

Opinião: A celebração de oportunidade de negócio nas estatais

Um dos temas que vêm despertando a atenção no âmbito das estatais é a interpretação de alguns órgãos de controle em razão da chamada "oportunidade de negócio", prevista no artigo 28, §3º, inciso II, da Lei 13.303/2016, ao entender que tal modelo de vínculo entre as estatais e as empresas privadas que com elas contratam dependeria de procedimento prévio simplificado ou o denominado chamamento, isso quando não invalidam a decisão meritória da Administração para invalidar a oportunidade em razão de falhas de "satisfazer" o objeto contratado.



Ora, em relação às hipóteses de contratação realizadas pelo

poder público e nisso se incluem as estatais, importa reconhecer que a regra geral quando há viabilidade de competição, é de que derivem de regular processo licitatório, garantindo uma competição isonômica e justa a todos aqueles que pretendem manter vínculo contratual futuro com a Administração.

Mesma regra, contudo, não se aplica aos casos *"em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo"*, conforme disciplina o artigo 28, §3º, inciso II, da Lei 13.303/2016.

É que a licitação, como instrumento processual à disposição da Administração Pública, está associada à noção de tratamento isonômico. É dizer, a licitação existirá como valor jurídico respeitada a possibilidade de garantia de seleção isonômica da proposta mais vantajosa. Assim, para que seja viável a licitação, é indispensável, para além de ser possível a disputa, que haja, ainda, a seleção do interessado em razão de critérios objetivos de julgamento, pois apenas assim será possível garantir o esperado tratamento isonômico e viabilizar a competição.

É nesse contexto que o artigo 37, XXI, da Constituição Federal fixa o que se convencionou denominar de princípio do dever geral de licitar. Da leitura desse dispositivo, resta claro que a licitação é instituto que consagra a ideia de competição, bem como as vantagens dela decorrentes, destinando-se a garantir o princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.



Dessa forma, realizar a licitação só faz sentido quando seja lógica, fática e juridicamente possível a competição. É dizer, nos casos em que seja possível selecionar e cotejar entre propostas aptas a atender convenientemente o que a Administração deseja, a melhor vantagem para o preenchimento da utilidade ou necessidade pública a ser cumprida.

Não por outra razão, as normas gerais vigentes sobre licitações e contratos (Lei 8.666/1993 e Lei 14.133/2021), preveem casos em que o procedimento licitatório não deve ser exigido, mais especificamente, quando não se afigure lógico, fático ou juridicamente possível a realização do procedimento concorrencial. É o caso da contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

A mesma lógica foi aproveitada quando da elaboração da Lei Federal nº 13.303/2016, que estabeleceu o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Assim, consideradas as peculiaridades dessas entidades, para além das hipóteses comuns de contratação direta, quais sejam, dispensa e inexigibilidade de licitação, estabelecidas no texto da Lei Federal nº 13.303/2016, nos seus artigos 29 e 30, o legislador foi ainda além, incluindo as hipóteses de licitação dispensada em seu artigo 28, §3º:

"Artigo 28 — (...)

§3º. São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I – comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;
II – nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

§4º. Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do §3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente".

Como se pode notar, existem duas hipóteses em que são previstas as possibilidades da não obrigatoriedade do dever geral de licitar, configurando a modalidade de contratação em razão de licitação dispensada. A contratação dispensada nos casos de existência de "oportunidade de negócio" é determinada pelas peculiaridades do parceiro privado e a natureza diferenciada do objeto, que permitem que a contratação seja realizada sem que seja observado o processo natural da licitação e, por consequência, nenhuma outra forma de disputa simplificada ou "chamamento público".

Importante registrar que o fato de a licitação ser dispensada não está relacionado à ausência de fornecedores, à exclusividade ou singularidade do objeto, à notória especialização do particular, ao valor da contratação ou à urgência, mas, sim, em razão da impossibilidade de se definir critérios objetivos de cotejo da solução mais vantajosa para a satisfação do interesse público diante das características particulares do parceiro vinculadas à uma oportunidade de negócio.

Em outras palavras, a parceria em função de uma oportunidade de negócio depende, senão, da configuração inequívoca de possível estabelecimento de relacionamento comercial — ou seja, uma oportunidade de negócio, que poderá ser instituída em modelo associativo, societário ou contratual, conforme determina o §4º do artigo 28 da 13.303/2016. Além disso, deve-se comprovar vantagem



comercial à estatal, bem como que o parceiro escolhido possui condições peculiares que justificam a oportunidade de sua contratação em detrimento de outras empresas que atuam no mercado, sendo inviável o estabelecimento de processo competitivo.

