

COMENTÁRIOS SOBRE A LEI DAS ESTATAIS

(Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016)

O primeiro destaque a ser feito é o fato de que esta lei é reconhecida, unanimemente, como um grande avanço no que se refere à governança das empresas estatais, ou seja, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, controladas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

Apesar do prazo de dois anos, estabelecido no seu art. 91, para que as empresas estatais existentes na data de publicação da lei ajustem-se às suas disposições, a realidade é que os critérios nela estabelecidos para, por exemplo, a nomeação de seus dirigentes, já vem sendo implementados, com resultados reconhecidos por todos.

No Capítulo III da Lei (*Da Fiscalização pelo Estado e pela Sociedade*), deve ser chamada a atenção para a disciplina estabelecida, no que se refere à supervisão das estatais pelos órgãos a que se vinculam ou na interferência na sua gestão por órgãos ou entes de controle, constante dos arts. 89 e 90, a seguir transcritos:

“Art. 89. O exercício da supervisão por vinculação da empresa pública ou da sociedade de economia mista pelo órgão a que se vincula, não pode ensejar a redução ou a supressão da autonomia conferida pela lei específica que autorizou a criação da entidade supervisionada ou da autonomia inerente a sua natureza, nem autoriza a ingerência do supervisor na sua administração e funcionamento, devendo a supervisão ser exercida nos limites da legislação aplicável.

Art. 90. As ações e deliberações do órgão ou ente de controle não podem implicar interferência na gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista a ele submetidas nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas”.

No art. 90 poderia estar explícito que o órgão ou ente de controle mencionados são os órgãos de controle externo(Tribunais de Contas) com atuação sobre o

órgão público supervisor ao qual a empresa pública se vincula, para evitar interpretações equivocadas quanto ao alcance pretendido.

Também há um grande avanço nas regras para a realização de licitações e contratações de prestação de serviços e aquisição de bens por parte das empresas estatais, mediante o estabelecimento de regras detalhadas a serem seguidas, tanto na escolha dos fornecedores quanto no controle dos contratos.

Este aspecto, no entanto, parece não estar sendo objeto de uma implementação tão efetiva quanto à parte mencionada anteriormente, provavelmente pelo momento por que passa a economia brasileira, com grandes restrições aos investimentos públicos, não demandando, portanto, urgência na sua aplicação.

Essa situação propicia um tempo para que se possa comentar alguns pontos dessa parte da lei, contemplados no Título II da Lei nº 13.303/2016, que poderiam ser objeto de complementações para eliminar dúvidas na sua aplicação.

Considerando esses pontos, na ordem em que aparecem na lei, seriam:

1. Pré-qualificação (Art. 36).
2. Aquisição de bens (Art. 47)
3. Técnica e preço (Art. 54)
4. Arbitragem (Art. 69).
5. Garantias contratuais e prazo de recebimento de obras (Art. 70);
6. Licitações com financiamento de entidades internacionais.

Assim, seguem os comentários que cada um desses pontos parece merecer, ou seja:

1.- Pré-qualificação

Historicamente a chamada pré-qualificação nas licitações consistia em uma etapa em que se selecionavam interessados em determinados empreendimentos que, por seu vulto e complexidade, exigiam a escolha de empresas ou grupo de empresas que demonstrassem efetiva capacidade para a sua execução. Pesava também nessa escolha o fato de que o custo para elaborar a proposta, nesses casos, seria significativo e, assim, não haveria

interesse público em se estimular um grande número de ofertas, com despesas vultosas para a sua elaboração, na linha do que acontece nos países desenvolvidos com o procedimento denominado de “short list”. Um número razoável de empresas, para garantir a competitividade, seria selecionada, ou seja, somente estas apresentariam proposta dentro de um prazo razoável após a pré-qualificação.

A figura do Art. 36 (pré-qualificação permanente), regulada no Art. 63 e seguintes, não tem, no entanto, essas características, assemelhando-se mais com um cadastro de empresas para determinados tipos de serviços e fornecimentos, valendo por um ano.

Poderia se argumentar que a figura da “habilitação” estabelecida no item VII do Art. 51, com a previsão do seu § 1º, de que pode anteceder a fase de apresentação de propostas, daria respaldo a que se utilizasse a figura da pré-qualificação clássica nas licitações realizadas pelas empresas estatais. Não está claro, no entanto, que essa “inversão de fases”, tratada no Art. 59, implica, ou não, a exigência de que a proposta seja apresentada juntamente com os elementos necessários para a habilitação, o que pode eliminar as vantagens da existência de etapas distintas no tempo, ou seja, somente os habilitados trabalhariam na preparação e apresentação de proposta.

2.- Aquisição de bens

No Título II, na Seção III, estão as Normas Específicas para Obras e Serviços, objeto dos Art. 42 a 46, com inúmeros parágrafos, itens e alíneas, e na Seção IV as Normas Específicas para Aquisição de Bens, objeto dos Art. 48 e 49, sem maior detalhamento e, portanto, adequado a simples aquisição de bens com características bem definidas.

