Novo estatuto das empresas estatais e bilateralidade nos contratos

Depois de 18 anos da edição da Emenda Constitucional 19/98, entrou em vigor, no último dia 30 de junho, o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais e suas subsidiárias (Lei 13.303/16), com o objetivo de regulamentar o artigo 173, parágrafo 1º da Constituição República (com a redação dada pela EC 19/98).

Certamente, a nova lei suscitará variada sorte de controvérsias, a começar pelas disposições de Direito intertemporal previstas no artigo 91, *caput* e parágrafo 3º, que terminam por garantir aplicação no período de 24 meses (para mim, de *até* 24 meses) a preceitos de Direito Societário (por exemplo, Lei 6.404/76) e de licitações e contratos (por exemplo, Lei 8.666/93 e RDC) já vigentes ao tempo de sua publicação (esse assunto é tema para outro artigo).

Entre os aspectos essenciais para a compreensão do Estatuto (Lei 13.303/16) destacam-se, no pertinente aos contratos, pelo menos dois pontos: a) a diminuição da unilateralidade nas relações travadas pelas empresas estatais, com a consequente proeminência do aspecto bilateral das relações jurídico-contratuais; e b) a valorização da autonomia das vontades, com recursos à regência dessas relações por preceitos próprios do Direito Privado (artigo 68).

Dita perspectiva corrobora, em boa medida, com o artigo que publiquei neste mesmo espaço denominado *Regime jurídico aplicável às administrações públicas é híbrido*, no qual sustentei que a maior ou menor incidência das regras de Direito Público ou de Direito Privado (e vice-versa) nas relações travadas pelas administrações públicas dependeria dos seguintes elementos:

> a) da pessoa jurídica (sujeito) que estivesse a exercer a atividade administrativa, fosse ela pertencente ou não à administração pública;

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

b) do tipo de atividade administrativa desenvolvida (regulação, polícia, serviços públicos,atividade econômica, fomento);

c) do instrumento jurídico utilizado para efetivar a ação administrativa (ato, contrato);

d) da finalidade perseguida pela atividade administrativa (atendimento às comodidades, geração de resultados econômicos);

e) dos direitos e interesses que estivessem legitimamente envolvidos nessa persecução.

A Lei 13.303/16 prestigiou o aspecto subjetivo da administração pública (a) — ela se aplica à generalidade das empresas estatais, suas subsidiárias e controladas exclusivas — sem distinguir o tipo de atividade a que se dedicam (serviço público, atividade econômicas, planejamento, fomento, fiscalização (b)).

Além disso, o novo estatuto apostou na bilateralidade típica dos contratos em geral (c), como mecanismo apto à regência das relações jurídicas empreendidas pelas empresas estatais com o mercado, apartando, no particular, a Lei 8.666/93, que sempre acreditou no uso das prerrogativas unilaterais da administração pública (ver, a propósito, o artigo 58 da Lei 8.666/93) como mecanismo único capaz de garantir o atingimento do genuíno interesse público.

Com efeito, a confirmação deste "incremento contratual" na Lei 13.303/16 vem a reboque, por exemplo, da leitura dos artigos 72 e 81, *caput*, os quais subordinam todas as alterações contratuais no âmbito das empresas estatais à dependência da formalização de acordo entre as partes, *verbis*:

Art. 72. Os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes , vedando-se ajuste que resulte em violação da obrigação de licitar.

Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:

Tolere-se repetir, mas a opção do legislador valoriza o aspecto consensual em detrimento das prerrogativas típicas do tradicional regime jurídico administrativo valorizado pela Lei 8.666/93.

Como decorrência disso, sob a égide do novo estatuto, não mais terão lugar os acréscimos e supressões unilaterais dos objetos contratuais, tornando-se facultativa a aceitação, pelo particular, das alterações quantitativas e qualitativas propostas pela empresa estatal ou subsidiária, respeitados sempre (e quando for o caso) os limites legais (conferir o parágrafo 1º do artigo 81 da Lei 13.303/16).

Também dependerão de acordo entre as partes as alterações advindas de outros fatores da administração, fatos do príncipe, teoria da imprevisão, força maior, caso fortuito, tudo conforme dispuser a matriz de riscos (artigo 42, X e artigo 42, parágrafo 1º, I e "d" e parágrafo 3º, artigo 69, X), estando "vedada a celebração de aditivos decorrentes de eventos supervenientes alocados, na matriz de riscos, como de responsabilidade da contratada" (parágrafo 8º do artigo 81 da Lei 13.303/16).

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A matriz de riscos é a cláusula contratual 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 contratação (artigo 42, X).

A presença dessa matriz é fundamental e imprescindível para as contratações feitas sob os regimes de execução da contratação integrada e da contratação semi-integrada (artigo 42, X e artigo 42, parágrafo 1º, I e "d" e parágrafo 3º), sendo mesmo defensável sustentar sua utilização generalizada para todas as contratações regidas pelo estatuto das empresas estatais, consoante previsão do artigo 69, X da Lei 13.303/16.

A despeito do prenúncio de novos "tempos contratuais", serão grandes os impactos para as áreas de planejamento, licitação, gestão e fiscalização contratual nas empresas estatais e subsidiárias, mercê da mudança de concepção subjacente à Lei 13.303/16. O desafio reside em conseguir superar os desejos e a tendência de se realizar uma interpretação *vintage* ou *retro* da nova lei, que termine por ressuscitar ou repaginar orientações construídas e sedimentadas sob os auspícios do regime de prerrogativas da Lei 8.666/93.

Date Created
15/09/2016

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.