

Procuradoria
Geral do
Estado



ESTADO DE GOIÁS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GABINETE

PROCESSO: 202000004092891

INTERESSADO: @nome_interessado_maiusculas@

ASSUNTO: CONSULTA

DESPACHO Nº 871/2021 - GAB

EMENTA: CONSULTA. PRETENSÃO DE ADESÃO, COMO CARONA, DE ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA ESTADUAL À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS DE EMPRESA ESTATAL DISTRITAL. DESCONFORMIDADE DO PLEITO AOS LIMITES SUBJETIVOS TRAÇADOS PELO § 1º DO ART. 6º DA LEI NACIONAL Nº 13.303/2013. SUJEIÇÃO DOS ENVOLVIDOS À REGIMES JURÍDICOS DE CONTRATAÇÕES DIFERENTES E INCONCILIÁVEIS, NOTADAMENTE NO QUE ATINE À AUSÊNCIA DE CLÁUSULAS EXORBITANTES NOS CONTRATOS AFETOS ÀS EMPRESAS ESTATAIS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADESÃO COGITADA. DESPACHO REFERENCIAL. PORTARIA Nº 170-GAB/2020- PGE. MATÉRIA ORIENTADA.

1. Cuida-se de procedimento administrativo deflagrado pela Secretaria de Estado da Economia, visando à aquisição de aparelhos telefônicos IP e acessórios, mediante adesão, na condição de carona, à **Ata de Registro de Preços BRB-029/2020** (000016399353) decorrente do **Pregão Eletrônico nº 049/2020** (000016379540), que tem como entidade gerenciadora o Banco de Brasília S. A..

2. O feito fora submetido à análise prévia da Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Economia que, através do **Parecer Jurídico PROCSET nº 155/2021** (000020646029) discorreu, dentre outros aspectos, sobre o novo regime jurídico atinente às licitações e contratações das empresas estatais, introduzido pela Lei nacional nº 13.303/2016, reconhecendo seus consequentes afastamentos do âmbito de aplicação direta da Lei nacional nº 8.666/93 e, como corolário, da Lei estadual nº 17.928/2012 e Decreto estadual nº 7.437/2011, a par de defender, a despeito da mudança legislativa operada, o cabimento da tencionada adesão ao registro de preços efetivado pela sociedade de economia mista distrital, ao argumento de que o *“certame realizado [...] cumpriu às exigências pertinentes ao processo licitatório”* e de que a entidade gerenciadora *“além de não vedar a participação da Secretaria de Estado da Economia, na condição de ‘carona’”*, por meio do seu Regulamento de Licitações e Contratos e do **Edital do Pregão Eletrônico nº 049/2020**, expressamente acolheu o pedido do órgão estadual *“nas quantidades requeridas”*.

3. Sob o auspício do art. 7º da Portaria nº 127/2018-GAB c/c alínea “a” do § 1º e *caput* do art. 2º da Portaria nº 170/2020-GAB/PGE, os autos vieram à consultoria jurídica do Gabinete desta Casa.

4. Em proêmio, diante da competência da respeitável Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Economia, haurida do § 2º e *caput* do art. 47 da Lei Complementar estadual nº 58/2006, para a representação, audiência e, se for o caso, outorga dos ajustes de qualquer natureza, cujos valores não ultrapassem a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), bem como à vista da sua incumbência, sacável do inciso I do art. 14 do Decreto estadual nº 9.585/2019, para manifestação prévia e incidental sobre as questões surgidas a partir do desenvolvimento dos procedimentos voltados às respectivas contratações¹, cumpre salientar que a orientação adiante aduzida dar-se-á com enfoque circunscrito à controvérsia abordada pelo tópico 2 do **Parecer Jurídico PROCSET nº 155/2021** (000020646029), tal como bem delimitado pelo subseqüente subitem 4.2 e, portanto, sem digressões sobre a instrução processual e demais pormenores relacionados ao caso concreto.

5. Dito isto passo à estrita consideração da matéria posta em liça, sob o registro de que ainda que não demandem retoques os subitens 2.1 a 2.19 do opinativo *sub oculis* (000020646029), ao dissertarem acerca das repercussões incidentes sobre as licitações e contratações das empresas estatais diante do advento da Lei nacional nº 13.303/2016, ou mesmo ao simplesmente reproduzirem trechos do Regulamento do Banco de Brasília S. A. e do **Edital do Pregão Eletrônico nº 049/2020**, daí não se afigura acertado concluir pela possibilidade jurídica de se levar adiante a almejada adesão por órgão da administração direta estadual, à registro de preços de sociedade de economia mista distrital, como o fez a Procuradoria Setorial da origem, de modo que ora se deixa de acatar as ilações alcançadas pelos subitens 2.20 a 2.23 da sua manifestação.

