

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NA LEI DAS ESTATAIS (LEI 13.303/2016).

Welder Rodrigues Lima

Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios no Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB); especialista em Gestão Orçamentária e Financeira no Setor Público pelo Centro Universitário UDF; especialista em Direito Processual pela Faculdade Unyleya; graduado em Economia e Direito pelo Centro Universitário UDF.

172

Resumo

Trata-se o presente de um estudo acerca do princípio do contraditório e ampla defesa no âmbito das sanções administrativas a que alude a Lei 13.303/16, conhecida como Lei das Estatais (LE). Inicialmente aponta-se que a LE inaugurou novo regime de contratação às empresas estatais, passando a adotar preponderantemente o regime do direito privado, diferentemente do que ocorria sob a égide da Lei 8.666/93, na qual preponderava o regime do direito público. Estabeleceu-se, assim, condição de igualdade na relação contratual entre administração e fornecedor, eliminando prerrogativas da administração pública que vigiam sob a Lei 8.666/93, a exemplo da rescisão unilateral que não foi recepcionada pela Lei 13.303/16. Após a exposição dos conceitos, passa-se a discutir o princípio do contraditório e ampla defesa, destacando-se que as empresas estatais não se desincumbiram totalmente da observância do regime do direito público mesmo com o advento da LE, vez que permanecem na lei figuras típicas do direito administrativo, tal qual a licitação e a sanção administrativa. Nesse passo, conclui-se que o princípio do contraditório e ampla defesa deve ser observado quando da pretensão punitiva, de modo que a LE pecou em não prever a possibilidade de interposição recursal, que é parte indissociável do direito constitucional à ampla defesa, devendo desse modo, os regulamentos internos das estatais subsidiariamente valerem-se da legislação correlata ao tema, como a Lei 9.784/99, inclusive em se tratando de empresa estadual ou municipal, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Palavras-chave: direito público; direito privado; contraditório; ampla defesa; lei das estatais.

Abstract

It is the present of a study about the principle of contradictory and ample defense in the scope of the administrative sanctions referred to in Law 13303/16, known as the Law of State (LE). Initially, it is pointed out that the LE inaugurated a new contracting regime for state-owned companies, adopting predominantly the private law regime, differently from what happened under the aegis of Law 8666/93, which prevailed under the public law regime. This established a condition of equality in the contractual relationship between management and supplier, eliminating the prerogatives of the public administration that are supervised under the aegis of Law 8666/93, like the unilateral termination that was not approved by Law 13303/16. After exposing the initial concepts important for a better understanding of the subject, the principle of contradictory and ample defense is discussed, noting that state-owned companies did not fully disregard the observance of the public law regime even with the advent of LE, instead of the typical law of administrative law, such as the bidding and

administrative sanction. In this step, it is concluded that the principle of adversary and ample defense must be observed when punitive pretension, so that the LE has not provided for the possibility of appeal, which is an inseparable part of the constitutional right to the broad defense. In this way, the internal regulations of the state-owned companies subsidiarily rely on legislation related to the subject, such as Law 9.784 / 99, including in the case of a state or municipal company, as decided by the Superior Court of Justice (STJ).

Key-words: public law; private law; contradictory; ample defense; state law.

Introdução

A Lei 13.303/2016, conhecida como Lei das Estatais (LE), veio a atender ao disposto no Parágrafo 1º do Artigo 173 da Constituição Federal (CF), estabelecendo o estatuto jurídico da empresa pública e sociedades de economia mista. Dentre outros aspectos, a Lei das Estatais dispõe sobre licitações e contratos, inclusive sanções administrativas a fornecedores. Anteriormente à vigência da Lei 13.303/16 as empresas públicas e sociedades de economia mista se submetiam as normas entabuladas na Lei 8.666/93, que igualmente dispunha sobre licitações, contratos e inclusive sanções administrativas aos fornecedores faltosos.

No tocante às sanções administrativas, a Lei 8.666/93 prevê um rito que abarca o princípio do contraditório e ampla defesa, ao passo que a Lei 13.303/2016 traz um texto bastante limitado quanto ao rito atribuído às sanções administrativas, deixando a cargo dos respectivos regulamentos internos das empresas públicas e sociedades de economia mista instituir regramento específico respeitando-se, contudo, os princípios observáveis à administração pública, conforme dicção do inciso II, Artigo 173 da Constituição Federal (CF), vejamos:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Nesse passo, o presente trabalho propõe-se a investigar se a Lei das Estatais previu em seu bojo rito suficientemente capaz de preservar o princípio do contraditório e ampla defesa, no tocante à aplicação de penalidade administrativa em face de irregularidades praticadas por fornecedores contratados no âmbito da aludida lei.