Seria um equívoco entender que no estabelecimento dessas normas ter-se-ia optado por uma simplificação preocupante, pois não se teria disciplinado os casos em que se tem fornecimento de bens que não se compram com projeto básico e sim com especificações técnicas, como o caso de bens de capital, bens de consumo durável e bens de consumo. Nesse caso, ter-se-ia entendido que essa espécie de contratação deveria ser tratada como Obras e Serviços, mas, se assim fosse, seria necessária alguma menção e orientação na Seção

III para se dar respaldo aos dirigentes de empresas estatais que atuam, principalmente, nas áreas de energia e mobilidade urbana.

O melhor, no entanto, seria incluir na Seção IV disposição com uma redação que poderia ser a seguinte:

“Na aquisição de bens de capital sob encomenda e bens de consumo, durável ou não, será necessária a respectiva especificação técnica específica, dispensada a exigência de projeto básico”.

3.- Técnica e preço

No Art. 54, item III, está expresso o critério de julgamento de propostas consistente na “melhor combinação de técnica e preço”, definindo-se, no seu § 5º, que, nesse caso, será considerado o percentual de ponderação mais relevante, limitado a 70%. O mínimo de 30% para a técnica deveria, no entanto, ser revisto para elevá-lo a 60%. Assim, o peso do preço no julgamento das propostas não ultrapassaria 40% e o da técnica poderia ser de até 70%. Assim, a parte final do mencionado § 5º deveria ser ajustada, passando a ter a seguinte redação:

“... mais relevante, limitado a 70% (setenta por cento) para a técnica e 40% (cinquenta por cento) para o preço”.

Dever-se-ia, no entanto, também estabelecer, para evitar dúvidas e procedimentos que contrariem o seu objetivo, na linha do amplo detalhamento adotado nesta lei para os vários tipos de licitação e contratação, que esse critério de julgamento seja obrigatório para a contratação de estudos de engenharia e elaboração de projetos básicos e executivos, quando for o caso de a empresa estatal responsabilizar-se por estes últimos. Desta maneira evitar-se-ia artifícios como o de realizar a licitação dessa espécie de serviços por fases, ou seja, primeiro se habilita a proposta técnica e depois se abre o preço, sem considerar a qualidade da proposta técnica. Este procedimento inadequado tem dado causa a grandes prejuízos, tanto no aspecto financeiro quanto de cumprimento dos cronogramas na execução das obras, serviços e fornecimento de equipamentos, para os órgãos públicos.

4.- Arbitragem

Estranhamente, no Art.69, ao tratar das cláusulas necessárias nos contratos celebrados pelas empresas estatais, não se incluiu a utilização de formas de conciliação de divergências mediante arbitragem, não obstante no Art. 12, parágrafo único, esteja contemplada expressamente esse mecanismo “*para solucionar ...as divergências entre acionistas e a sociedade ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos no seu estatuto social*”.

Poder-se-ia argumentar que o Art. 69 não veda que a regra da arbitragem possa ser estabelecida no contrato para solucionar divergências entre a empresa estatal e seus fornecedores, especialmente em empreendimentos com elevado grau de complexidade. É fato notório, no entanto, que alguns administradores de empresas estatais veem a obrigatoriedade de adotar a arbitragem para solucionar divergências na realização obras e serviços ou de fornecimento de equipamentos com maior complexidade, como uma limitação a seus poderes de gestão, restando ao fornecedor apenas o penoso recurso ao Judiciário.

A contemplação da arbitragem nos contratos de obras, serviços e fornecimento constitui segurança jurídica para o fornecedor, que resulta em ofertas mais vantajosas para a empresa estatal.

O Instituto de Engenharia de São Paulo constituiu, e tem mantido nos últimos anos, uma área especializada na realização de arbitragens na área de engenharia e, por essa razão, seus integrantes puderam constatar as grandes vantagens que esses procedimentos trouxeram para a segurança das partes, com ganhos significativos nos preços ofertados nas licitações e no cumprimento dos prazos estabelecidos nos cronogramas contratuais.

5.- Garantias contratuais e prazo de recebimento definitivo de obras.

O art, 70, em seu § 1º, explicitou as modalidades de garantias a serem prestadas pelo contratado, a sua opção, incluindo expressamente o seguro-garantia.

A lei deveria também ter mencionado que a garantia deveria perdurar até o recebimento definitivo da obra ou serviço e estabelecer um prazo para tanto

compatível com a sua complexidade, rompendo com a tradição brasileira de se estabelecer prazos exíguos para o recebimento definitivo, em dissonância com as normas internacionais, que definem prazos de até cinco anos.

O prazo mais longo para o recebimento definitivo da obra e, por consequência, da garantia contratual, auxiliará muito a empresa estatal a obter uma qualidade melhor da obra ou serviço por ela contratado.

6.- Realização de obras e serviços e aquisição de equipamentos financiados por entidades internacionais.

Por último, merece ser registrado o fato de que a lei, apesar de seu elogiável cuidado no detalhamento dos vários pontos importantes para regular a contratação da realização de obras, serviços e aquisição de equipamentos por empresas estatais, não disciplinou os casos em que os dirigentes ficam liberados de aplicar as regras estabelecidas na Lei das Estatais para adotar as normas estabelecidas pelas entidades financeiras internacionais, como o BIRD e o BID, que nem sempre coincidem as suas disposições.