6. Do texto do § 1º c/c *caput* do art. 66 da Lei nº 13.303/2016 é possível extrair, ao lado de disposição atreladora do registro de preços da empresa estatal à expedição de decreto governamental específico de cada unidade federada e à regulamentação interna da entidade, lastreada no anterior art. 40, a previsão que apregoa a viabilidade de adesão por *“qualquer entidade responsável pela execução das atividades contempladas no art. 1º da Lei”*:

“Ou seja, poderá aderir à ata de registro de preços celebrada por empresa estatal qualquer empresa pública, sociedade de economia mista ou subsidiária abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, do Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou de prestação de serviços públicos.”²

7. Segundo ensinamento de Jessé Torres Pereira Júnior, Juliano Heinen, Marinês Restelatto Dotti e Rafael Maffini³, a “*entidade aderente*”, para fins da Lei nº 13.303/2016, “*constitui-se em empresa estatal que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação realizada por outra empresa estatal (seja por meio do pregão ou de acordo com o rito ordinário previsto no art. 51 da Lei nº 13.303/16), adere a uma ata de registro de preços celebrada por esta última*”. E complementam que “*de acordo com o art. 66, §1º, da Lei nº 13.303/16, ‘órgão’ também poderá aderir à ata de registro de preços celebrada por empresa estatal desde que aquele (órgão) seja responsável pela execução de algumas atividades contempladas no art. 1º da Lei*”.

8. Neste particular, notadamente a teor do vocábulo “*órgão*”, há uma corrente minoritária que vem sustentando, à semelhança do propugnado pelos subitens 2.21 a 2.23 do **Parecer Jurídico PROCSET nº 155/2021** (000020646029), que enquanto pendente a expedição de decreto específico destinado à regulamentação do registro de preços segundo as minúcias da Lei nº 13.303/2016, a compelir a manutenção da sujeição dos órgãos da administração pública direta e empresas estatais do ente federativo, indistintamente, à mesma normatização sobre a matéria, “*não há óbice jurídico a que ambos integrem (participem) da mesma licitação para o sistema de registro de preços ou figurem como ‘carona’*”⁴.

9. Com o devido respeito, a aventada tese não merece prosperar.

10. A uma, porque como bem pontuado pela equipe jurídica da renomada Revista Zênite⁵, em melhor esclarecimento ao ensaio transladado pelo subitem 2.20 do opinativo da Procuradoria Setorial da Secretaria de Estado da Economia (000020646029), “*a rigor, apenas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias têm competência para executar as atividades previstas no art. 1º da Lei nº 13.303/2016, quais sejam a exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos*”⁶.

11. E sob este prisma, “*consoante dispõe o §1º do art. 66 da Lei nº 13.303/2016, por força do princípio da legalidade, apenas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias poderão aderir a uma ata de registro de preços instituída por outra empresa pública ou sociedade de economia mista*”⁷.

12. A duas, porque ainda que as empresas estatais de um determinado ente federativo possam, ocasional e transitariamente, remanescerem submetidas a disciplina da licitação para o registro de preços idêntica à aplicável aos órgãos da administração direta, o fato de não se tratar de procedimento exaurível em si mesmo, mas voltado à eventuais futuras contratações, torna inviável a adesão, tal como conjeturado no presente processo, na medida em que os contratos praticados pelas empresas estatais, por injunção do art. 68 da Lei nacional nº 13.303/2016, não se confundem com os contratos administrativos regidos, em especial, pelas Leis nacionais nºs 8.666/93 e 10.520/2002, posto que, diferentemente destes, têm o direito privado como fonte primária de regência e se acham, pois, desguarnecidos da previsão de *cláusulas exorbitantes* à favor da Administração.

13. Confira-se o magistério da doutrina abalizada sobre o assunto:

"... enfatiza-se que, embora a Lei das Empresas Estatais tenha sofrido importante influência da Lei geral de Licitações, com ela não se confunde. Assim, que não se pode cogitar da aplicação subsidiária, como regra. [...] dos termos do art. 173, §1º, inciso II, CF/88, um contrato feito por uma empresa estatal e regulado pelo art. 68 da Lei nº 13.303/16 não seria “contrato administrativo”, para a concepção por assim dita “clássica” ou “ordinária”, mas, sim, “contrato da Administração”.