2 Conceitos iniciais

Para o desenvolvimento do tema proposto faz-se necessário a explicitação de alguns conceitos iniciais, a saber: “direito público”, “direito privado” e “direito administrativo”. Em seguida, discorre-se acerca do regime de contratos na Lei das Estatais e após, se adentrará no tema sanções à fornecedores e a possibilidade de interposição recursal no rito da LE.

2.1 Direito público

Conforme leciona Marcelo Alexandrino (2010), o direito público disciplina as relações entre a sociedade e o Estado, e as relações das entidades estatais entre si. No âmbito do direito público os interesses coletivos (interesse público) prevalecem sobre os interesses individuais (privados). Nas palavras do supracitado autor:

Assim, quando o Estado atua na defesa do interesse público, goza de certas prerrogativas que o situam em posição jurídica de superioridade ante o particular, evidentemente, em conformidade com a lei, e respeitadas as garantias individuais consagradas pelo ordenamento jurídico (ALEXANDRINO, 2010, p. 1).

Desse modo, no âmbito do direito público, o Estado estará em posição diferenciada em relação ao particular, gozando de certas prerrogativas que se justificam pelo fato de os interesses sob os quais o Estado milita, o interesse público, restarem em primazia sob os interesses privados (princípio da supremacia do interesse público).

2.2 Direito privado

Já o direito privado tem por objeto regular as relações jurídicas entre particulares, sendo o direito civil (código civil) exemplo de integrante do direito privado. Nas relações

abarcadas pelo direito privado há igualdade de prerrogativas e tratamento entre as partes, ainda que o Estado seja uma das partes. Por outro lado, em quaisquer situações onde se observe a possibilidade de reflexos nos interesses coletivos, as normas de direito público deverão ser aplicadas. Desse modo, ainda que predominantemente exista relação de direito privado, sempre que interesses coletivos estiverem em voga, serão empregadas as normas de direito público subsidiariamente.

2.3 Direito Administrativo

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o direito administrativo pode ser compreendido como:

O ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública (DI PIETRO *apud* ALEXANDRINO, 2010, p. 3).

O direito administrativo é considerado um ramo do direito público, contudo, não se restringe às relações jurídicas regidas pelo direito público, pois mesmo nos casos em que a administração participa de relação jurídica no âmbito do direito privado, deverá ser obediente aos princípios observáveis a toda Administração Pública, princípios estes concernentes ao ramo do direito administrativo, tais quais, probidade, publicidade, interesse público, etc.

3 Regime de contratos na Lei 13.303/2016

A Lei das Estatais inaugura um novo regime de contratação, distinto do adotado na Lei 8.666, este adota preceitos de direito público e supletivamente as disposições de direito privado, enquanto que a Lei 13.303/2016 adota os preceitos do direito privado como regra, vejamos:

Lei 8.666/93: Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos

contratos e as disposições de direito privado.

Lei 13.303/16: Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado.

Desse modo, a nova legislação proporciona a bilateralidade nas relações contratuais, tipicamente o que ocorre nas relações privadas, em detrimento da sistemática verificada no âmbito da Lei 8.666/93, na qual a administração gozava de prerrogativas que a colocava em condição de vantagem em relação ao contratado. Como exemplo, temos a não mais possibilidade de modificações contratuais unilaterais, como os acréscimos e supressões os quais obrigava o contratado a aceitar, caso fosse essa a vontade da administração, desde que respeitados os percentuais estipulados na Lei 8.666/93. Também não é mais possível a rescisão unilateral do contrato, que figurava como uma das formas de rescisão contratual na Lei 8.666/93, prerrogativa conferida pelo regime jurídico de direito público adotado pela legislação de 1993, vejamos:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei (BRASIL, Lei 8.666/1993).

Assim, formas de rescisão contratual e as hipóteses sancionatórias deverão estar expressamente consignadas no contrato, assim como quaisquer modificações contratual deverão passar pelo crivo do consenso entre ambas as partes da relação contratual.

Em que pese a prevalência das normas de direito privado, ainda assim há incidência do direito público nas relações contratuais entre as empresas públicas, sociedades de economia mista e contratados.

Isso porque a própria Lei 13.303/2016 dispõe de normas de direito administrativo (ramo do direito público), tais como procedimentos licitatórios e sanções administrativas. Nesses, casos, evidentemente, deverão incidir as normas de direito público relativas a tais matérias, extraídas da própria Lei 13.303/2016 e dos regulamentos internos a que alude o artigo 40 da Lei das Estatais, vejamos:

Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a:

- I - glossário de expressões técnicas;
- II - cadastro de fornecedores;
- III - minutas-padrão de editais e contratos;
- IV - procedimentos de licitação e contratação direta;
- V - tramitação de recursos;
- VI - formalização de contratos;
- VII - gestão e fiscalização de contratos;
- VIII - aplicação de penalidades;
- IX - recebimento do objeto do contrato. (BRASIL, Lei 8.666/1993).

