em primeiro lugar se deve ter *a lei* como fundamento do contrato, seja a LE, seja principalmente a legislação civil, a começar pelo Código Civil. Depois da lei, e dentro da lei, a seguir entram em cena as cláusulas do contrato, as quais, repitam, devem conformidade apertada ao que a lei permite, sendo esse o limite - portanto legal - de discricionariedade imposto às partes. Dentro da lei em princípio os contratantes são livres para dispor e depois para negociar.

No mais, em surgindo demanda, prebenda ou disputa que não se possa resolver nem pela lei nem pelo contrato, então as partes deverão aplicar os princípios de direito civil, ou de outro direito privado como é o comercial quando for o caso, para tentar dirimi-la da melhor forma.

O direito público ficou de fora, o que resulta juridicamente perfeito em se tratando de negócios empresariais, ainda que com empresas do estado. Em direito como na vida, cada macaco em seu galho.

Art. 69

Equivalente ao art. 55 da lei das licitações porém convenientemente mais curto e objetivo, este dispositivo elenca os conteúdos necessários dos contratos celebráveis pelas estatais, nos seus incs. I a X. Os incs. I a IX são praticamente cópias dos equivalentes incisos do art. 55 da lei das licitações, e apenas o inc. X, obrigando que exista a *matriz de riscos*, é que inova.

O inc. I manda que o contrato contemple o *objeto*, com seus elementos característicos. É que mesmo o óbvio em direito geralmente precisa estar escrito com todas as letras, como aqui ocorre. Um contrato sem objeto será como um homem sem cabeça, ou um objeto sem corpo.

O objeto deve estar ao menos sinteticamente descrito no articulado do contrato, e tão minuciosamente quanto necessário nos anexos daquele instrumento. Os anexos se prestam muito mais adequadamente para detalhes e minudenciamentos que o corpo principal do contrato, ao qual se recomenda sobriedade e concisão.

Para completas descrições de objetos é que existem os anexos nos editais e, sendo o caso, nos contratos, recordando-se sempre que aqui, tal qual na lei das licitações, ao início o contrato integra o edital, e no segundo momento é o edital, completo, que integra o contrato.

Parece despiciendo enfatizar que qualquer objeto lícito e adequado ao direito é permitido aos contratantes, seja ou não licitado o contrato. A natureza e o escopo de cada estatal é que determinará a sua conformação e todas as suas características, dentro de cada ocasional necessidade e conveniência.

O inc. II prevê que o contrato indique o regime de execução (em se tratando de obras ou de serviços) ou a forma de fornecimento (caso seja de compras o objeto). Os regimes de execução das *obras e dos serviços de engenharia* são aqueles previstos nos incs. I a VI do art. 43, e quanto aos demais serviços a lei nada diz, porém nada impede a aplicação de algum daqueles seis regimes mesmo que o contrato seja de outros serviços que não de engenharia, porque em essência nada têm de incompatível uns com outros, exigindo-se apenas pequenas adaptações lógicas.

O art. 42 define os regimes, e norteadamente por aquelas definições o regime de cada contrato de obra ou de serviço haverá de ser o escolhido, conforme a conveniência de cada momento.

O inc. III reproduz o inc. III do art. 55 da lei de licitações. Deve o contrato prever preços e condições de pagamento, critérios, data-base e periodicidade de reajustamentos, e os fatores de atualização monetária entre a data do vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento. Naturalmente não poderia o contrato deixar de estabelecer preço e condições de pagamento, nem, se houver, data e fator de reajuste, já que essas são cláusulas essenciais.

Está entretanto desatualizada, tendo perdido toda importância, a previsão de atualização das parcelas pagas com atraso, em face da pouca inflação - oficial - que se verifica no país nos últimos anos. Se esse fator já era menosprezado mesmo com a inflação galopante ao início da lei de licitações, hoje em dia costuma ser desprezível, e simplesmente ignorado em editais e em contratos, sem reclamação de quem quer que seja.

O inc. IV também repete matéria da lei de licitações, e informa que o contrato deve conter previsão de todos os *prazos* a cumprir pelas partes, como os de início, de etapas distintas de execução, de observação, de entrega e de recebimento, sempre que cabíveis. Se ainda existirem outros prazos a observar, é também por força deste inciso que o contrato os deverá consignar expressamente - ou de outro modo simplesmente inexistirão, eis que o contrato é, como se sói afirmar, *a lei entre as partes*. A previsão é igualmente essencial à perfeição formal do contrato.