*Pode-se entender, então, que, pelos termos do art. 68, os contratos feitos pelas empresas estatais são contratos da Administração, e não contratos administrativos, porque, em tese, despidos do regime derogatório – cláusulas exorbitantes -, tendo em vista que a regra em questão determina que sejam eles regidos pela própria Lei nº 13.303/16 e pelos preceitos de direito privado. Sendo assim, por esta perspectiva, entender-se-ia que, a tais negócios jurídicos, faleceria a possibilidade de derrogações típicas do *puissance public*, como visualizadas, por exemplo, no art. 58 da Lei nº 8.666/93. Vale dizer que, assim posta a situação, conferir-se-ia ao contratante uma posição quase que “como se particular fosse”, quiçá com as peculiaridades de poder promover, por exemplo, sanções aos contratados nos limites consignados pelos arts. 82 a 84 – que, por sinal, são atenuadas.*

[...]

A Lei nº 13.303/16 trata do tema nitidamente de modo diverso: o regime de direito privado não é aplicado de modo supletivo, mas de modo direto ao lado das disposições da legislação mencionada – a qual, diga-se de passagem, sequer prevê um rol de cláusulas exorbitantes. Assim, o regime dos contratos de direito civil aplica-se como fonte primária do direito, e não de modo supletivo, na hipótese em que a Lei das Estatais não desse conta de disciplinar o tema. Logo, a natureza dos contratos feitos e regidos pela Lei nº 13.303/16 seria típico “contrato da administração”.

Para sermos ainda mais objetivos, o art. 68 determina que somente possam ser inseridas nos contratos feitos pelas empresas estatais as cláusulas que derivam expressamente da Lei nº 13.303/16 e, claro, do direito privado.

[...]

Portanto, o art. 68 impõe um traço diferencial marcante entre os contratos feitos pela Lei nº 13.303/16 e pela Lei nº 8.666/93. [...] Logo, é apropriado dizer que as empresas estatais receberam a possibilidade de contratações de forma mais flexível e ágil, adequadas às dinâmicas do mercado no qual estão inseridas, desde que observados os princípios da administração pública.⁸ (grifos apostos)

14. Semelhante posicionamento vem sendo compartilhado pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul que, à guisa do Parecer nº 17.778/2019⁹, realçou a natureza dos contratos das empresas estatais como entrave à fortuita figura do carona, relativamente à órgãos da administração pública direta, sob o fundamento de que a “adesão deve ser feita como um todo, pois a minuta contratual constante do anexo [...] é parte integrante da Ata”, o que reforça, *in casu*, a inadmissibilidade de aproveitamento tardio de certame por sujeito que se encontra vinculado a regime jurídico distinto do gerenciador e com ele inconfundível.

15. Assim, considerando o conjunto de competências diferenciadas arrogado sob a usual denominação de *cláusulas exorbitantes*, pela Leis nºs 8.666/93 e 10.520/2002, além das demais normas gerais sobre licitações e contratos, aos contratos administrativos em sentido estrito afetos aos órgãos e entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, não lhes sobra espaço para se lançarem à adesão de atas de registro de preços geridas por empresas estatais nos termos da Lei nacional nº 13.303/2016, sob pena de incorrerem em indevida renúncia tácita das prerrogativas especiais que lhes são conferidas, com viés de imperatividade, para salvaguarda do interesse público.

16. A três, porque com a superveniência da Lei nacional nº 13.303/2016, não cabe desaperceber dos efeitos derogatórios sofridos pelo § 3º do art. 26 da Lei estadual nº 17.928/2012 e pelo § 5º do art. 8º do Decreto estadual nº 7.437/2011, fulminadores de eventual exegese em prol da

adesão de Atas de Registros de Preços de empresas estatais, por órgãos e entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

17. A quatro -, e apenas para fins de reforço argumentativo, tendo em vista a ideia central defendida -, porque a jurisprudência dominante do Tribunal de Contas da União, a exemplo dos Acórdãos nºs 1.192/2010¹⁰ e 1.793/2011¹¹, tem deliberado desfavoravelmente à adesão, por órgãos e entidades da Administração Pública, a Atas de Registro de Preços realizadas por entidades integrantes do Sistema “S” e vice-versa, em face da incompatibilidade dos regramentos jurídicos a que se submetem cada qual, a robustecer, *mutatis mutandis*, a assertividade do desenredo denegatório da “carona” cogitada na situação dos autos.

18. A cinco, porque desponta desarrazoado supor que o só argumento da previsão, no **Edital do Pregão Eletrônico nº 049/2020** e no Regulamento de Licitações e Contratos do Banco de Brasília S.A., da viabilidade de adesão à Ata de Registro de Preços por “qualquer integrante da Administração Pública”, venha a tornar respaldada a “carona” intentada nos autos, quando certa é sua inaptidão para sobreposição aos limites subjetivos impostos pelo § 1º do art. 66 da Lei nº 13.303/2016 e às diferenças inconciliáveis entre os regimes jurídicos dos envolvidos, com risco de aniquilamento de preceitos essenciais inerentes aos contratos administrativos em sentido estrito.