Observe-se que a LE remete ao regulamento interno das estatais as regras de licitações, contratos e sanções, que deverão se compatibilizar com as disposições da LE.

Apesar de não expresso na LE, é importante ressaltar que os regulamentos internos não se desincumbem de também se compatibilizar com as normas de direito público nas matérias em que a LE não for suficiente para regular as hipóteses que envolvam o direito público, valendo-se da legislação esparsa e dos princípios tangíveis a Administração Pública.

4. Sanções e fornecedores

A possibilidade de cominação de penalidades em decorrência de irregularidades na execução do contato constitui-se ato administrativo vinculado, não gozando a administração de discricionariedade diante da materialidade de um ilícito administrativo objetivamente mensurável, ou seja, na ocorrência de uma situação prevista no contrato como passível de sanção, deverá a administração iniciar o processo administrativo para apurar a ocorrência e, se for o caso, aplicar a penalidade administrativa cabível.

Do ponto de vista das sanções administrativas, a Lei das Estatais revela algumas alterações em relação ao normativo legal vigente anteriormente (Lei 8.666/93).

A primeira delas é a retirada do rol de sanções a declaração de inidoneidade, permanecendo as sanções de advertência, multa e suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, senão vejamos o seguinte trecho da Lei 13.303/16:

Art. 83. Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

- I - advertência;
- II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos. (BRASIL, Lei 8.666/1993).

Além disso, o prazo para a apresentação de defesa prévia foi dilatado para 10 (dez) dias úteis, ante 05 (cinco) dias úteis previstos na Lei 8.666/93.

Entretanto, deixou a Lei 13.303/2016 de prever a possibilidade de interposição de recurso. Diante da omissão da Lei das Estatais (LE) quanto a possibilidade de apresentação de recurso administrativo, compreende-se que os respectivos regulamentos internos das empresas estatais deverão prever tal possibilidade, vez que o direito ao contraditório e a ampla defesa, que compreende a possibilidade de recurso é preceito constitucional, conforme será objeto de análise no próximo tópico.

5 Contraditório e ampla defesa – possibilidade de recurso

Pelo princípio do contraditório compreende-se a possibilidade de o administrado contradizer o que lhe está sendo atribuído, dando-lhe ciência, pela administração, do que está sendo acusado, bem como a oportunidade de manifestação. O princípio da ampla defesa visa assegurar todas as formas de manifestação do interessado, possibilitando juntar provas, fazer requerimentos, bem como apresentar recurso contra as decisões da administração. É, portanto, uma consequência do princípio do contraditório. Os princípios do contraditório e ampla defesa tem previsão constitucional, figurando no rol dos direitos e garantias fundamentais. Assim exarou a Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, CF/1988).

Nesse passo, temos que a possibilidade de recurso decorre da expressa previsão constitucional como parte integrante do princípio do contraditório e ampla defesa. Nas lições de Sérgio Ferraz e Adilson Dallari:

Somente se pode pensar em efetiva realização do princípio democrático quando e onde possa o administrado participar do querer administrativo, ou da sua concretização efetiva. Para tanto, imprescindível é que se assegure ao cidadão o postular junto à Administração, com as mesmas garantias que lhe são deferidas no processo jurisdicional – particularmente, as certezas do contraditório, da prova, do recurso e da publicidade (FERRAZ; DALLARI, 2010, p.21).

Segundo pensamento de Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 602) sob a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que os princípios do contraditório e da ampla defesa são assegurados nos processos administrativos, tanto em tema de punições disciplinares como de restrição de direitos em geral. José dos Santos Carvalho Filho ao reportar-se ao inciso LV, artigo 5º da Constituição Federal (CF), reproduzido anteriormente, assim se manifesta sobre o recurso administrativo:

O texto deixa claro que o princípio da ampla defesa não estará completo se não se garantir ao interessado o direito de interposição de recursos. Com efeito, hipóteses de arbitrariedades e condutas abusivas por parte de maus administradores devem ser corrigidas pelos agentes superiores, e para que o interessado leve sua pretensão a estes certamente se socorrerá do instituto recursal. Cercear o recurso, portanto, é desnaturar indevidamente o fundamento pertinente ao próprio direito de defesa. (CARVALHO FILHO, 2009, p.905).