O inc. V cuida das garantias que a estatal contratante acaso exija, "observado o disposto no art. 68"- e confessamos não saber o que isso significa, já que nada tem o art. 68 com garantias. Então, parece que a menção àquele art. 68 constitui um simples erro, já que o dispositivo a ser corretamente observado é o art. 70, este, sim, a disciplinar a questão das garantias, e o fazendo semelhantemente ao que fez a lei de licitações.

O inc. VI também lida com matéria essencial, relativa aos direitos e as responsabilidades das partes contratantes, assim como alude às eventuais infrações na execução e suas correspondentes penalidades, sobretudo multas, tudo isso a ser obrigatoriamente estabelecido no contrato dentro do que contiver de *previsível* - pois que amiúde ocorrem infrações e irregularidades, inimagináveis com antecedência, na execução.

O tema não é muito fácil de disciplinar na lei senão deste modo genérico, uma vez que cada contrato terá conteúdos próprios e específicos, a ensejar penalidades equivalentemente específicas por eventuais infrações, e multas na mesma esteira, sendo tudo isso, muita vez, pontual e casuístico em grande medida, e com tanto intransferível de um para outro contrato.

O que se espera das autoridades elaboradoras dos contratos é moderação, bom-senso e equitatividade nestas fixações, que devem ser razoáveis e proporcionais em qualquer hipótese, jamais abusando a estatal de seus naturais poderes de parte forte na relação contratual - algo sempre repugnante seja qual for o ente público contratante.

O inc. VII manda que o contrato preveja os casos, ou as hipóteses, de rescisão. Perfeito e coerente, muito mais que a previsão idêntica que consta de lei de licitações, porque naquela lei existe um artigo que elenca as dezoito hipóteses de rescisão do contrato administrativo, e, se existe, não tem muito sentido que o contrato também as preveja, quando a lei já esgotou o assunto.

Como esta LE não contém nada parecido com o art. 78 da lei de licitações, então faz todo sentido este inc. VII, e as hipóteses de rescisão poderão ser livremente elaboradas para cada contrato, obviamente dentro de parâmetros usuais e praticados nas empresas - *muito mais do que nos entes públicos*, advirta-se, *porque os contratos das estatais não são administrativos mas privados*. A inspiração para o conteúdo rescisório dos contratos das estatais é portanto *civil*, não administrativista - com a graça das potestades celestes.

O inc. VIII reproduz o inc. XI do art. 55 da lei das licitações, e é de muito boa qualidade. Manda que o contrato estabeleça - em outras palavras - que o edital da licitação se houve, ou o termo de dispensa ou inexigibilidade se foi o caso, e sempre a proposta do contratado, tudo isso integre o contrato como se nele estivesse inteiramente transcrito. Esta integração *deve estar escrita no contrato*, com todas as letras.

Ótimo, pois que não se admite nem se imagina como o edital poderia licitar uma coisa, e o contrato obrigar a outra. Esta regra impede formalmente e desde logo qualquer discrepância entre edital e contrato, e viabiliza impugnações a editais que as contenham, a tempo de serem corrigidas antes do certame.

O inc. IX é calcado no inc. XII do art. 55 da lei de licitações, é outra previsão tida como muito útil à Administração - ao menos à sua fazenda e aos órgãos de arrecadação. O INSS está na sua origem, pelos motivos mais compreensíveis: se não bem fornido de dotação o órgão da previdência nacional, rui o país inteiro, com suas dezenas de milhões de aposentados e pensionistas. Não se imagina catástrofe maior, nem semelhante.

Serve a licitação e o contrato para garantir que ao menos os licitantes e os contratados estejam em dia com suas obrigações previdenciais, porém o escopo do inciso é maior, já que o edital pode estabelecer quais documentos habilitatórios deverão ser renovados a cada mês pelo contratado, como condição de regularidade do próprio contrato.

E dentro desse rol devem estar os documentos vencíveis no tempo e não outros, como atestados de desempenho anterior ou contrato social, que não vencem nem caducam. (Quem demonstrar ter construído as pirâmides do Egito ou as catedrais góticas francesas estará habilitado, em matéria de desempenho anterior, *per omnia saecula saeculorum*). Mas o edital deverá indicar expressamente quais são esses documentos, não podendo silenciar ante questão tão relevante para o contratado.

E o tema inspira a consideração de que com frequência os entes públicos apenas o contratado que não renova seus

documentos vencidos com a sanção de *não os pagar enquanto não os atualizarem*.