Nesse sentido, senão, o Tribunal de Contas da União já se manifestou sobre o tema, informando alguns critérios necessários para a adoção do mecanismo pelas estatais (Acórdão 2488/2018):

"117. Da leitura desse dispositivo legal, constato que a contratação direta da empresa parceira depende:

- a) da configuração de uma oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do estabelecido no § 4º do artigo 28 da Lei das Estatais;*
- b) da demonstração da vantagem comercial que se espera advirá para a empresa estatal; e*
- c) da comprovação pelo administrador público de que o parceiro escolhido apresenta condições peculiares que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e*
- d) da demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo".*

Como se pode notar, a motivação do ato administrativo é o fator mais importante a justificar a celebração de uma oportunidade de negócio por uma Estatal, eis que, após configurada a oportunidade, a entidade está obrigada a demonstrar de forma clara e precisa que o negócio que está sendo acordado é *"favorável para a estatal, demonstrando a particularidade do parceiro e a vantajosidade comercial para a empresa estatal, somente vista na efetivação daquela oportunidade de negócio"* [1].

Com isso, a motivação deve estar atrelada aos requisitos normativos, guardando correlação finalística com a legalidade, garantindo o controle externo e, especialmente, sendo suporte indispensável ao exercício da ampla defesa. É dizer, a motivação para celebração do negócio deverá ser suficiente para demonstrar a sua vantajosidade, necessidade e adequação, inclusive em relação às possíveis alternativas menos frutíferas.

De acordo com o Tribunal de Contas da União, a parceria, ao ser avaliada por meio de critérios pré-estabelecidos e comparáveis entre as diversas possíveis propostas de negócios, deverá demonstrar possuir *"uma superioridade competitiva, uma particularidade mercadológica ou uma estrutura administrativa tal que, ao ser cotejada com seus pares concorrenciais, não se permitiria ter qualquer dúvida quanto aos benefícios a serem obtidos com o estabelecimento dessa parceria em detrimento de outra qualquer"* [2].

Adicionalmente, veja-se que essa é a postura exigida pela Lei nº 13.655/2018 (Lindb), que, notadamente em seus artigos 20, 21 e 22, traz a preocupação do legislador em relação à motivação de atos administrativos, inclusive em relação às circunstâncias fáticas e práticas que influenciam a tomada de decisão, e cujo intento é, justamente, *"reduzir certas práticas que resultam em insegurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal"* [3].



Assim, é bastante lógico que, buscando motivar sua decisão, o gestor público que optar pela celebração de uma oportunidade de negócio, nos termos do artigo 28, §3º, inciso II, da Lei 13.303/2016, deve apresentar a contextualização dos fatos que justificam a oportunidade, nos termos dos fundamentos jurídicos aplicáveis [4], de modo que, cumpridas tais exigências, não haverá o que se questionar pelos órgãos de controle, sendo a contratação perfeitamente válida e eficaz.

Em síntese, o que se busca neste artigo é "colocar as coisas em seu devido lugar", no sentido de que seja respeitada a autonomia e os critérios de oportunidade e conveniência das estatais à realização de oportunidades de negócio e de que não sejam infirmadas suas escolhas meritórias em razão de decisões administrativas ou judiciais que "entendem" existir outras "oportunidades" de mercado. Ora, desde que respeitados os critérios legais pela estatal e motivada efetivamente a oportunidade, cabe aos órgãos de controle apenas reconhecê-la como válida e não substituir o papel do gestor para criar hipóteses pré-contratuais ou anteriores que sequer foram exigidas por lei. O respeito aos critérios de escolha por oportunidade e conveniência dos gestores é fator fundamental para o desenvolvimento nacional e deve ser exaltado e respeitado pelos órgãos de controle como fundamento absolutamente necessário à consolidação da autonomia e independência entre os poderes, por meio do exercício de suas funções típicas.

[1]

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2488%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253

[2]

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2488%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253

[3] JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da Lindb: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – Lindb (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. p. 15.

[4] (Decreto nº 9.830/2019) "Artigo 2º — A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.

§1º. A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa".

Meta Fields