19. Nesta cadênciã, não se reputa juridicamente aconselhável o prosseguimento com a “carona” ventilada no processo.

20. Ante o exposto, **conheço**, apenas, o tópico 2 do **Parecer Jurídico PROCSET nº 155/2021** (000020646029), ao tempo em que o **aprovo parcialmente**, com as ressalvas e acréscimos delineados, para o fim de orientar, em arremate, pela impossibilidade de a Secretaria de Estado da Economia proceder à adesão, como carona, de Ata de Registro de Preços do Banco de Brasília S. A., não só porque desconforme aos lindes subjetivos traçados pelo § 1º do art. 66 da Lei nº 13.303/2016, mas, também, à vista da incompatibilidade do regime jurídico de contratação atinente à empresa estatal que, diferentemente do ordenamento afeto aos órgãos e entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, se acha despido da incidência de *cláusulas exorbitantes*.

21. Matéria orientada, restituo os autos à **Secretaria de Estado da Economia, via Procuradoria Setorial**, para ciência e devidos fins. Antes, porém, dê-se ciência dessa orientação referencial (instruída com cópia do **Parecer Jurídico PROCSET nº 155/2021** e do presente despacho) aos Procuradores do Estado lotados nas **Procuradorias Judicial, Regionais, Setoriais da Administração direta e indireta** e no **CEJUR** (este último, para os fins do art. 6º, § 2º, da Portaria nº 127/2018-GAB). Doravante, os Procuradores-Chefes de Procuradorias Setoriais deverão, diretamente, orientar administrativamente a matéria em feitos semelhantes, perfilhando as diretrizes deste despacho referencial, conforme art. 2º da Portaria nº 170-GAB/2020-PGE.

JULIANA PEREIRA DINIZ PRUDENTE

Procuradora-Geral do Estado

- 1 Conforme assentado no Despacho "AG" nº 007344/2012, emitido no Processo administrativo nº 201000010000892.
- 2 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; HEINEN, Juliano; DOTTI, Marinês Restellato; MAFFINI, Rafael. Comentários à Lei das Empresas Estatais: Lei nº 13.303/16. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 612.
- 3 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; HEINEN, Juliano; DOTTI, Marinês Restellato; MAFFINI, Rafael. Op. cit., p. 612.
- 4 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; HEINEN, Juliano; DOTTI, Marinês Restellato; MAFFINI, Rafael. Op. cit., p. 613.
- 5 ESTATAIS - Análise sobre participação em registro de preços e contratações centralizadas da administração direta. Zênite Fácil, categoria Orientação Prática, mar. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 25/05/2021.
- 6 ESTATAIS - Análise sobre participação em registro de preços e contratações centralizadas da administração direta. Op. cit..
- 7 ESTATAIS - Análise sobre participação em registro de preços e contratações centralizadas da administração direta. Op. cit..
- 8 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; HEINEN, Juliano; DOTTI, Marinês Restellato; MAFFINI, Rafael. Op. cit., p. 627-629.
- 9 PGE/RS, Parecer nº 17.778/2019, Processo nº 18/1300-0000892-0, Procuradora do Estado Fernanda Foernges Mentz, aprovado pelo Procurador-Geral do Estado Eduardo Cunha da Costa, 10/07/2019.
- 10 TCU, Acórdão nº 1.192/2010, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, j. 26/05/2010.
- 11 TCU, Acórdão nº 1.793/2011, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, j. 06/07/2011.

GABINETE DA PROCURADORA-GERAL DO ESTADO



Documento assinado eletronicamente por **JULIANA PEREIRA DINIZ PRUDENTE, Procurador (a) Geral do Estado**, em 01/06/2021, às 10:27, conforme art. 2º, § 2º, III, "b", da Lei 17.039/2010 e art. 3ºB, I, do Decreto nº 8.808/2016.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.go.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=1 informando o código verificador 000020868307 e o código CRC 7FC9B9B5.

NÚCLEO DE NEGÓCIOS PÚBLICOS

RUA 2 293 Qd.D-02 Lt.20 - Bairro SETOR OESTE - CEP 74110-130 - GOIANIA - GO - ESQ. COM A
AVENIDA REPÚBLICA DO LÍBANO, ED. REPUBLICA TOWER



Referência: Processo nº 202000004092891



SEI 000020868307