Destarte, a possibilidade de interposição de recurso é parte integrante do direito à ampla defesa, sem o qual não restará completo caso cerceada a oportunidade da interposição recursal, seja em âmbito judicial ou administrativo.

Em face disso, verifica-se que pecou a Lei 13.303/2016 em deixar de prever a possibilidade recursal, ao passo que os regulamentos internos das empresas estatais deverão preencher tal lacuna, observando a legislação subsidiária, uma vez que, conforme o exposto, a vedação do direito à interposição de recurso poderá ensejar a judicialização do processo e a conseqüente anulação dos atos administrativos pela inobservância ao princípio da ampla defesa.

6 Aplicabilidade da Lei 9.784/99 às empresas estatais

Considerando que resta pacífico a inaplicabilidade da Lei 8.666/93 às empresas estatais, após o advento da Lei 13.303 (à exceção das cláusulas penais, conforme prescreveu

o artigo 41 da LE, bem como critério de desempate em licitações, artigo 55, inciso III também da LE), temos que a Lei 9.784 parece ser a mais adequada para suprir as lacunas deixadas pela *novel* legislação no tocante ao direito do contraditório e ampla defesa, prerrogativas constitucionais a serem resguardadas.

A Lei 9.784/99 regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, conforme dicção do artigo 1º: Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

Entretantes, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em caso de ausência de legislação específica no âmbito dos estados membros, a Lei 9.784/99 também poderá ser empregada, nesse sentido, pertinente citar o seguinte jugado do STJ:

(...)

10. A Lei 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos demais Estados-Membros, se ausente lei própria regulando o processo administrativo no âmbito local. Precedentes do STJ. 11. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (REsp 1.148.460/PR, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 28.10.2010)

Registre-se que mesmo com o advento da Lei 13.303/2016, o processo administrativo sancionatório a fornecedores não teve o seu regramento completamente elucidado, cabendo aos regulamentos internos das empresas estatais. Para tanto, devem adotar como parâmetro os aspectos mínimos presentes nas legislações que regem a matéria, no caso dos estados e municípios as leis estaduais, na ausência desta, a Lei 9.784/99, a qual, sem a menor dúvida, também deve ser observada pelas empresas estatais federais, por disposição legal expressa.

Conclusão

O Estatuto da Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista, conhecido como Lei das Estatais (Lei 13.303/2016), modificou o regime de contratações que vigorava até seu advento, qual seja, o regime de direito público que imperava sob a égide da Lei 8.666/93, passando a prevalecer o regime do direito privado. Em fase disso, administração e fornecedor passam a estar em condição de igualdade na relação contratual, não gozando mais a administração de prerrogativas que lhe asseguravam a Lei 8.666/93, tal qual a imposição de

expansão ou redução contratual de até 25%, ou ainda a possibilidade de rescisão unilateral. Assim, toda e qualquer alteração contratual passa a exigir o consenso de ambas as partes, ao passo que a rescisão unilateral deixa de existir sob a égide da Lei 13.303/2016.

Ainda sob o regime do direito privado, a administração não se desincumbiu de observar o regime do direito público, eis que a própria Lei 13.303/2016 traz em seu bojo institutos do direito administrativo, tais como licitações e sanções administrativas a fornecedores. Sob tais aspectos, deverá a administração guiar-se pelas normas do direito público e, naturalmente, os princípios basilares que regem a administração pública.

No tocante às sanções a fornecedores, a Lei 13.303/2016 pecou ao deixar de prever a possibilidade de interposição de recurso, o que fere o princípio do contraditório e ampla defesa. Nesse passo, os regulamentos internos das estatais deverão socorrer-se das legislações correlatas ao tema para que seus regulamentos prevejam os ritos e prazos mínimos para a interposição recursal.

No caso das empresas estatais federais, a Lei 9.784/99 que regula o processo administrativo da administração direta e indireta federal, deverá ser observada. Já em âmbitos dos estados e municípios, suas respectivas legislações pertinentes ao tema deverão ser parâmetro para os regulamentos internos das estatais estaduais e municipais. Na ausência de uma legislação própria, estados e municípios poderão valer-se da Lei 9.784/99, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 17 de junho de 2018.

BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em 17 de junho de 2018.

_____. **Lei 13.303 de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre 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. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em 17 de junho de 2018.

_____. **Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19784.htm. Acesso em 17 de junho de 2018.

_____. STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO: **Ag. 1.384.939 - SP (2011/0009128-9)**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. DJ 25/03/2011. Jusbrasil, 2011. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18498626/ag-1384939>. Acesso em: 15 jun. 2018.

182

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21 ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 905.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.