É o *jeitinho brasileiro*, sem qualquer amparo na lei mas que no frigidar dos ovos resulta muito mais razoável ao contratado do que seria aplicar-lhe a lei no seu rigor: sim, porque se a lei manda que o contratado mantenha durante a execução contratual todas as condições de habilitação que demonstrou deter na licitação, e se mesmo assim ele não as mantém, então simplesmente descumpriu o contrato e, com tanto, merece as penas da inadimplência de sua obrigação.

Tal seria imensamente mais gravoso e 'serio ao contratado, que receberia, sim, pelo que fez e entregou, e que foi bem recebido pela Administração, porém (I) teria rescindido seu contrato; (II) seria provavelmente multado por inadimplemento de obrigação; (III) poderia sofrer outras penas como suspensão do direito de licitar e contratar com o seu contratante, sempre na forma dos arts. 82 a 84 desta LE.

E nesse panorama seja considerado que em boa hora esta LE não reproduziu a *péssima* penalidade da declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o poder público, tão mal descrita na lei de licitações que constitui só em si uma inidoneidade contra o direito e a lógica jurídica. Trata-se de um tipo penal ignominioso, de algum autor que *ouviu cantar o galo e não sabe onde*.

Então, assim sendo, questiona-se: o que é materialmente pior para o contratado, *segurar o pagamento* enquanto o contratado não regulariza sua situação fiscal, ou aplicar a lei literalmente e rescindir o contrato, aplicar-lhe multas e outras penas? O *jeitinho brasileiro* é neste ponto, e contra tudo que formalmente se lhe contraponha, um *passo adiante* em matéria penal. ⁽²⁾

O inc. X, por fim no elenco, obriga que o contrato contenha a *matriz de riscos*. Novidade desta LE como já se disse, a matriz de riscos vem definida no art. 42, inc. X, desta LE. Trata-se da "cláusula contratual

² Algo com a fala que se atribui a Getúlio Vargas, para quem aos amigos tudo, e aos inimigos a lei.

definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à licitação, contendo no mínimo as seguintes informações" (e seguem as alíneas *a* a *c*, que as indicam).

Assunto marcadamente técnico e de boa inspiração, será concebido e elaborado a cada edital para contemplar parâmetros necessários a cada objeto em licitação com vista a desde logo tentar já equacionar, dentro do possível, os riscos econômicos e financeiros envolvidos na própria execução, ou a ela inerentes.

A idéia é elogiável sob qualquer aspecto, vez que procura minimizar os fatores de riscos econômicos dos futuros contratos, que tanto instabilizam o seu preço e que, de resto e por isso, costumam gerar escândalos sem conta que a imprensa noticia diariamente, e os sobrepreços *we superfaturamentos*, e as mazelas de corrupção e de negociatas que em dado momento de nossa história quase passaram a ser a regra dos negócios públicos, degradando o país ao plano de um *chiqueiro institucional*.

Com efeito, antevendo-se os possíveis e prováveis riscos contratuais com antecedência, a vocação é reduzi-los ao mínimo previsível, o que todos na nação anseiam a mais não poder - exceto os delinqüentes clássicos e tradicionais.

Tendo sido vetado o § 1º do artigo, o § 2º, que o encerra, obriga com todas as letras e às claras o procedimento de readequação das propostas vencedoras de licitações nas quais ocorreu o modo *aberto* de disputa. O pregão tornou-se hodiernamente a referência ou o exemplo clássico de modo de disputa aberto em certames licitatórios, e essa parece ser a sua grande vantagem para a Administração, além da excelente inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas.

Se houve disputa aberta, na qual os proponentes puderam cobrir suas iniciais propostas escritas, então é natural que ao final da disputa, tendo sido alterada a composição dos preços internos da proposta vencedora, o seu autor precise readequá-los ao valor vencedor, sempre mais

baixo que o de início, para que seja coerente com a legislação e com os fatores *fixos* de custos, como impostos e encargos sociais, e com fatores *variáveis* de custo, como é o BDI, tudo de molde a equacionar os novos valores vencedores ao novo valor final vencedor. Agora esta obrigação, mais de que lógica e necessária, consta expressa e claramente da lei das estatais.

Art. 70

Agora o tema é o das *garantias* exigíveis pelas estatais dos seus contratados. Outra vez a inspiração é da lei das licitações, art. 56, em parte aqui reproduzido.

A garantia serve para indenizar o contratante por prejuízo ensaejado pelo contratado que descumpra o contrato no todo ou em parte, e por qualquer modo, seja por deixar de executar, seja executando mal e de modo irreversível, seja ensejando dano ao contratante por má execução, seja por outro motivo, sempre ligado ao inadimplemento.

Não foi ainda desta vez que o direito brasileiro ganhou a figura da garantia que o direito alienígena denomina *bid bond*, ou seja a garantia da proposta, pela qual o ente contratante obtém uma indenização securitária, contratada pelo vencedor enquanto era ainda apenas um licitante, e que é devida em razão de que o vencedor, convocado para contratar, não comparece.

Aquela garantia pode abranger até mesmo 100% do valor do contrato, e em ocorrendo a hipótese não pode existir melhor negócio para a entidade licitadora, que sem gastar um centavo recebe tudo o que iria pagar ao contratgado. Fica sem o objeto naquele moemnto, é certo, mas obtédm uma indenização mais do que compensadora. Mas nada disso existe nesta LE, que permanece presa às nossas tradicionais espécies de garantias de execução (*performance bond*), alinhadas nos incs. I a III do § 1º deste art. 70.

Primeira consideração: não existe garantia obrigatoriamente exigível do licitante, nem do licitante vencedor. Todas as espécies de garantia são *facultativamente exigíveis* no edital, a estatal exigindo

alguma delas ou não exigindo nenhuma. A idéia, que se observa ventilada vez que outra, de que as garantias são sempre necessárias nas licitações não tem pé nem cabeça.

Segunda: quem escolhe a espécie de garantia a prestar, se exigida no edital, é o licitante e não a estatal. Ela apenas a exige, e o licitante elege a modalidade que mais lhe convenha dentre as três opções dadas pelo § 1º.

Terceira: a jurisprudência de contas tem insistido em que a garantia não deve ser exigida aprioristicamente de todos os licitantes, mas apenas do vencedor e como condição para este contratar. Filiamo-nos a esse entendimento, pois que se revela injusto obrigar simples concorrentes a despende dinheiro contratando garantias não sabem do quê, para um negócio que ainda não saiu e nem sabem se sairá. Não tem propósito obrigar licitantes a uma despesa sem sentido como seria essa, e que eventualmente serviria apenas para um deles. O edital, assim, em boa técnica deve estabelecer com clareza o momento, o valor e a circunstância de prestação da garantia pelo vencedor, se a exigir.

As três modalidades de garantia das quais o prestador deve escolher uma são (I) caução em dinheiro; (II) seguro-garantia e (III) fiança bancária. São modalidades arquiconhecidas de todos os fornecedores da Administração, e a todo tempo exercitadas nos contratos públicos.

O edital que as exija deve disciplinar questões como a validade do seguro-garantia e da fiança bancária, e a prática é a de exigir que durante toda a execução o objeto esteja coberto pela garantia, sob pena de rescisão por descumprimento - o que faz todo sentido.

Repetindo a lei de licitações, e pelos §§ 2º e 3º deste art. 70 o valor da garantia não excederá 5% (cinco por cento) do valor do contrato, salvo em objetos de *grande vulto e complexidade técnica*, quando poderá atingir 10 % (dez por cento) do valor contratual.

A LE não estabelece o que seja aquele grande vulto, e a estatal poderá valer-se para tanto, se quiser, do inc. V do art. 6º da Lei nº 8.666/93, como poderá não se valer e entender grande vulto como bem quiser.

O que significa g complexidade técnica, por outro lado, é questão que jamais será resolvida, objetivada ou pacificada: tem grande vulto, e grande complexidade técnica, o que a estatal, justificadamente ou não, disser que tem, e o assunto está encerrado. Além de indeterminado esse conceito é *indeterminável*, como inumeráveis outros que a legislação produz aos borbotões, e de nada adianta o esforço que a lei de licitações faz no § 9º do seu art. 30 para aclará-lo, uma vez que esse último dispositivo acresce outras dúvidas ao que já não se sabe.

Se a garantia prestada foi em dinheiro, então a estatal deverá corrigir o seu valor antes de devolvê-la ao contratado após a execução, a lei não indicando por que fator, de modo que quaisquer índices usuais de correção monetária podem desincumbir esse papel, sempre na forma do que disse o edital. Não se devolve garantia parceladamente à medida da execução, mas apenas totalmente, após cumprida toda a obrigação pelo contratado.

Quanto às duas outras garantias, seguro-garantia e fiança bancária, ainda na forma dos §§ 2º e 3º serão atualizadas pelos mesmos índices de correção ou de reajuste dos contratos a que se vinculem, o que é medida absolutamente lógica e razoável. A cada alteração do valor do contrato, também a garantia deve ser correspondentemente alterada.

(prossegue)